

PER LA STORIA DELLA FILOSOFIA POLITICA

Matteo Bozzon

L'EUROPA CHE MANCA
Il problema
di un nuovo federalismo

FrancoAngeli

Centro Interuniversitario di Ricerca sul Lessico Politico e Giuridico Europeo

Per la storia della filosofia politica

Direttore:

Giuseppe Duso (CIRLPGE, Università di Padova)

Comitato Scientifico:

Francesco Callegaro (UNSAM - Buenos Aires, EHESS - Paris)

Francesco De Sanctis (Suor Orsola Benincasa, Napoli)

Roberto Esposito (Istituto Italiano di Scienze Umane, Firenze)

Carlo Galli (Università di Bologna)

Hasso Hofmann (Humboldt-Universität, Berlin)†

Bruno Karsenti (EHESS Paris)

Jean-François Kervégan (Université Paris 1/Panthéon-Sorbonne)

Giacomo Marramao (Università degli Studi Roma Tre)

Gaetano Rametta (Università di Padova)

Merio Scattola (Università di Padova)†

Luise Schorn-Schütte (Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main)

José Luis Villacañas (Universidad Complutense de Madrid)

La riflessione odierna sulla politica non può non interrogare quei concetti fondamentali, che sono ritenuti presupposti irrinunciabili del pensiero e valori indiscussi nella vita sociale e politica.

In questa direzione i volumi della collana portano un contributo al chiarimento dell'intreccio di filosofia, storia e politica che impedisce la loro riduzione a discipline autonome e autosufficienti. Non intendono offrire né una descrizione storica che si pretende neutrale, né un'analisi teorica che, presupponendo un quadro omogeneo valido per ogni epoca, distorce le prospettive, oscura le trasformazioni e fraintende le domande poste dalle fonti. La collana attraversa invece momenti rilevanti della storia del pensiero politico, problematizzando dall'interno i saperi della politica e della società e mettendo in tensione quadri epocali, apparati concettuali e logiche organizzative utilizzati per dare una forma e una legittimazione al rapporto tra gli uomini. Pratica una storia critica dei sistemi di pensiero e dei concetti che li hanno articolati; vuole pensare filosoficamente la politica per decostruire il suo assetto moderno e per aprire la prassi ad ulteriori possibilità.

Tutti i volumi pubblicati nella collana sono sottoposti a un processo di *peer review* che ne attesta la validità scientifica.





OPEN ACCESS la soluzione FrancoAngeli

Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più: [Pubblica con noi](#)

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "[Informatemi](#)" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Matteo Bozzon

L'EUROPA CHE MANCA
Il problema
di un nuovo federalismo

FrancoAngeli

La pubblicazione di questo volume è stata possibile grazie al contributo finanziario del Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università di Padova – Fondo per il finanziamento delle attività base di ricerca.

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Pubblicato con licenza *Creative Commons
Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale
(CC-BY-NC-ND 4.0)*.

Sono riservati i diritti per Text and Data Mining (TDM), AI training e tutte le tecnologie simili.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore.
L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni
della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>*

In memoria di mio padre Aldo
A Lucia e Anastasia

Indice

Prefazione di Antonino Scalone	pag.	11
Introduzione	»	17
1. Costituzionalizzazione, decostituzionalizzazione e ipercostituzionalizzazione. Dieter Grimm sull'Europa	»	23
1. Oltre lo Stato: Dieter Grimm e la sfida di pensare la costituzione europea	»	23
2. Concetto e funzione della costituzione: la questione della legittimazione dell'Unione Europea	»	31
3. La costituzione moderna come <i>Novum</i>	»	40
4. Fondazione e limitazione del potere politico: la costituzione della libertà	»	45
5. Il moderno concetto di costituzione e la dottrina costituzionale di Sieyès. La costituzione del potere rappresentativo	»	50
6. La <i>Verfassung</i> della democrazia europea: tra decostituzionalizzazione e ipercostituzionalizzazione	»	62

2. Federare l'Europa. Temi e aporie della riflessione di Jürgen Habermas sulla forma politica europea	pag.	71
1. Sul futuro europeo: tra <i>Nationalstaat</i> e <i>Nationalitätenstaat</i>	»	71
2. Le condizioni della legittimità democratica di uno Stato federale europeo: la diatriba con Dieter Grimm	»	77
3. Oltre lo Stato nazionale: le sfide di una democrazia postnazionale	»	88
4. Stato di nazionalità federalisticamente strutturato e transnazionalizzazione delle sfere pubbliche	»	95
5. L'Unione Europea come Federazione democratica	»	99
6. Autodeterminazione e sovranità divisa: limiti della proposta habermasiana per l'Europa	»	109
3. La pluralità contesa: critica al contratto sociale europeo nella teoria del <i>Verfassungsverbund</i>	»	117
1. Il paradosso del contratto sociale nell'Europa multilivello	»	117
2. La costituzione oltre lo Stato come <i>Verfassungsverbund</i>	»	124
3. <i>Pluriversum der Staaten</i> : alcune aporie dello <i>Staatenverbund</i>	»	132
4. Dagli Stati alle cittadine e ai cittadini d'Europa	»	139
5. Il modello del contratto sociale nella teoria del <i>Verfassungsverbund</i> : sulla necessità di un superamento	»	144
4. Oltre la sovranità: la Federazione come unità politica costitutivamente plurale	»	153

1. Sovranità e federalismo: due concetti antinomici	pag.	153
2. Il <i>Bund</i> come ordine politico-giuridico senza sovranità? Strettoie concettuali	»	165
3. La Federazione oltre Schmitt?	»	173
4. Elementi morfologici della Federazione	»	180
5. L'idea federale e la questione dell'individuo	»	187
6. La Federazione come istituzione e la questione della rappresentanza	»	194
Conclusione	»	201

Prefazione

di Antonino Scalzone

La novità storica, politica e istituzionale rappresentata dall’Unione europea impone, tanto al filosofo quanto al giurista, quanto allo scienziato politico la necessità di misurarsi con essa e di sforzarsi di darne conto in termini teorici. Ciò significa la necessità di elaborare un sistema di concetti, ma, ancor prima, un nuovo vocabolario in grado di illustrarne i caratteri e di esprimere in modo adeguato. Si tratta di una necessità che si è manifestata in misura crescente, quanto più l’Unione europea ha affermato il proprio peso e il proprio ruolo rispetto agli Stati membri, anche solo in termini di gestione dei (cospicui) finanziamenti alle politiche di settore. Come “dire”, dunque, la nuova realtà? Come giustificare il peso che l’Unione europea progressivamente ha esercitato, esercita e ragionevolmente sempre più eserciterà all’interno dei processi di formazione della volontà politica dei singoli Stati, come dar conto in termini teorici del ruolo sempre più rilevante della Corte di giustizia nei confronti delle legislazioni nazionali, tanto per limitarci a due fra i molti aspetti di novità del nuovo assetto sovranazionale? Tutto ciò, a fronte di una vulgata giornalistico-politica che tende a ridurre le istituzioni europee a un intreccio incomprensibile di vincoli e impacci di ordine burocratico e gli organi politici comunitari a un insieme confuso di istanze scarsamente legittimate sotto il profilo democratico e “distanti” dal vero sentire e dalle autentiche aspettative delle singole comunità nazionali.

Appare evidente che l’apparato concettuale e il lessico tradizionalmente riferibili alla logica degli Stati nazionali – rappresentanza, sovranità, bene comune ecc. – risultano del tutto inadeguati a tale scopo. Le stesse Corti costituzionali dei singoli Stati membri – quando sono state chiamate a pronunciarsi in merito al nuovo ordine e ai rapporti con gli Stati medesimi – spesso si sono attestate su posizioni di difesa ad oltranza di quella logica e di quel lessico. Significative a tale proposito e, anche per questo, notissime e citatissime sono le sentenze *Maastricht* e *Lissabon* del *Bundesverfassungsgericht*: esse ribadiscono l’intangibilità del nesso sovranità (nazionale)-popolo e

scorgono nell'esercizio del diritto di voto la manifestazione più autentica e propria dell'esercizio della sovranità (nazionale); ne consegue per un verso la definizione di un limite insuperabile al trasferimento di competenze e porzioni di sovranità ad altre istituzioni e per l'altro la riaffermazione del ruolo degli Stati membri dell'Unione come "signori dei Trattati". Il diritto comunitario, in questa prospettiva, appare depotenziato a diritto derivato (significativamente, nel *Lissabon-Urteil* il *Bundesverfassungsgericht* usa il termine "Costituzione dell'Europa" fra virgolette) e risulta ribadito, per converso, il diritto di recesso dei singoli Stati membri. Inoltre, il *Bundesverfassungsgericht* rivendica per sé la facoltà di dichiarare inapplicabili sul suolo tedesco le norme comunitarie incompatibili con l'*Umwelt* culturale, storico e linguistico nel quale si radica (o si radicherebbe) e si sostanzia (o si sostanzierebbe) il nesso Stato nazionale-popolo nazionale¹.

L'obiettivo di molta dottrina e di molta riflessione filosofica è stato allora quello di procedere oltre tale logica – o di cercare di farlo – a partire dalla considerazione della sostanziale irreversibilità del processo avviato e, dunque, dell'avvenuta costituzione di un ordinamento dotato di specifiche competenze e di specifici poteri *non più* riducibili a quelli dei singoli Stati nazionali, ovvero alla logica del principio di autorizzazione e del principio rappresentativo. Che si tratti di un compito difficile, lo dimostra la riflessione degli autori il cui pensiero è ricostruito, in modo a un tempo minuzioso e brillante, nella presente ricerca. Essa dà conto del tentativo, spesso contraddittorio e tormentato, in cui questi autori hanno cercato di prendere le distanze dalla logica che fonda il modo moderno di pensare la politica e che trova la sua prima e più rigorosa formulazione nel pensiero di Hobbes.

La difficoltà del compito è acuita dal fatto che gli stessi trattati che fondono l'Unione europea fanno (ancora?) largo uso dei termini tipici del lessico politico e giuridico degli Stati nazionali. Si veda ad esempio l'art. 10 TUE che afferma in modo perentorio che «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa». Quest'ultima si attua secondo una duplice modalità: il Parlamento europeo rappresenta *direttamente* i cittadini europei, mentre «gli Stati sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi Capi di Stato e di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi», a loro volta «democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini». Si tratta di un meccanismo che, per quanto non riducibile puramente e semplicemente al modello hobbesiano², pure non appare

¹ Sul punto ci permettiamo di rimandare al nostro *Le istituzioni europee: carenza di legittimazione o superamento del principio rappresentativo?*, «Rassegna di diritto pubblico europeo», vol. 15, n. 2, 2016, pp. 174-211 e alla bibliografia colà indicata.

² Cfr. F. Pizzolato, *Rappresentanza politica e Unione europea*, «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», vol. 23, n. 2, 2013, p. 388.

estraneo alla sua logica: esso sembra infatti costituirne un'articolazione ulteriore e uno sviluppo che certo non ne risolvono le aporie strutturali³. Ancora, l'art. 17 TUE, riprendendo un altro concetto tipico del sistema rappresentativo, programmaticamente orientato al bene comune e non al vantaggio di alcuni, attribuisce alla Commissione la promozione dell'«interesse generale dell'Unione»; inoltre, la Commissione è legata al Parlamento da un rapporto di “quasi fiducia” che rivela ancora una volta la dipendenza dalla logica rappresentativo-parlamentare.

Si tratta dunque di procedere oltre questo orizzonte concettuale, anche prendendo le distanze dalla stessa terminologia adottata nei Trattati, o, per lo meno, problematizzandola attraverso la valorizzazione di concetti e principi, pure presenti nei Trattati medesimi, che non appaiono direttamente riconducibili ad essa o che in qualche modo la eccedono. Senza poter entrare nel dettaglio, ci sembra che questo discorso possa valere almeno per tre elementi di complicazione, per così dire, del quadro concettuale classico: la valorizzazione del ruolo delle parti interessate e delle organizzazioni d'interesse, oltre a quella delle regioni e degli enti locali; lo spazio riservato al concetto di sussidiarietà ed infine la cittadinanza europea. Con tutti i limiti che, ad esempio, presentano organi europei quali il Cese (Comitato economico e sociale europeo) e il CdR (Comitato delle Regioni e degli enti locali) in relazione alla loro composizione, alle competenze, alla designazione dei membri ecc., essi tuttavia segnalano un'inedita attenzione alle tematiche del pluralismo e della partecipazione “interessata”, veicolata, cioè, non dal riferimento ad un astratto e inattingibile *Gemeinwohl*, ma piuttosto dalla libera condivisione di interessi e valori particolari e dal proposito di per seguirne la realizzazione.

Lo stesso vale per l'esercizio del principio di sussidiarietà, così come risulta dall'art. 5, § 3 del TUE che, se per un verso sembra costituire un limite all'azione dell'Unione nei confronti degli Stati membri, peraltro individua nel livello istituzionale più vicino ai cittadini e alla situazione da risolvere (ovvero alle regioni e agli enti locali) quello in grado di provvedere al meglio

³ Sulle aporie del principio rappresentativo il riferimento d'obbligo è alla riflessione di G. Duso, in particolare a *La rappresentanza politica. Genesi e critica di un concetto*, FrancoAngeli, Milano 2003². Non stupisce in questo contesto il riferimento a Hobbes, ovvero ad un autore spesso contrapposto, per il fatto di fondare un potere “assoluto” e di attribuirlo ad un sovrano, al pensiero democratico: in realtà il meccanismo autorizzativo-rappresentativo ideato da Hobbes produce il potere politico a partire da un patto fra singoli posti su un piano di assoluta eguaglianza. La legittimità dell'autorità sovrana – e, dunque, la sua assolutezza – derivano, come nei sistemi rappresentativi contemporanei, dall'autorizzazione ricevuta dai singoli contraenti il patto, i quali si riconoscono nella volontà generale che, appunto, il sovrano *in persona e rap-presenta*. Sul punto si vedano altresì le acute osservazioni di O. Chessa, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità, rappresentanza*, Mimesis, Milano-Udine 2019, pp. 161.

ai bisogni espressi dalla base, sottraendosi in questo modo alla logica bipolare Unione-Stati nazionali o, perlomeno, complicandola in modo (almeno potenzialmente) fruttuoso.

Infine, la cittadinanza europea che, oltre a presentarsi come uno dei risultati più tangibili del processo di integrazione, tanto da poter esser fatta valere, come nella sentenza *Zambrano*, anche contro lo Stato di appartenenza al fine di ottenere «la protezione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla Cedu»⁴, appare, per il suo carattere formale e universale, irriducibile ad ogni versione sostanzialistica e comunitaristica della nozione di popolo (come invece accade per quella sostenuta nelle ricordate sentenze del *Bundesverfassungsgericht*). Essa, insomma, può esser fatta valere a sostegno della parità dei diritti e delle *chances* di chiunque ne sia titolare, a prescindere da appartenenze nazionali specifiche.

Valorizzare tali aspetti di novità significa rispondere, o cercare di rispondere, ad una sfida che è innanzitutto politica e che pone l’Europa e le sue istituzioni dinanzi ad un bivio: o mutare radicalmente passo o destinarsi all’irrilevanza in un quadro internazionale sempre più dominato da grandezze extra- e sovrastatali. In questo senso e in questa prospettiva appare indifferibile pensare l’Unione europea nei termini di un *nuovo federalismo*, ulteriore rispetto alla logica, solo apparentemente stringente, propria dell’alternativa fra Stato federale e Confederazione di Stati sovrani.

Il nuovo rappresentato dall’Unione europea può infine esser fatto valere *a ritroso* nei confronti della stessa logica che sta alla base dei principi propri degli Stati nazionali. Non solo ci costringe a pensare *oltre* quell’apparato concettuale, ma anche a ripensarne alcuni aspetti ritenuti (erroneamente?) essenziali e caratterizzanti. Ci riferiamo innanzitutto al rapporto unità-pluralità, generalmente declinato a favore del primato dell’unità – o pretesa tale – riducendo così le aspirazioni particolari e locali a mere deviazioni dal bene comune correttamente inteso ed espresso compiutamente solo dalla volontà della maggioranza parlamentare in forma di legge⁵.

Ci si può chiedere infatti se un tale principio risulti del tutto coerente con l’impianto rigorosamente individualistico dell’obbligazione politica, quale risulta da Hobbes in poi. L’interesse del singolo o, come rileva Hobbes stesso in alcuni cruciali luoghi del *Leviathan*, di gruppi di singoli associati fra loro

⁴ C.M. Cantore, *La sentenza Zambrano della CGUE: una “rivoluzione copernicana”?*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 2011, p. 4. Sul punto cfr. anche C. Margiotta, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l’uso*, Laterza, Roma-Bari 2014, pp. 150-151.

⁵ Sul punto, con particolare riferimento alla novità rappresentata dall’Unione europea, cfr. l’*Introduzione* di S. Chignola e G. Duso al volume, da loro stessi curato, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell’Europa*, FrancoAngeli, Milano 2005, p. 8.

in difesa di un interesse comune si esaurisce puramente e semplicemente nell'atto di autorizzazione con cui si istituisce il potere sovrano o si conserva entro una sfera che solo riduttivamente può essere intesa come “privata” e che invece continua a presentare tutte le potenzialità dell’agire politico?

Ancora: l’istituzione del potere sovrano cancella *ab imis* ogni altra articolazione politica o si pone in un rapporto perlomeno dialettico e potenzialmente conflittuale con esse (pensiamo a questo proposito all’articolo 5 della nostra Costituzione che non istituisce, bensì “riconosce” – nella loro anteriorità e nella loro perdurante politicità – le autonomie locali)?

Infine: lo stesso concetto di popolo appare quanto meno complesso, articolato e irriducibile ad unità semplice o a sua rappresentazione: il popolo, secondo la nostra Costituzione, si manifesta in molti modi, non tutti prevedibili e previsti, ivi compreso il diritto di resistenza, non positivizzato, eppure presente e all’occorrenza esercitabile.

Correlativamente la sovranità, appartenendo ad un soggetto così inteso, non è riducibile ad un atto puntuale – tanto meno al solo esercizio del diritto di voto – ma si articola piuttosto in una serie di luoghi e di momenti, come affermato anche da una consolidata, per quanto non del tutto univoca, giurisprudenza costituzionale.

Si tratta ovviamente di un compito, teorico e politico insieme, di vastissima portata, ma la cui importanza non può essere sottovalutata: la scarsa legittimazione democratica che spesso (e non sempre a ragione) si imputa alle istituzioni europee è perlomeno correlata a quella delle democrazie rappresentative dei singoli Stati nazionali e la crescente disaffezione al voto che all’interno di essi si manifesta non può non suggerire un profondo ripensamento e una radicale messa in discussione dell’apparato logico sul quale si fondano, o, perlomeno, di alcuni aspetti di esso. Anche in questa direzione, la presente ricerca costituisce, per il suo rigore e per la sua forza analitica, un importante contributo alla discussione e alla ricerca.

Introduzione

Circa vent'anni fa il sociologo Zygmunt Bauman aveva tratteggiato il presente dell'Europa come una faticosa ascesa verso un ignoto valico di montagna. I punti di riferimento abituali si facevano incerti, le forme storiche dello Stato nazionale perdevano i loro contorni nitidi e nessuna nuova configurazione pareva ancora delinearsi con chiarezza al di là di essi. Si procedeva spinti più da necessità che da scopi, mossi non da fini, ma da una condizione che rendeva impossibile sostare. In quel contesto, in dialogo con lo storico Reinhart Koselleck, Bauman avanzava un'idea percorsa da un senso di tensione, ma nondimeno lucida: solo una volta guadagnata la cima, forse, si sarebbe potuto volgere lo sguardo al paesaggio successivo, riconoscerne le linee, nominarne le possibilità. A questa immagine, già carica di inquietudine, Koselleck oppose però un'obiezione decisiva, che ancora oggi risuona ben al di là di una diagnosi del presente di allora: «Non possediamo neppure i concetti con cui dare forma alla nostra attesa. Tali concetti nascono solo nella pratica stessa della scalata, e mai un istante prima»¹.

Si trattava di un monito alla cautela storica, ma anche di un'indicazione sui limiti stessi della nostra coscienza politica: non solo non riusciamo a prevedere il futuro, ma siamo spossessati degli strumenti concettuali per pensarla. A distanza di due decenni, quella salita sembra tutt'altro che conclusa, se è vero, come è stato osservato nelle battute iniziali di un'opera dedicata al «mutamento strutturale del diritto pubblico» europeo, che «anche dopo settant'anni di europeizzazione incentrata sull'UE, molte europee e molti europei si chiedono ancora come debbano comprendere questo processo»². Se, nel dialogo con Bauman, Koselleck insisteva sul limite epistemico della previsione – finché non si vive l'esperienza storica concreta, la «scalata», non

¹ Z. Bauman, *Europe. An Unfinished Adventure*, polity, Cambridge 2004, p. 140. Le traduzioni dei passi citati dall'inglese e dal tedesco che compaiono di seguito sono a cura dell'autore.

² A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin 2022, p. 13.

si possono nemmeno articolare concetti adeguati a interpretarla – egli aveva nondimeno suggerito, già una decina d’anni prima, che l’esperienza storica sedimentata, pur non offrendo risposte preconfezionate, può illuminare le condizioni ricorrenti in cui nasce il nuovo. Pur riconoscendo che il futuro non è prevedibile, Koselleck riteneva che certe strutture del passato (nel caso specifico quelle riconducibili al federalismo) potessero fornire criteri operativi e forme plausibili per governare le trasformazioni politiche. Non già per stabilire cosa sarà l’Europa, ma per affermare che forme federali non statuali – capaci di integrare la diversità – rappresentano una possibilità storica concreta e già sperimentata³.

Il punto di avvio della presente ricerca coincide con una domanda che si impone con urgenza nel contesto contemporaneo: quali concetti politici e giuridici possono oggi comprendere e orientare una “costituzione” dell’Europa? A questa domanda se ne lega strettamente un’altra, che in parte la specifica e insieme la radicalizza: come pensare un’unità politica che non sia modellata sulla forma-Stato? Se la modernità politica ha coinciso con l’identificazione tra costituzione, sovranità e Stato nazionale, l’attuale processo europeo sembra richiedere un ripensamento profondo di tale triade. La stessa Unione Europea, infatti, sfugge tanto alla logica dello Stato sovrano quanto a quella di una Confederazione di Stati tradizionale. Essa si presenta come una realtà segnata dall’elemento della pluralità, nella quale le entità politiche che la compongono, pur accettando vincoli comuni, intendono mantenere intatta la propria capacità di agire politicamente. In questo quadro inedito, la questione della legittimazione democratica del potere pubblico si pone con particolare intensità, non potendo più fondarsi esclusivamente sul nesso moderno tra sovranità popolare e rappresentanza politica, proprio perché richiede di pensare la permanenza politica dei membri. La sfida è dunque duplice: da un lato, concepire una forma di unità politica che non ricalchi la sovranità statale; dall’altro, elaborare categorie “democratiche” in grado di misurarsi con un ordine politico post-nazionale e post-statuale, intrinsecamente plurale e differenziato, ma non per questo privo di coerenza e legittimità.

I capitoli che compongono questo lavoro – pur concentrandosi su autori diversi (Grimm, Habermas, Pernice, Beaud) e approcci distinti – condividono una duplice istanza comune, declinata di volta in volta in modi differenti. La prima, che definirei di ordine metodologico, riguarda la

³ Cfr. R. Koselleck, *Diesseits des Nationalstaates. Föderale Strukturen der deutschen Geschichte*, in Id., *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2006, pp. 502-503. Su cui cfr. S. Chignola, “*Eine föderal strukturierte Geschichte*”: Koselleck e la storia costituzionale europea, «Scienza & Politica», vol. 35, n. 69, 2023, p. 223.

consapevolezza della problematicità e dell’insufficienza della pretesa di proiettare in modo immediato sulla costruzione europea le categorie del costituzionalismo moderno, senza interrogarsi sulla loro genesi storico-concettuale e sui limiti che le connotano. La seconda, di ordine materiale, nasce dalla constatazione che farsi carico dell’unione sovranazionale nella sua specificità rinvia a un pensiero indicato come “federalistico”, che non solo eccede spazialmente lo Stato, ma che si struttura secondo principi diversi da quelli propri dello Stato. Concepire costituzionalmente l’Europa richiede, pertanto, di ripensare radicalmente il costituzionalismo stesso. Ed è proprio nei punti di rottura che si apre lo spazio concettuale per una nuova concezione della costituzione, della democrazia e del federalismo, intesi non più come forme dipendenti da un’unità originaria (il popolo sovrano), ma come strumenti che consentano di governare democraticamente la pluralità senza dissolverla. In questo senso, il filo rosso che attraversa i diversi capitoli è la convinzione che la crisi della sovranità non segni la fine della politica democratica, ma costituisca l’occasione per ripensarne le condizioni di possibilità.

La presente ricerca si sviluppa come un’indagine di storia concettuale intesa nella sua valenza filosofico-politica. Il punto di partenza è in tal senso l’interrogazione critica dei concetti fondamentali con cui ancora oggi si pensa la politica: concetti che si presentano come universali, ma che, a un esame più attento, rivelano una genesi storicamente situata, legata alla cesura inaugurata dalla modernità. Essi nascono da un tentativo esplicito di ridefinizione della politica secondo categorie razionali e sistematiche e, proprio per questo, portano con sé un orizzonte teorico astratto che, pur avendo reso possibile l’edificazione dello Stato moderno, si mostra oggi inadeguato a rendere intelligibile il presente. Lungi dall’imporre una rigida divisione tra epoche, questa prospettiva mette in luce come la frattura moderna non consista solo in una trasformazione oggettiva delle realtà politiche, quanto, anzitutto, nel punto di vista che tali concetti proiettano sul passato e sul futuro. I concetti di sovranità, rappresentanza e costituzione, pensati nella loro connessione con lo Stato, perdono forza esplicativa di fronte a forme politiche che ne superano i presupposti costitutivi. La loro riproposizione meccanica non solo impedisce di cogliere assetti politici differenti, ma rischia anche di oscurare le stesse contraddizioni interne alla modernità politica da cui provengono. È all’interno di questa consapevolezza che si colloca la riflessione qui proposta: non come semplice critica, ma come esercizio di dislocamento concettuale, volto a mettere in questione la pretesa necessità dei concetti moderni e ad aprire uno spazio teoretico in cui diventi possibile pensare – senza nostalgia né pregiudizi – forme di unità politica alternative allo Stato.

Ciò che oggi rende necessaria questa interrogazione radicale sul lessico del costituzionalismo europeo è, in fondo, il progressivo esaurirsi del

paradigma che per secoli ha legato l’idea di costituzione a quella di sovranità e, più in profondità, alla cooriginarietà tra autodeterminazione individuale e collettiva, così come teorizzata nel modello del contratto sociale. È su questo punto che la diagnosi del costituzionalista e filosofo Hasso Hofmann – tanto per il rigore dell’analisi costituzionale quanto per la sua portata sistematica – ha rappresentato un riferimento decisivo e una traccia per l’impostazione della presente ricerca⁴. Nella sua *lectio ultima*, Hofmann ha mostrato come l’architettura teorica elaborata dalla modernità – da Hobbes a Kant – si fondi su un’immagine dell’unità politica compatta e centralizzata, dove la pluralità viene ricondotta a un principio unitario, attraverso l’atto costitutivo del contratto sociale, che ne comporta l’azzeramento della politicità. Tuttavia, proprio questo modello, che per secoli ha reso possibile pensare insieme diritto, legittimazione e autorità, appare oggi strutturalmente inadeguato a comprendere la natura composita e differenziata del processo europeo.

Nel contesto dell’integrazione europea, che non conosce né un popolo “originario” né una sovranità indivisa, l’unità politica non può più essere pensata nei termini dell’omogeneità, ma esige una forma plurale di articolazione. La riflessione di Hofmann suggerisce che è attorno a un concetto rinnovato di federalismo – inteso non come semplice divisione delle competenze, ma come forma giuridica dell’accordo (*foedus*) tra soggetti diversi e determinati che restano politicamente attivi – che può riaprirsi lo spazio per un pensiero “costituzionale” dell’Europa. Un federalismo che non proietti meccanicamente le categorie dello Stato su scala sovranazionale, ma che sappia cogliere la specificità di un ordine politico post-statuale, nel quale l’unità politica non sia prodotta dal nesso di rappresentanza e sovranità del popolo, ma piuttosto dall’accordo di membri diversi che si ritrovano in un orizzonte comune. Assumere questa diagnosi non significa semplicemente prendere atto della crisi del modello moderno, ma trasformare quella crisi in un’occasione di ripensamento profondo. In questo quadro, le indagini raccolte nei capitoli seguenti – attraverso il confronto con Grimm, Habermas, Pernice e Beaud – costituiscono un tentativo di esplorare le condizioni politico-giuridiche e concettuali attraverso cui può darsi, oggi, una costituzione senza Stato, un’unità senza omogeneità, una democrazia senza sovranità.

⁴ Cfr. H. Hofmann, *L’essenza della Costituzione*, Id., *La libertà nello Stato moderno*, a cura di A. Carrino, Guida, Napoli 2009, pp. 49-54.

Ringraziamenti

Questo libro è il risultato di un lavoro di ricerca sviluppatosi nell’arco di oltre un decennio. Anche solo per questo lungo tempo di incubazione – segnato da pause, riprese e una certa refrattarietà alla scrittura da parte del suo autore – gli stimoli ricevuti lungo il percorso sono stati molteplici e determinanti.

Le sue origini risalgono a una tesi di dottorato maturata nell’ambito di un programma congiunto tra l’Università di Padova e la Humboldt-Universität di Berlino. Presso la Facoltà di Giurisprudenza di quest’ultima ho avuto il privilegio di partecipare alle attività del DFG-Graduiertenkolleg “Verfassung jenseits des Staates”. Per l’accoglienza e il confronto intellettuale sono grato all’allora direttore, Prof. Ingolf Pernice, al co-relatore, Prof. Mattias Kumm, ai responsabili scientifici, Dott. Detlef von Daniels e Prof. Lars Vielechner. La mia sentita gratitudine va anche ai borsisti con cui ho condiviso quell’esperienza, in particolare a Usama Ibrahim-Kind, Theresa Clasen, Stefan Raffeiner, Iulia-Alexandra Ionescu e, con viva riconoscenza, a Jonathan Bauerschmidt, con il quale ho avuto – e continuo ad avere – il piacere di intrattenere dialoghi appassionanti e fecondi.

Nel contesto del dottorato padovano ho avuto accanto compagni di cammino generosi come Francesco Campana, Alessia Giacone, Orsola Goisis, Valentina Moro e Daniela Turato. Ringrazio i Professori Luca Basso, Adone Brandalise, Francesco Callegaro, Pierpaolo Cesaroni, Sandro Chignola, Mauro Farnesi, Giovanni Fiaschi, Luca Scuccimarra, Paolo Slongo e Massimiliano Tomba per l’attenzione riservata alla lettura della tesi, o di parti di essa, e per i loro commenti. Un ringraziamento particolare al Prof. Lorenzo Rustighi per la sua presenza “audio” vigile e attenta.

Desidero esprimere una particolare riconoscenza a chi ha accompagnato da vicino la trasformazione della tesi in questo libro: al Prof. Bepi Duso, che ha accolto il lavoro nella collana da lui diretta e che, soprattutto, ha sempre saputo offrire la continuità del dialogo, una guida discreta e quella *philia* rimasta costante anche nei momenti di incertezza; al Prof. Antonino Scalone, che ha preso in carico con attenzione un lavoro già avviato, accompagnandone con cura la fase conclusiva e sostenendone con pazienza la pubblicazione, anche nei tempi lunghi che questa ha richiesto, fino a offrirne una prefazione lucida e partecipe.

Grazie al suo sostegno e a quello del Prof. Pizzolato ho potuto approfondire parte della ricerca in ambito post-dottorale presso il DiPIC di Padova, nel quadro del programma berlinese *re:constitution*. Nel contesto di quest’ultimo, ringrazio i fellows dell’annata 2019-2020 e il Prof. Christoph Möllers per gli scambi sul tema della rappresentanza politica nell’Unione.

A tutti i partecipanti del webinar “Come pensare federalisticamente l’Europa?” (2020-2021) va il mio sincero ringraziamento. Un pensiero particolare all’amico Giovanni Comazzetto, con cui quel seminario ha preso forma, trovando linfa in una consuetudine di confronto che, col tempo, è divenuta anche scrittura condivisa.

Ringrazio il Prof. Gianluca De Candia per l’attenzione rigorosa e per la capacità di rilanciare le questioni nel vivo del pensiero. Alle Professoressa Costanza Margiotta e Alessandra Di Martino devo impulsi preziosi, che hanno orientato alcune riflessioni decisive, anche oltre i confini di questo lavoro.

Una parte consistente della riscrittura si è svolta nel contesto dell’Istituto Italiano per gli Studi Filosofici di Napoli. In quella sede, il confronto è stato stimolante e prezioso. Ringrazio i Professori Fiorinda Li Vigni, Massimiliano Biscuso e Wolfgang Kaltenbacher per la disponibilità e la sollecitudine costanti. Al Prof. Geminello Preterossi devo un dialogo critico, a tratti divergente, ma sempre autentico e generoso, del quale gli sono sinceramente riconoscente. Un pensiero anche agli amici e colleghi con cui ho condiviso quell’esperienza, tra cui Mattia Cardenas, Riccardo Evangelista, Ilaria Ferreira e Flavio Luzi.

L’Istituto ha reso possibile, tra l’altro, l’organizzazione di due seminari con i Professori Dieter Grimm e Armin von Bogdandy: occasioni rare di confronto su Europa, democrazia e diritto, che ricordo con profonda gratitudine.

Per il loro supporto e incoraggiamento nell’attuale percorso di ricerca desidero inoltre ringraziare i Professori Mariano Croce e Andrea Salvatore.

Un ringraziamento affettuoso va infine alla mia famiglia per il sostegno silenzioso e incondizionato: a mia moglie, a mia figlia, a mia madre, a mia sorella e a chi, a Fiumara, mi ha accolto come uno di casa.

Resta inteso che ogni fraintendimento, imprecisione o manchevolezza è da attribuire esclusivamente all’autore.

1. Costituzionalizzazione, deconstituzionalizzazione e iperconstituzionalizzazione. Dieter Grimm sull'Europa

1. Oltre lo Stato: Dieter Grimm e la sfida di pensare la costituzione europea

Nel volume *Die Zukunft der Verfassung*, pubblicato nel 1991¹, Dieter Grimm dedicava alla dimensione esterna della crisi del costituzionalismo moderno solo poche e sommarie considerazioni. Fenomeni già allora in atto, come la globalizzazione e l'europeizzazione, destinati a rimettere radicalmente in discussione il nesso tra Stato, potere e costituzione, non venivano ancora affrontati in modo mirato. Il nucleo tematico del libro era costituito piuttosto dalle trasformazioni interne della statualità, con particolare riferimento a quelle modificazioni funzionali e strutturali dello Stato nazionale, che minacciavano dall'interno la forza normativa della costituzione. I processi di erosione considerati non derivavano tanto da violazioni formali o da inadempienze rispetto al dettato costituzionale, quanto da un mutamento del contesto istituzionale e sociale che indeboliva la pretesa della costituzione di disciplinare integralmente la sfera del potere pubblico. I mutamenti indicati includevano così la crescente complessità sociale, la progressiva permeabilità tra pubblico e privato e l'ampliamento delle funzioni statali. Tutti elementi che riducevano la capacità della costituzione, concepita per uno Stato centralizzato e sovrano, di fornire un ordine coerente, legittimo e controllabile.

Un fattore catalizzatore delle trasformazioni che hanno inciso in modo determinante sui presupposti delle costituzioni moderne era indicato da Grimm nell'assunzione da parte dello Stato di nuove funzioni orientate alla

¹ D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1991. D'ora in avanti ZV seguito dall'indicazione di pagina.

configurazione attiva dell’ordine sociale. La transizione dallo Stato liberale – concepito come garante di una società che si autoregola – a uno Stato responsabile della coesione e dell’integrazione sociale affonda le sue radici in due dinamiche fondamentali: l’«inclusione» e la «differenziazione delle strutture e delle funzioni sociali»². Con il termine “inclusione” Grimm allude all’estensione delle prestazioni dei sottosistemi sociali (diritto, economia, educazione, ecc.) all’intera popolazione. Se inizialmente tale processo rispondeva alla questione sociale posta dall’industrializzazione, esso è diventato progressivamente un principio generale volto a neutralizzare ogni forma di esclusione o svantaggio, emancipandosi dalla sua matrice storica e ampliando indefinitamente la sfera d’intervento statale. La “differenziazione” designa invece l’articolazione funzionale crescente della società moderna, che ne accresce l’efficienza complessiva, ma al contempo la espone a maggiori vulnerabilità. I sottosistemi sociali, sempre più autonomi e specializzati, sviluppano una forte sensibilità interna, ma anche un’elevata indifferenza reciproca, con effetti negativi sulla capacità di coordinamento e di gestione dei conflitti. Di fronte a questa crescente instabilità sistemica, lo Stato deve assumere sempre più funzioni di mediazione e compensazione.

Questa evoluzione presenta innanzitutto una dimensione storico-quantitativa che Grimm vede articolarsi schematicamente in tre fasi. Nella prima, corrispondente al XIX secolo, lo Stato affianca alla funzione ordinatrice il compito di correggere gli abusi della libertà economica, intervenendo attraverso l’introduzione di limiti giuridici alla libertà privata. Nella seconda, successiva al primo conflitto mondiale, il suo ruolo si estende alla tutela attiva dei bisogni primari, mediante interventi economici e l’istituzione dei sistemi di welfare. Nella terza, apertasi nel secondo dopoguerra, lo Stato assume una responsabilità globale per il mantenimento e lo sviluppo dell’intera società, non solo sul piano materiale, ma anche su quello culturale, avvalendosi degli strumenti della pianificazione e della regolazione sistemica. E, proprio in questa fase, Grimm ravvisa anche una trasformazione qualitativa: l’azione statale non si limita più a correggere disfunzioni o a sostenere situazioni di fallimento, ma si orienta alla configurazione attiva delle condizioni strutturali della vita sociale. La giustizia, dunque, non sarebbe più concepita come equità distributiva fondata su un ordine naturale da preservare, ma anzitutto come progetto materiale da realizzare: essa diventa il fine stesso della politica pubblica.

² D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, in ZV, pp. 399-439: in particolare, pp. 413-416 (trad. it. *Il futuro della costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino 1996, pp. 129-163: in particolare, pp. 141-144). A questo scritto ci si riferisce anche nelle considerazioni che seguono.

Proprio in tale contesto Grimm nota *en passant* come un elemento di novità decisivo sia rappresentato dal trasferimento di competenze a istituzioni sovranazionali, che segna una discontinuità rispetto al modello dello Stato-nazione sovrano quale motore esclusivo della giustizia sociale. Questa tendenza non si esaurisce in un mero decentramento(-riaccentramento) tecnico o amministrativo, ma implica un mutamento strutturale del potere politico: prerogative sovrane e capacità normativa vengono ridislocate su istanze che, pur esercitando poteri effettivi e cogenti, non detengono ancora pienamente la «qualità di Stato»³, ossia lo statuto formale di soggetti politici autonomi e democraticamente legittimati. Questo riferimento, seppur marginale nella trattazione di Grimm, appare strutturalmente funzionale alla sua tesi: le trasformazioni in corso non investono soltanto lo Stato nazionale, ma, a ben vedere, l'intero assetto giuridico-politico della modernità occidentale. La governance sovranazionale emerge sì come risposta alle sfide globali – tecnologiche, economiche, militari –, ma rappresenta al contempo un fattore critico per la trasparenza democratica e per il controllo esercitabile dai cittadini, aggravando la già problematica dipendenza di individui e sistemi dallo Stato.

Non appare casuale che i rilievi di Grimm culminino nel riscontro di una ridefinizione del concetto di libertà. Nella misura in cui lo Stato – e, con esso, le organizzazioni sovranazionali – diventa condizione necessaria per l'accesso ai beni primari, per l'autorealizzazione individuale e per il funzionamento dei sistemi, la libertà cessa di essere una qualità originaria per divenire una funzione dell'organizzazione statuale: non più una libertà “da”, ma una libertà “mediante” lo Stato, destinata a degenerare in eteronomia se priva di adeguate garanzie democratiche. Si determinerebbe così una tensione strutturale tra emancipazione e dipendenza: l'inclusione sociale promossa dallo Stato ha sì liberato ampi settori della popolazione dall'emarginazione, ma ha generato al contempo nuove forme di soggezione e controllo, rendendo individui e sistemi progressivamente incapaci di autodeterminarsi senza un (paradossale) sostegno esterno.

Che tutto ciò solleciti un radicale ripensamento del costituzionalismo moderno – comportando la necessità di riconsiderare le categorie di sovranità, responsabilità politica e libertà personale in coerenza con la complessità sociale e la pluralità dei livelli decisionali – è quasi superfluo rilevarlo, tanto esso appare evidente. Più significativo e, per certi versi, sorprendente può apparire invece un ulteriore rilievo formulato da Grimm: mentre il trasferimento di prerogative sovrane “verso l'alto”, a istituzioni sovranazionali, può ancora essere tematizzato entro il paradigma costituzionale, lo stesso non vale per la «diffusione interna» del potere nel contesto di una governance

³ Ivi, p. 415 (trad. it. cit., p. 143, trad. mod.).

sempre più articolata, policentrica e neocorporativa⁴. È proprio questa dinamica a mettere in crisi, in modo più profondo e problematico, la struttura del costituzionalismo moderno.

Grimm propone, in altri termini, una distinzione fondamentale tra due dinamiche. Da un lato, la cessione di sovranità a enti sovranazionali – come l’Unione Europea – che, pur sollevando questioni delicate, resta *concettualmente* compatibile con un’estensione del modello costituzionale: tali enti possono infatti, *in linea di principio*, essere sottoposti a regole, forme e controlli analoghi a quelli propri dello Stato. Dall’altro lato, la diffusione interna del potere pubblico, ossia il trasferimento di funzioni statali a soggetti non statali (gruppi di interesse, associazioni, enti funzionali, agenzie), spezza l’unità del potere sovrano e rende inoperativo il paradigma costituzionale classico, fondato su un centro unico, responsabile e normativamente vincolabile. I tentativi di costituzionalizzare questi attori – come avvenuto, ad esempio, nel caso dei partiti politici – si rivelano inefficaci, in quanto essi sono portatori di interessi irriducibilmente particolari, ovvero non riconducibili a un interesse generale normativamente unificabile⁵. Secondo Grimm, questo assetto “neocorporativo” non costituisce una deviazione temporanea, ma il sintomo di un mutamento strutturale della società contemporanea, che sfugge alle categorie del diritto costituzionale. Ne consegue che la costituzione non riesce più a vincolare l’intero spettro dei detentori del potere pubblico, ma solo quelli formalmente collocati entro l’apparato statale. La pretesa “onnicomprensiva” del costituzionalismo moderno si infrange così contro un ordine giuridico e politico sempre più frammentato, che ripropone, sotto nuove forme, il pluralismo irriducibile delle configurazioni premoderne – e che però si tratta ancora in qualche modo proprio di governare democraticamente.

Lo spostamento del focus dell’analisi sulle dinamiche erosive esterne prodotte dai processi di «europeizzazione» e «globalizzazione» è segnalato fin dal sottotitolo del secondo volume dedicato al futuro della costituzione, pubblicato da Grimm nel 2012, a poco più di vent’anni di distanza dal primo⁶. Alla diagnosi del rischio di dissoluzione interna del costituzionalismo si affianca ora la consapevolezza di un’erosione esterna, generata dal venir meno dell’identità tra autorità pubblica e potere statale. In assenza di questa coincidenza, le costituzioni nazionali perdono la capacità di regolare in modo compiuto l’esercizio dell’autorità pubblica entro il proprio ambito di validità.

⁴ Ivi, pp. 433-434 (trad. it. cit., p. 159).

⁵ Cfr. D. Grimm, *Verbände und Verfassung*, in ZV, pp. 241-264.

⁶ Cfr. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Suhrkamp, Berlin 2012. D’ora in avanti ZVII seguito dall’indicazione di pagina.

Di qui il passaggio cruciale: la domanda su ciò che resta delle costituzioni si lega indissolubilmente a quella sulla possibilità di compensarne la perdita di significato su un piano diverso da quello interno. È in questo quadro teorico ampio, aperto al confronto interdisciplinare e attento alla storia costituzionale, che si deve collocare il contributo specifico di Grimm alla questione europea⁷. La riflessione prende avvio con uno dei suoi saggi più influenti, *Braucht Europa eine Verfassung?*⁸, in cui ci si interroga sul senso e sulla necessità di una costituzione per la democratizzazione dell'Europa, e approda – almeno provvisoriamente – in *Europa ja – aber welches?*⁹ (2016), dove il problema si concentra sulla «costituzione della democrazia europea», alla luce in particolare della cosiddetta “ipercostituzionalizzazione” («Über-constitutionalierung»¹⁰) dell'Unione.

In questo contesto, il pensiero di Dieter Grimm costituisce un punto di riferimento essenziale per interrogarsi criticamente sul rapporto tra costituzionalismo moderno e integrazione europea. I suoi contributi offrono una prospettiva privilegiata per valutare se – e in quale misura – la costituzione, intesa nel suo significato classico come organizzazione dell'unità politica fondata sulla coincidenza tra autonomia privata e pubblica, sia ancora in grado di orientare la riflessione politica sull'Europa contemporanea¹¹. Grimm invita a ripensare il paradigma costituzionale alla luce del deficit democratico delle istituzioni europee, sollecitando un confronto non solo giuridico, ma anche concettuale e politico. Occorre dunque chiedersi se le categorie della costituzione moderna siano ancora strumenti adeguati a comprendere e pensare politicamente un'entità sovranazionale come l'Unione

⁷ Su questo cfr. S. Chignola, S. Mezzadra, *Gli spazi d'Europa. Aporie del processo di costituzionalizzazione e pratiche di libertà*, «Rassegna di diritto pubblico europeo», vol. 7, n. 1, 2008, pp. 129-148: in particolare, pp. 132-134, dove si sottolinea la rilevanza delle indagini di Grimm sui processi di decostituzionalizzazione per la comprensione della sua riflessione sull'Europa. Sull'ampiezza di respiro della riflessione di Grimm – accostata a quella di Ernst-Wolfgang Böckenförde – si veda M. Fioravanti, *Quale futuro per la "costituzione"?*, «Quaderni fiorentini», vol. 21, 1992, pp. 623-637.

⁸ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München 1995 (apparso anche in «JuristenZeitung», vol. 50, n. 12, 1995, pp. 581-591, dove si trovano le titolazioni delle varie parti di seguito citate; trad. it. *Una costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 339-367).

⁹ D. Grimm, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, C.H. Beck, München 2016.

¹⁰ Ivi, p. 41.

¹¹ Su questo concetto di costituzione, in luogo di molti, cfr. H. Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, in G. Duso, S. Chignola (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, FrancoAngeli, Milano 2005, pp. 227-237.

Europea¹². Senza pretendere una sistematizzazione esaustiva, questo capitolo si propone di analizzare criticamente i principali snodi teorici in cui si intrecciano le riflessioni di Grimm sullo Stato nazionale e sull'Europa, mettendone in luce potenzialità, tensioni e limiti, soprattutto là dove non vengono offerte risposte sistematiche, ma aperte questioni fondamentali.

La riflessione su una costituzione europea ha rappresentato uno dei punti focali del dibattito pubblico a partire dal Trattato di Maastricht, sopravvivendo – nonostante le crisi finanziarie, migratorie e istituzionali¹³ – come orizzonte condiviso da molti attori e teorici del processo di integrazione. Essa si è posta, tra le altre cose, come risposta al cosiddetto “deficit democratico” dell’Unione: un nodo teorico e politico che, pur in presenza di posizioni fortemente divergenti circa la sua diagnosi e la sua rimediabilità, viene comunemente assunto come punto di partenza ineludibile. Come rilevava nel 1997 Ernst-Wolfgang Böckenförde, infatti, una comunità sovranazionale che eserciti un potere sovrano autonomo, determinando durevolmente condizioni di vita e producendo norme vincolanti per i cittadini, «abbisogna a sua volta, nell’era della democrazia, di una struttura democratica»¹⁴. Gli scritti di Grimm, tuttavia, si situano criticamente rispetto a una linea di pensiero che da tale premessa deduce meccanicamente la necessità di una costituzione europea modellata su quella statale¹⁵. La sua analisi mette in discussione l’assunto secondo cui l’importazione delle categorie tradizionali della *Staatlichkeit* – sovranità, rappresentanza, potere costituente – sarebbe di per sé risolutiva rispetto al problema della legittimazione democratica “europea”. In tal modo è possibile mostrare, invece, come la crisi del costituzionalismo moderno, lunghi dall’essere semplicemente superabile su scala sovranazionale, apra uno spazio di interrogazione più profondo sui concetti stessi di

¹² Per un utile inquadramento critico cfr. A. Scalone, *Le istituzioni europee: carenza di legittimazione o superamento del principio rappresentativo*, «Rassegna di diritto pubblico europeo», vol. 15, n. 2, 2016, pp. 175-211; G. Duso, *L’Europa e la fine della sovranità*, «Quaderni fiorentini», vol. 31, t. 1, 2002, pp. 109-139; P. Rosanvallon, *Le déficit démocratique européen*, vol. 10, n. 288, 2002, pp. 87-100.

¹³ Per una panoramica cfr. J. Zielonka, *Disintegrazione. Come salvare l’Europa dall’Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari 2015 (pp. 23-48, in particolare).

¹⁴ E.-W. Böckenförde, *Dove sta andando l’Europa?*, in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all’Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2010², p. 191.

¹⁵ Si tratta di una questione con radici profonde nel dibattito giuspubblicistico tedesco; in questa sede basti ricordare almeno le relazioni di Joseph H. Kaiser e, soprattutto, Peter Badura sul tema *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften* («Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», vol. 23, 1966, pp. 1-33 e 34-104, rispettivamente).

democrazia e costituzione, che non possono essere in modo irriflesso ridotti a valori da riprodurre in contesti differenti¹⁶.

In questa prospettiva, la sua posizione è stata spesso fraintesa come espressione di euroscetticismo; si tratta, a ben vedere, di un'interpretazione riduttiva, che non tiene conto del quadro complessivo della sua riflessione¹⁷. Già nella parte conclusiva di *Braucht Europa eine Verfassung?*, significativamente intitolata «*Verfassungsillusionen*»¹⁸, Grimm scriveva con nettezza:

Una gran parte dei problemi che necessitano di elaborazione politica non è più effettivamente risolvibile entro la rigida cornice statale dei paesi europei. Questa constatazione spinge in direzione di un'unione sovranazionale. Se, ciò nonostante, questa non deve essere portata avanti in direzione di un'unione europea in forma di Stato, è perché attualmente una simile entità non potrebbe soddisfare i requisiti democratici. Il suo livello di legittimazione sarebbe inferiore a quello degli Stati nazionali e con ciò si ridurrebbe anche la sua capacità di risoluzione dei problemi, la quale ha presupposti non solo tecnici, ma anche di legittimazione. Si tratta piuttosto di *mantenere l'Unione Europea nella sua peculiarità come istituzione sovranazionale e di svilupparla conformemente a questa peculiarità, anziché copiare modelli improntati allo Stato nazionale*¹⁹.

Il passo è rivelatore: non solo il processo di integrazione è qui considerato necessario e irreversibile, ma ciò che viene affermato con forza è l'urgenza – oggi ampiamente condivisa – di pensare l'Unione al di fuori del paradigma

¹⁶ Per approcci esplicitamente tesi a pensare l'Europa secondo il modello statale si vedano, tra gli altri, G.F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna 2004 e G. Morgan, *The Idea of a European Superstate*, Princeton University Press, Princeton-Oxford 2005.

¹⁷ L'associazione tra Grimm, la tesi “no demos” e l'euroscetticismo è in larga parte riconducibile alla critica avanzata da Jürgen Habermas, che ha dato origine al cosiddetto “*Grimm-Habermas debate*” e ha contribuito alla vasta risonanza dello scritto di Grimm anche oltre l'ambito giuridico specialistico. Sulle origini del dibattito si veda l'intervista biografico-scientifica D. Grimm, «*Ich bin ein Freund der Verfassung*», Mohr Siebeck, Tübingen 2017, pp. 243-252. La critica habermasiana sarà ripresa nel capitolo seguente.

¹⁸ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 590.

¹⁹ *Ibidem* (trad. it. cit., p. 364, trad. mod., corsivo mio). Sebbene converga evidentemente con la linea interpretativa seguita dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza su Maastricht (1993), l'osservazione di Grimm presenta, a mio avviso, una portata teorica e storico-concettuale autonoma. Essa sollecita a pensare l'Unione Europea non come una “*Staatswerdung*” incompiuta, ma come una forma politica distinta, la cui legittimità e capacità d'azione dipendono dal riconoscimento e dallo sviluppo della sua natura non-statuale. Sull'incompatibilità tra uno Stato federale europeo e *Grundgesetz* – alla luce della successiva sentenza su Lisbona – cfr. D. Grimm, *Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in Id., *Europa ja – aber welches?*, cit., pp. 225-249.

statuale valorizzandone gli elementi di innovazione che la caratterizzano²⁰. In tal senso, lo specifico contributo teorico di Grimm consiste nella diagnosi delle difficoltà strutturali che si presentano quando si tenta di pensare l'Europa mediante concetti mutuati dalla tradizione del costituzionalismo moderno, senza prima interrogarsi criticamente sul loro statuto, sulla loro genealogia e sulla loro trasformazione²¹. Nel seguito si cercherà allora di sviluppare questo spazio problematico aperto dalla riflessione di Grimm, mettendone in luce, da un lato, la fecondità critica, dall'altro, i limiti teorici e le possibili aporie. L'obiettivo non sarà tanto quello di concludere sull'impossibilità di una costituzione europea, quanto di chiarire che il suo eventuale senso politico e giuridico non può essere dedotto dal modello statale né semplicemente replicato a partire da esso²². A tal fine è necessario anzitutto riesaminare i concetti fondamentali – sovranità, rappresentanza, diritti, legittimazione democratica – e le loro trasformazioni storiche, al fine di porre le

²⁰ Si tratta di elementi che segnano una continuità anche con la riflessione più recente del giurista tedesco. Cfr. D. Grimm, *Europa ja – aber welches?*, cit., p. 7, dove si chiarisce il nucleo argomentativo che attraversa i contributi raccolti – ovvero, da un lato, la ferma convinzione che l'integrazione europea sia una «necessità» storica; dall'altro, la preoccupazione, profonda, che essa stia seguendo una direzione erronea, che allontana l'Unione dai suoi cittadini, compromettendone la legittimità democratica. La critica all'assetto attuale dell'UE non nasce dunque da un atteggiamento eurosceptico, bensì dall'esigenza di pensare un'«Europa migliore», fondata su basi più solide e condivise.

²¹ Sul rapporto tra sapere storico e scienza del diritto costituzionale, si veda in particolare il contributo di G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 35-82, dove l'A. prende le mosse dal seguente interrogativo: «può il nostro tempo essere quello di un'unione costruttiva di storia e diritto costituzionale?». Sulla necessità di assumere in modo radicale questa prospettiva ha insistito, con particolare forza, Giuseppe Duso, sottolineando come le discipline moderne siano solite ricostruire la propria storia a partire da presupposti interni alla propria specifica “scientificità”. Secondo Duso, invece, occorre mettere in discussione tale impostazione mostrando la storicità, la contingenza e la precarietà di tali presupposti teorici, in modo da superare visioni dogmatiche del sapere. Cfr. G. Duso, *Tra Unione europea e forma-Stato: pensare il federalismo*, in A. Carrino (a cura di), *L'Europa e il futuro della politica*, Società Libera, Milano 2002, pp. 199-218.

²² Alla luce dell'ampia diffusione del “linguaggio del costituzionalismo” nel dibattito europeo e della sua pretesa continuità con il grande laboratorio del costituzionalismo moderno, risulta ancor più necessario tentare di fare chiarezza critica su questi concetti e sul loro uso. A tal proposito, cfr. M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», vol. 20, n. 2, pp. 605-628. Per un'utile ricostruzione storico-concettuale del “ritorno del costituzionalismo” nel contesto del dibattito sul nuovo ordine giuridico e politico della società globale, si vedano L. Scuccimarra, *Costituzionalismo e democrazia nell'epoca globale. Voci di un dibattito*, «Res Publica», vol. 15, n. 2, 2016, pp. 21-34 e Id., *Vedi alla voce “costituzione”. Semantiche costituzionali nell'epoca globale*, «Giornale di storia costituzionale», vol. 32, n. 2, 2016, pp. 33-47.

basi per un ripensamento teorico che non si limiti a trasporre il già noto, ma sia capace di dar conto della specificità europea²³.

2. Concetto e funzione della costituzione: la questione della legittimazione dell'Unione Europea

Il saggio di Dieter Grimm *Braucht Europa eine Verfassung?*, che diede avvio alla nota disputa con Jürgen Habermas, nasce da una conferenza tenuta all'inizio del 1994 presso la Carl Friedrich von Siemens Stiftung²⁴. Come ricorda Peter Lerche nel *Vorwort* all'edizione tedesca, l'intervento si collocava in un momento in cui la riflessione sull'urgenza e sulla natura dell'Unione Europea stava appena cominciando a emergere in maniera articolata e risultava per lo più confinata entro ambiti specialistici. In quegli anni, la delicata questione della legittimazione democratica delle istituzioni europee era salita alla ribalta soprattutto con la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul Trattato di Maastricht. Pur essendo allora giudice della Corte, Grimm non partecipò alla redazione di quella decisione, che suscitò ampie discussioni e non poche polemiche. Il contributo di Grimm, come dimostrano le numerose riprese critiche e interdisciplinari, ha avuto un impatto profondo. Il saggio permette infatti di mettere a fuoco alcuni nodi teorici fondamentali rimasti a lungo in ombra nel dibattito sull'integrazione europea: il rapporto tra costituzione (in senso moderno) e Stato, il legame tra costituzione e legittimazione democratica del potere, nonché il significato – e le implicazioni – di una possibile costituzionalizzazione dell'Unione.

Sin dall'inizio, l'argomentazione di Grimm si concentra sulla chiarificazione del concetto e della funzione della costituzione («*Begriff und Funktion der Verfassung*»²⁵), come passaggio preliminare e imprescindibile per rispondere alla domanda – intesa in senso tutt'altro che retorico – che intitola il suo saggio. Non si tratta dunque in primis di sostenere, in modo surrettizio, un'idea dogmatica di costituzione, né di riaffermare la sua esclusiva

²³ Rispetto alla modalità in cui il contributo del giurista tedesco viene indagato e valorizzato nel presente lavoro è imprescindibile il gesto di radicalizzazione filosofica della storia concettuale. Cfr. S. Chignola, G. Duso, *Storia dei concetti e filosofia politica*, FrancoAngeli, Milano 2008.

²⁴ Già in *Der Mangel an europäischer Demokratie*, «Der Spiegel», n. 52, ottobre 1992, pp. 57-59, Grimm aveva affrontato il tema del deficit democratico dell'Unione Europea anticipando alcuni punti poi sviluppati in *Braucht Europa eine Verfassung?*. Sin da allora egli criticava l'idea che il deficit democratico potesse essere superato rafforzando il Parlamento europeo, una posizione che ha mantenuto ferma anche nei suoi interventi più recenti sull'Europa.

²⁵ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 582.

pertinenza allo Stato nazionale moderno. Il ragionamento si muove su un piano differente: quello di una riflessione critica, che interroga i concetti attraverso cui pensiamo l'ordine politico, sottraendoli alla loro apparente ovvia. In questo senso, il lavoro di Grimm può essere letto come un esercizio di problematizzazione categoriale. Se l'interrogativo che lo anima è se l'Europa debba dotarsi di una costituzione, affatto non accessoria è anche la questione di cosa implichi parlare oggi di "costituzione" in relazione all'Unione Europea. Tale chiarificazione si rende necessaria alla luce della convinzione – diffusa in ambito politico – che i trattati europei, dopo Maastricht, non siano più in grado di fornire una legittimazione sufficiente e che solo un atto costitutivo formale possa colmare questo vuoto.

Ma proprio qui, secondo Grimm, occorre interrogarsi con cautela. Il termine "costituzione" è diventato oggetto di un progressivo slittamento semantico, soprattutto nel linguaggio specialistico, che ne ha moltiplicato gli usi e offuscato i contorni²⁶. In particolare, appare problematico – se non contraddittorio – rivendicare una costituzione per l'Europa per colmare il deficit democratico che affligge le istituzioni unionali e, al tempo stesso, escludere una sua trasformazione in uno Stato. Ciò non significa assumere di per sé che Stato e costituzione siano concettualmente inseparabili in modo necessario²⁷, ma impone di riconoscere che la loro relazione non è né accidentale né facilmente dissolvibile²⁸. Dal punto di vista storico-concettuale, la connessione

²⁶ Grimm stesso non esclude peraltro che si possa già parlare di "costituzione europea" (in senso materiale) in riferimento ai trattati. La questione è concettuale: se, da un lato, essi svolgono diverse funzioni proprie delle costituzioni moderne, dall'altro, se ne distinguono in quanto non sono il prodotto di autodeterminazione. Cfr. anche H. Hofmann, *L'essenza della Costituzione*, in Id., *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della Costituzione*, a cura di A. Carrino, Guida, Napoli 2009, p. 37.

²⁷ Su tale aspetto si veda il capitolo terzo del presente volume.

²⁸ Il trasferimento del concetto di costituzione oltre lo Stato è centrale, ad esempio, nella riflessione recente di Ulrich K. Preuss, ispirata al pensiero kantiano e habermasiano. Per Preuss la specificità della costituzione politica risiede nell'istituzione giuridica di meccanismi che rendono possibile l'autogoverno collettivo: la funzione primaria della costituzione è «*to establish a regime of collective self-rule by constituting "We the people"*» (U.K. Preuss, *Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford-New York 2010, p. 42). I concetti fondamentali sono anzitutto quelli di individui liberi e autodeterminazione democratica. In un approccio costituzionalistico, che si vuole distinto da quello "sovranista", la volontà collettiva non si forma sommando le volontà individuali, ma attraverso un sistema di regole, istituzioni e procedure che definiscono i principi dell'ordine sociale. In questo processo, la moltitudine si trasforma in popolo e la sovranità si realizza solo se tali istituzioni costituzionali funzionano effettivamente (cfr. Ivi, p. 36). Obiettivo esplicito di Preuss – in contrasto diretto con Grimm – è sganciare il concetto di potere democratico-costituzionale dal riferimento al territorio, considerato l'ostacolo principale alla

tra forma statale e costituzione moderna si è consolidata nel corso delle rivoluzioni costituzionali di fine Settecento e continua a segnare l'immaginario politico contemporaneo²⁹. È in questa prospettiva che Grimm invita a osservare l'attualità come un campo “non riconciliato”: il nostro modo di pensare la politica appare scosso da mutamenti concettuali che faticano a stabilizzarsi, mentre termini come “costituzione” divengono portatori di aspettative eterogenee e difficilmente compatibili.

Il termine “costituzione” si carica così di una dimensione ideologica: lunghi dall’essere neutrale, esso esprime visioni del potere e modelli di legittimazione politica. A tale ambiguità semantica si dà forma, in particolare, nel confronto tra il linguaggio del discorso politico europeo e quello della prassi giuridica. Grimm osserva con tono critico che, se fosse valida la tesi avanzata da una parte della dottrina del diritto comunitario – secondo cui l’UE disporrebbe già di una costituzione –, allora la stessa richiesta di una nuova costituzione perderebbe in larga misura di senso, risultando quasi pleonastica³⁰. La tensione semantica si articola dunque tra due poli: da un lato, l’idea di una costituzione già esistente, ma perfettibile; dall’altro, la convinzione che una vera e propria costituzione debba ancora essere istituita e che ciò presupponga un atto costituente in senso proprio. In quest’ultimo caso, torna centrale il significato moderno di costituzione come espressione di autodeterminazione politica – significato emerso appunto con le rivoluzioni moderne e che si distingue radicalmente dalla concezione premoderna del termine. È proprio questa frattura concettuale, fra costituzione come atto originario e costituzione come assetto normativo derivato, a costituire il centro teorico dell’intervento di Grimm. Il suo saggio, ben oltre la contingenza del

riattualizzazione della costituzione oltre lo Stato. Non è possibile entrare qui nel dettaglio di questa proposta teorica (si veda, in proposito, A. Peters, *Die “konstitutionalistische” Frage*, in C. Franzius, T. Stein (hrsg.), *Recht und Politik. Zum Staatsverständnis von Ulrich K. Preuß*, Nomos, Baden-Baden 2015, pp. 109-122). Resta comunque dubbio che essa consenta di pensare costituzionalmente l’Europa in modo radicalmente alternativo alla logica della *Staatlichkeit*. Sull’itinerario della riflessione di Preuß si tenga presente A. Di Martino, *Teoria critica del diritto e diritto costituzionale in Germania: l’itinerario di Ulrich Preuß*, in G. Azzariti, A. Di Martino, A. Somma (a cura di), *L’uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, pp. 37-93 (in particolare, pp. 85-93, a proposito della «configurabilità di un costituzionalismo oltre lo Stato»).

²⁹ Del resto, anche i tentativi di riabilitare il costituzionalismo oltre lo Stato pongono inevitabilmente la stessa domanda: «*What might constitutionalism be, once it is not imagined within a democratic statist framework but nonetheless remains committed to the French and American revolutionary tradition?*» (M. Kumm, *The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, cit., p. 212); questione che costringe a confrontarsi con il nesso tra costituzione e Stato.

³⁰ Cfr. D. Grimm, *Una costituzione per l’Europa?*, cit., p. 342.

dibattito cui risponde, si presenta così come una riflessione cruciale sulla crisi delle categorie attraverso cui continuiamo a pensare l’Europa e il politico contemporaneo.

È lo stesso Grimm, all’inizio del suo saggio, a rilevare la problematicità della netta separazione tra costituzione e trattato che ha caratterizzato la tradizione dello *ius publicum europaeum*. Una distinzione che, a suo avviso, non può più essere considerata ovvia, né tantomeno adeguata per comprendere la natura giuridica dell’Unione europea. «Le costituzioni danno il fondamento giuridico agli Stati», osserva Grimm, mentre «le istituzioni internazionali hanno invece il loro fondamento nei trattati di diritto internazionale. O almeno così si diceva nel passato»³¹. Ma con l’Unione europea questa differenza sembra non reggere più. Sebbene nessuno consideri l’Unione uno Stato, si parla, come accennato, sempre più spesso della sua “costituzione”. Da un lato, i trattati fondativi dell’UE vengono frequentemente descritti proprio come la sua costituzione. Dall’altro, cresce la consapevolezza dell’insufficienza della base pattizia, tanto da spingere molti a lamentare l’assenza di una vera e propria costituzione europea. Nondimeno, per Grimm, la richiesta di una costituzione per l’Europa non sembra rimandare a qualcosa di vago o generico: essa si riferisce chiaramente a un ordinamento giuridico fondamentale della comunità, analogo a quello emerso in Francia e negli Stati Uniti alla fine del XVIII secolo, in seguito a due rivoluzioni vittoriose. Un tipo di costituzione, questo, che prima di allora non era mai esistito e che da allora si è progressivamente affermato fino a diventare, almeno in apparenza, universale³². L’intento analogico è evidente proprio laddove la richiesta di una costituzione europea si accompagna a un’aspettativa ben precisa («*Verfassungserwartung*»³³): quella di colmare il deficit di legittimità da cui sarebbero afflitte le istituzioni dell’Unione³⁴. Secondo Grimm, la convinzione che una costituzione possa essere la via per superare questo deficit democratico si basa necessariamente sul concetto moderno di costituzione: un concetto che richiama un insieme coerente di norme scritte, originato dal popolo, diretto al titolare stesso della sovranità e da cui tale potere trae legittimità. Tali norme fondano e al contempo limitano il potere, rivendicando una posizione preminente, come ordinamento fondamentale, e rendendo inoltre possibile l’integrazione sociale.

L’indagine storico-concettuale a cui Grimm ha dedicato buona parte della sua opera dimostra con chiarezza le ragioni di questa impostazione, ma evidenzia anche il carattere storicamente situato del concetto stesso, mettendone

³¹ Ivi, p. 340.

³² Ivi, p. 342.

³³ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 581.

³⁴ Cfr. D. Grimm, *Una costituzione per l’Europa?*, cit., p. 341.

in dubbio l'applicabilità diretta al contesto europeo. Se l'analisi del concetto e della funzione della costituzione aiuta a chiarire le aspettative connesse alla sua richiesta, essa permette anche di individuare solide ragioni teoriche per cui il modello moderno di costituzione non sarebbe trasferibile all'Europa, né adeguato alle sue peculiari esigenze "costituzionali". Da un punto di vista anzitutto logico – su cui si tornerà in seguito –, l'inadeguatezza di tale modello e l'urgenza di rifondare su basi nuove la questione costituzionale europea si legano al modo in cui il costituzionalismo moderno articola il rapporto tra unità e pluralità³⁵. Questo rapporto, segnato da una logica radicalmente unitaria, è alla base dell'autodeterminazione politica moderna e rende lo Stato sovrano una precondizione indispensabile per il costituzionalismo. Non è per contrasto con un'altra teoria, dunque, che emerge la difficoltà di proiettare questa concettualità oltre lo Stato. Essa scaturisce direttamente da un esame critico dei suoi elementi costitutivi. E Grimm ha ricostruito tale concettualità con rigore, dedicando larga parte del suo lavoro allo studio delle origini, delle condizioni di efficacia e delle trasformazioni del costituzionalismo moderno³⁶. Il suo approccio storico-concettuale, inoltre, non resta confinato in un interesse storiografico fine a sé stesso, ma è intrecciato non a caso sin dall'inizio alla questione del "futuro della costituzione"³⁷.

Questa domanda sul futuro della costituzione prende significativamente forma proprio nel momento in cui la costituzione moderna sembra non riuscire più a mantenere la promessa di istituire e regolare il potere pubblico nella sua interezza. Hasso Hofmann ha colto bene la portata del problema, definendo la questione sollevata da Grimm una «paradossale inversione»³⁸: se in origine la costituzione è stata capace di generare aspettativa e futuro, ora è la sua stessa proiezione nel futuro a essere in discussione. La crisi non riguarda soltanto le costituzioni nazionali, dove il costituzionalismo ha

³⁵ Cfr. G. Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, cit.; Id., *Oltre il nesso sovranità del popolo-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in Id., *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei governati*, FrancoAngeli, Milano 2022, pp. 234-239.

³⁶ Cfr. in particolare D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1988; D. Grimm, H. Mohnhaupt, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlin 1995.

³⁷ Si veda, in proposito, il *Vorwort* a D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., p. 9, dove è preannunciato un secondo tomo dedicato a «*Krise und Verfall*» dello Stato costituzionale. Pur senza una messa in discussione radicale della costituzione in senso moderno, egli osserva che si moltiplicano i segnali di una perdita di capacità regolativa della politica da parte della costituzione, alla luce di mutate condizioni di validità. Per questo, aggiunge, l'esposizione storica deve estendersi fino al presente e lo sguardo rivolto alle origini concludersi con l'interrogativo sul futuro della costituzione. Questo programma di ricerca sarà poi sviluppato, in altra forma, nei due volumi *Die Zukunft der Verfassung* (1991 e 2012; cfr. *infra*, nota 42 di pp. 36-37).

³⁸ H. Hofmann, *L'essenza della Costituzione*, cit., p. 45.

trovato concreta realizzazione, ma anche i tentativi di colmare questa perdita di significato sul piano internazionale. Come si è ricordato, parlare oggi di “perdita di significato” della costituzione non equivale a denunciare una sua semplice violazione o una realizzazione parziale. Non è nemmeno il classico divario tra norma e realtà a essere in gioco – una tensione, questa, sempre già prevista nel progetto delle costituzioni moderne. Il vero nodo è se i principi costituzionali, nel loro complesso, possano ancora significare qualcosa in un contesto in cui sono venute meno le condizioni che ne avevano reso possibile l’emersione, in particolare quella logica unitaria che ne aveva strutturato il senso³⁹.

La perdita di significato, in questo quadro, si salda a una «*Geltungsschwund*»⁴⁰ (perdita di validità) che può esprimersi tanto in una radicale riconsiderazione del concetto di costituzione quanto in una sua sempre più marcata incapacità di regolare l’intero campo del potere politico, con la conseguenza di una sua riduzione a «ordinamento parziale»⁴¹ – e, forse, della fine stessa del costituzionalismo moderno. Eppure, la necessità di riflettere su questa perdita non viene meno. Al contrario, deriva proprio dal riconoscimento pressoché universale della costituzione come modello imprescindibile per l’organizzazione e la legittimazione del potere politico. Le trasformazioni della statualità, sul piano interno, alimentano da tempo un processo di erosione del costituzionalismo che, lungi dall’essere un fatto marginale, rende urgente la domanda: come si collega l’interrogativo sul “futuro della costituzione”, posto al centro della riflessione di Grimm, all’idea di una costituzione per l’Europa?

In tutti i suoi scritti dedicati alla costituzione, Dieter Grimm sviluppa una ricostruzione storico-concettuale dichiaratamente discontinuista, in piena coerenza con l’impostazione teorica della *Begriffsgeschichte* tedesca⁴². Ciò

³⁹ È su questo snodo che interviene la critica di Habermas in *Fatti e norme*: alla diagnosi di Grimm – secondo cui il diritto costituzionale, oggi, avrebbe perso capacità di controllo e forza vincolante, fino a mettere in dubbio il futuro stesso dell’idea di costituzione – Habermas risponde con un ambizioso tentativo di ricostruzione del diritto moderno. I capitoli centrali dell’opera mirano a dimostrare come, anche nelle società complesse, sia ancora possibile ripensare in forme nuove la promessa giusrazionalistica dell’auto-organizzazione giuridica di cittadini liberi ed eguali. La tesi è netta: la costituzione può avere un futuro, ma solo attraverso un suo radicale ripensamento. Per un’analisi più ampia della questione, anche alla luce delle difficoltà sollevate da Grimm, sia consentito rinviare a quanto già esposto in M. Bozzon, *Sub conditione: Dieter Grimm e la crisi della legislazione democratica*, «Costituzionalismo.it», n. 3, 2024, pp. 21-34.

⁴⁰ ZV, p. 439 (trad. it. cit. p. 163., trad. mod.)

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Si veda anzitutto la voce “*Verfassung*” in O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, Klett-Cotta, Stuttgart 1972-1992 (apparsa poi

che ne emerge con forza è l'invito a guardare con maggiore cautela all'idea – ancora largamente diffusa – di un nesso lineare e continuo tra le costituzioni moderne e le forme storiche precedenti di limitazione e giuridificazione del potere politico⁴³. L'introduzione del concetto moderno di costituzione non rappresenta un'evoluzione interna di un paradigma esistente, ma una cesura profonda, determinata proprio dalle pretese normative che essa veicola. In questo senso, l'analisi semantica e concettuale del termine “costituzione”, così come si definisce all'altezza delle rivoluzioni americana e francese, rivelà un mutamento che si inscrive nei più ampi processi di trasformazione concettuale che, secondo Reinhart Koselleck, caratterizzano la cosiddetta *Sattelzeit* – l’“epoca sella” tra la seconda metà del Settecento e la prima dell'Ottocento. È in questo periodo che il lessico politico-sociale si “modernizza” attraverso quattro direttive fondamentali: democratizzazione, temporalizzazione, astrazione-ideologizzazione e politicizzazione⁴⁴. Il passaggio dalla visione antica a quella moderna, segnato dalla rottura tra due mondi, si riflette appunto nella nascita di un concetto di costituzione che non si limita più a descrivere una realtà esistente, ma piuttosto anticipa e pretende di fondarne una nuova normativamente⁴⁵.

Con la modernità, in effetti, “costituzione” cessa di essere un concetto empirico legato a un dato ordinamento e assume la forma di un concetto

separatamente: D. Grimm, H. Mohnhaupt, *Verfassung*, cit.) di cui Grimm ha curato la seconda parte (dall'Illuminismo a oggi); sull'aspetto della “discontinuità” si veda l'*Introduzione* di S. Rossi alla traduzione italiana (*Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, Carocci, Roma 2008, pp. 11-16). Va infine ricordato che Michael Stolleis ha indicato *Die Zukunft der Verfassung* come una possibile prosecuzione della voce *Verfassung* nel *Lexicon*, nella quale Grimm approfondisce come il superamento del modello sociale borghese imponga un adattamento delle costituzioni alle nuove condizioni della società industriale: solo così, osserva Stolleis, la costituzione può conservare il suo ruolo di legge fondamentale integratrice della nazione (cfr. la recensione al volume di Grimm e Mohnhaupt in «International Journal of the Classical Traditions», vol. 5, n. 3, 1999, p. 475).

⁴³ Certo, ciò non esclude che vi siano modalità diverse di declinare la storia costituzionale “moderna”. Un esempio è l'approccio che individua nell'elemento della limitazione del potere una costante che consente di retrodatare le origini del costituzionalismo all'età medievale. Si veda, in tal senso, M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, dove peraltro viene messa in evidenza anche l’“eccentricità” del costituzionalismo moderno.

⁴⁴ In relazione al concetto di “costituzione”, cfr. D. Grimm, H. Mohnhaupt, *Costituzione*, cit., pp. 111-112; inoltre H. Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., pp. 227-229.

⁴⁵ Il che non toglie che la nozione di *Sattelzeit* rappresenti uno degli aspetti teoricamente più problematici dell'impianto della *Begriffsgeschichte*. Non è possibile diffondersi in questa sede a riguardo; cfr. però perlomeno L. Scuccimarra, *La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, «Storica», vol. 4, n. 10, 1998, pp. 7-99; M. Scattola, *Storia dei concetti e storia delle discipline politiche*, «Storia della storiografia», vol. 49, pp. 95-124; S. Chignola, G. Duso, *Storia dei concetti*, cit.

normativo, proiettato verso il futuro. Essa non si limita a rispecchiare l'ordine sociale esistente, ma lo orienta e lo plasma in funzione di aspettative giuridiche e politiche. È questo il salto di qualità che segna la costituzione moderna: essa non nasce come adattamento, ma come progetto. E ciò che nasce non è riducibile a una semplice evoluzione semantica, bensì un concetto del tutto nuovo, costruito all'interno di una costellazione concettuale inedita, che comprende nozioni fondamentali come sovranità popolare, rappresentanza, dicotomia tra potere costituente e potere costituito, diritti individuali. Questa impostazione ha conseguenze profonde anche sul modo in cui Grimm concepisce la storiografia costituzionale. A tale riguardo si può ricordare ad esempio come nel dibattito metodologico degli anni Ottanta sul metodo e sull'oggetto di tale disciplina, egli sembra arrivare a prendere in certo senso le distanze proprio da Koselleck (e ancor più da Brunner), per i quali essa dovrebbe concentrarsi sulle istituzioni politiche in quanto forme stabili e ripetibili dell'agire collettivo. Grimm, al contrario, pone quale punto di partenza della storiografia costituzionale la «norma giuridica», distinta dalle «norme socialmente efficaci», dopo aver distinto preliminarmente tra «costituzione giuridica» e «costituzione fattuale»⁴⁶. E una simile operazione risulta possibile solo sulla base di quella determinazione chiara del concetto di costituzione che si dischiuderebbe esclusivamente con la modernità.

Ma il valore di questa determinazione non si limita alla ricerca storiografica. Come già evidenziato, essa risulta decisiva anche per il dibattito politico e giuridico contemporaneo, segnato da un proliferare di termini come “costituzione”, “costituzionalismo” e “costituzionalizzazione” applicati a contesti extra-statali o transnazionali. Questo uso diffuso e spesso acritico rischia di oscurare il fatto che i concetti moderni su cui ancora poggia la nostra comprensione del politico stanno attraversando una crisi profonda. Non si tratta solo di una crisi del “contenuto concettuale”, ma di un più radicale slittamento tra il concetto e il suo “oggetto”: quando l'oggetto che un concetto pretende di descrivere scompare o muta in modo sostanziale, l'intero concetto perde significato. In tal caso, come nota Grimm, il concetto «non avrebbe più alcun valore esplicativo rispetto alla realtà e sarebbe soltanto una semplice espressione, la quale, invece di far luce sui rapporti reali, li occulterebbe»⁴⁷. L'eventuale dissoluzione dell'oggetto sotteso ai concetti politici

⁴⁶ Cfr. i resoconti del convegno della *Vereinigung für Verfassungsgeschichte* (Hofgeismar, 30-31 marzo 1981) su «oggetto e concetti della storiografia costituzionale», «Der Staat», Beiheft 6, 1983, p. 37, 40, 127-128; inoltre R. Schmidt, *Verfassungskultur und Verfassungssoziologie. Politischer und rechtlicher Konstitutionalismus in Deutschland im 19. Jahrhundert*, Springer, Wiesbaden 2012, pp. 35-47.

⁴⁷ D. Grimm, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, a cura di G. Preterossi e O. Malatesta, Laterza, Bari-Roma 2023, p. 6 – con riferimento anzitutto al concetto di “sovranità”.

fondamentali segnerebbe un cambiamento nella realtà politica così estremo da rendere inservibili le categorie finora utilizzate⁴⁸.

Questo rilievo teorico è, di nuovo, in perfetta sintonia con una delle principali avvertenze metodologiche della *Begriffsgeschichte*: i concetti sono storicamente determinati, e non possono essere trasferiti meccanicamente in contesti diversi da quelli in cui sono nati. Tuttavia, nel caso della costituzione, non è in gioco solo l'anacronistica retroproiezione del concetto in epoche premoderne. È piuttosto la sua proiezione “in avanti” o “in contesti inediti” – nella realtà cosiddetta postnazionale – a fare problema: fino a che punto è lecito utilizzare il concetto moderno di costituzione per comprendere e modellare un’entità politica come l’Unione Europea? La riflessione storico-concettuale di Grimm assume allora un duplice rilievo. Da un lato, in chiave sociologica, essa mostra come l’interrogativo sul futuro della costituzione sia inseparabile dall’analisi delle condizioni che ne hanno reso possibile l’origine e l’efficacia. Se quelle condizioni vengono meno, possiamo ancora parlare di costituzione nel senso moderno del termine? Dall’altro lato, individuando la matrice logica della costituzione nei modelli giusnaturalistici del contratto sociale, Grimm evidenzia anche un limite intrinseco di tipo concettuale: questi modelli sono pensati per generare una unità politica sovrana, legittimata da un accordo tra individui liberi ed eguali.

La domanda che a questo punto si impone è cruciale: in che senso le costituzioni moderne rappresentano una vera novità storica? La risposta sarà articolata in tre tappe. La prima ricostruirà la specificità della costituzione moderna come “*Novum*”, come novità irriducibile; la seconda chiarirà il significato della costituzione come fondamento di un “nuovo sistema di potere”, incentrato sul concetto di libertà; la terza esplorerà le ricadute di questo paradigma nella teoria del potere costituente, attraverso l’analisi della dottrina costituzionale dell’abate Sieyès. Queste tre tappe costituiranno la base per un confronto critico con il processo di costruzione politico-giuridica dell’Unione Europea. Solo partendo dalla differenza radicale tra quest’ultimo e il modello dello Stato nazionale sarà possibile riflettere sul modo in cui ripensare i criteri di legittimità propri dell’Europa post-statuale. E in tal senso, sarà decisivo interrogarsi su come la nozione di autodeterminazione – centrale nel costituzionalismo moderno – possa essere ridefinita al di là della sua tradizionale connessione con la rappresentanza politica.

⁴⁸ Riferendosi alla costituzione, Adone Brandalise esprime con particolare efficacia – e, per certi versi, in modo più radicale e rivelatore – questa stessa dinamica, osservando come l’attualità della forma costituzione, consistendo a ben vedere in un processo di decostituzionalizzazione, implichi precisamente la crescente irriducibilità dei suoi stessi esiti al quadro costituzionale come spazio di coerente interpretazione; cfr. A. Brandalise, *Democrazia e decostituzionalizzazione*, «Filosofia politica», vol. 20, n. 3, 2006, p. 404.

3. La costituzione moderna come *Novum*

L’idea che la costituzione moderna rappresenti una *novità senza precedenti* – un *Novum* nel senso pregnante del termine – costituisce un asse portante tanto del lavoro storico-concettuale di Dieter Grimm quanto della sua riflessione sulle attuali crisi e prospettive del costituzionalismo. In questo orizzonte, il concetto moderno di costituzione non è soltanto un oggetto di ricostruzione storica, ma funge anche da modello esplicativo: una griglia analitica che consente di valutare se e in che misura l’istituto costituzionale possa essere separato dalle condizioni storiche che lo hanno generato e mantenuto anche in contesti profondamente mutati, sia all’interno degli ordinamenti statali, sia nello scenario internazionale⁴⁹. In quest’ultimo caso, si tratterebbe di colmare il deficit di significato che ha colpito la nozione di costituzione, tentando una sua trasposizione oltre lo Stato. Grimm designa questo modello esplicativo nei termini di un concetto esigente o forte di costituzione⁵⁰, prendendo così le distanze da usi inflazionati e spesso riduttivi del termine “costituzione”, soprattutto nel contesto dei dibattiti sulla governance globale⁵¹. In tale prospettiva, egli ha più volte definito la costituzione – e, con essa, il costituzionalismo – come una vera e propria *conquista* (*Errungenschaft*, in tedesco; *achievement*, in inglese).

Tale definizione trova una giustificazione precisa: secondo Grimm, il costituzionalismo «merita l’appellativo di “conquista” perché esclude ogni forma di potere assoluto o arbitrario dell’uomo sull’uomo. Obbligando tutti gli atti di governo alle disposizioni giuridiche, esso rende prevedibile l’esercizio del potere pubblico e permette a coloro che sono sottomessi al potere di adattarsi agli atti del governo e farsi incontro ai titolari del potere pubblico senza timore»⁵². La portata di questa affermazione va colta nella sua dimensione costitutiva: ciò che Grimm definisce “conquista del costituzionalismo” non allude a un ideale astratto o a un tipo ideale, nel senso weberiano del termine⁵³, verso cui ci si avvicina asintoticamente. Al contrario, si tratta di un *progetto storicamente determinato*, concretamente articolato nelle prime costituzioni nordamericane e francesi, che rappresenta un nuovo modo di

⁴⁹ Cfr. ZV, p. 61; ZVII, pp. 87-91.

⁵⁰ «*Anspruchsvoller Verfassungsbegriff*», cfr. ZVII, pp. 42, 62, 89, 210, 289; «*Verfassung im Vollsinn des Begriffs*», cfr. ZVII, pp. 62-63, 90, 124, 126, 127, 227, 230, 235, 239, 299.

⁵¹ Per una panoramica cfr. S. Dellavalle, *Il costituzionalismo postnazionale. Varianti di un progetto per il futuro*, in G. Azzariti, S. Dellavalle, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pp. 37-83.

⁵² D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato*, «*Scienza & Politica*», vol. 30, n. 59, 2018, p. 141.

⁵³ Cfr. ZVII, pp. 299 e 326.

pensare la politica e il diritto. È in questo senso che la costituzione moderna incarna un *Novum*.

Un elemento particolarmente rilevante, sul piano teorico, è il debito di Grimm nei confronti della sociologia di Niklas Luhmann, dal quale egli riprende esplicitamente la nozione di “*Errungenschaft*”⁵⁴. Luhmann, in un noto saggio, parla della costituzione moderna come di una «conquista evolutiva», opponendosi all’idea, largamente diffusa tra i giuristi, che essa sia innanzitutto il frutto di un evento rivoluzionario⁵⁵. Nella sua prospettiva, l’elemento “evolutivo” si pone in alternativa alla visione “rivoluzionaria” e ciò riflette un’impostazione sociologica in cui l’innovazione non si misura in base alla rottura, bensì in base alla funzione sistemica⁵⁶. Così concepita, la costituzione – in quanto dispositivo dotato di struttura riflessiva, che regola giuridicamente la stessa produzione del diritto – appare come una risposta alla differenziazione tra i sistemi funzionali del diritto e della politica, consentendone anche il loro accoppiamento strutturale.

Tuttavia, proprio mantenendo ferma tutta la rilevanza dell’impostazione della teoria dei sistemi, Grimm insiste sul fatto che l’origine rivoluzionaria della costituzione moderna non sia né accidentale né trascurabile. «La nascita della costituzione moderna dalla rivoluzione non è casuale»⁵⁷ – afferma –, ed è proprio questo nesso che consente di comprendere appieno il significato della pretesa normativa e politica che essa avanza. È a partire dalle rivoluzioni americana e francese che il termine “costituzione” assume il significato oggi corrente: una carta fondamentale che stabilisce l’organizzazione dello Stato, definisce i limiti del potere e tutela i diritti dei cittadini. Il contesto rivoluzionario, in tal senso, possiede una costitutiva natura bifronte. Da un lato, la rivoluzione dissolve il vecchio ordine – monarchico, aristocratico, per stati – e apre un vuoto politico; dall’altro, essa si propone come impresa razionale di fondazione di un nuovo ordine, basato sulla sovranità popolare e sui principi del diritto naturale. È in questo contesto che le teorie

⁵⁴ ZVII, p. 67.

⁵⁵ Luhmann sostiene che, sebbene le costituzioni moderne nascano da atti intenzionali, la loro efficacia dipende anzitutto da un’evoluzione continua. La costituzione non è dunque solo un progetto pianificato, ma un processo sociale che richiede interpretazione e adattamento. Giuristi e sociologi riconoscono oggi che la sua realizzazione concreta va oltre l’evento fondativo; in breve, essa è una conquista evolutiva, perché funziona solo se si radica nella dinamica della società; cfr. N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. Zarebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 83-128.

⁵⁶ Cfr. Ivi, p. 87; Luhmann ritiene che, contrariamente a quanto potrebbe sembrare, l’idea di costituzione nasce come risposta alla crescente differenziazione tra diritto e politica: essa serve a ristabilire un collegamento tra due ambiti ormai completamente distinti, offrendo un punto di raccordo tra le loro funzioni autonome.

⁵⁷ D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., p. 134.

giusnaturalistiche, pur non essendo diritto positivo, svolgono una duplice funzione⁵⁸: da un lato, legittimano la rottura con l'ordine esistente; dall'altro, forniscono i principi per la costruzione del nuovo assetto del potere⁵⁹. Secondo Grimm, non si deve però intendere che le rivoluzioni siano state generate dalla teoria⁶⁰: piuttosto, è la rivoluzione stessa, con il crollo dell'ordine giuridico-politico preesistente, a trasformare idee filosofiche in diritto vigente⁶¹. Da ciò deriva che il passaggio allo Stato costituzionale sarebbe a malapena intelligibile senza la mediazione del pensiero giusnaturalistico. Tuttavia, Grimm ammette anche che una volta “inventata”, la costituzione moderna non dipende più da un'origine rivoluzionaria («ma una volta inventata, la costituzione non dipendeva più da un'origine rivoluzionaria»⁶²).

Questo passaggio segna un punto cruciale nell'argomentazione. La costituzione moderna può essere definita concettualmente solo a partire da una riflessione sulle sue caratteristiche strutturali e opposite. In questo senso, Grimm articola anzitutto tre coppie concettuali che permettono di distinguere le costituzioni moderne dai precedenti storici in cui pure esistevano limitazioni giuridiche del potere⁶³. Questa ricostruzione comparativa potrebbe sembrare, a prima vista, in contrasto con la tesi della radicale novità della costituzione moderna: suggerisce infatti pur sempre un piano comune che rende possibile il confronto con esperienze precedenti. Ma è proprio tale apparente contraddizione che spinge Grimm a chiarire un punto decisivo. La costituzione moderna si distingue da ogni altra forma di limitazione giuridica del potere per la sua natura riflessiva. Essa non si limita a regolare il potere già dato: essa piuttosto, crea il potere, lo costituisce come legittimo, subordinandolo a un principio fondativo che intende escludere il dominio arbitrario dell'uomo sull'uomo. Questo principio è il potere costituente, che non

⁵⁸ Cfr. D. Grimm, *Sovranità*, cit., pp. 34-39.

⁵⁹ Ivi, pp. 35-36.

⁶⁰ Nel contesto rivoluzionario, i concetti delle moderne dottrine giusnaturalistiche non sono semplicemente il punto di partenza teorico, ma diventano sia indicatori dei processi costituzionali in corso, sia forze che li alimentano – senza tuttavia esaurire la complessità del movimento rivoluzionario stesso; su questo cfr. G. Duso, *Rappresentanza politica e costituzione*, in Id., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimetrica, Monza 2007, p. 165.

⁶¹ Grimm (*La conquista del costituzionalismo*, cit.) afferma in tal senso: «la prestazione delle rivoluzioni americana e francese consistette nel trasformare i modelli giusnaturalistici della filosofia in un codice giuridico specializzato nella legittimazione e nella limitazione del potere» (p. 139). Sull'invenzione dei principi costituzionali nell'alveo delle dottrine giusnaturalistiche, cfr. Id., *Die demokratischen Kosten der Konstitutionalisierung. Der Fall Europa*, in Id., *Europa ja – aber welches?*, cit., pp. 96-97. Cfr. inoltre G. Duso, *Oltre il nesso sovranità del popolo-rappresentanza*, cit., pp. 229-230

⁶² D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., p. 142.

⁶³ Cfr. Id., *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., p. 12.

può derivare dal potere costituito, ma deve risalire a una fonte diversa: il popolo. Inteso dunque non come entità etnica o pre-giuridica, bensì come totalità di individui liberi e uguali, il popolo è il soggetto del potere costituenti e la base della legittimazione democratica del diritto. È allora proprio questo nesso indissolubile tra fondazione e limitazione del potere, tra autorità e legittimazione, a definire la forma specifica di giuridificazione della costituzione moderna – il suo carattere di *Novum*.

Le tre coppie opposte introdotte da Dieter Grimm rappresentano degli strumenti per comprendere la modalità ordinativa propria delle costituzioni moderne. Esse consentono non solo di delinearne l'effetto trasformativo sul potere, ma anche di distinguerle con precisione dalle forme premoderne di giuridificazione dell'autorità politica, evidenziandone anzitutto l'irriducibilità rispetto a queste ultime. Tali coppie sono: 1) modifica del potere-costituzione del potere; 2) regolazione puntuale-regolazione onnicomprensiva; 3) validità particolare-validità universale. L'adozione di queste opposizioni, in definitiva, chiarisce ancora una volta che il concetto moderno di costituzione – inteso in senso normativo⁶⁴ – non rappresenta semplicemente un'evoluzione o una trasformazione del concetto empirico-descrittivo di costituzione. Pur potendo essere messo in contrasto con quest'ultimo, esso si impone come un concetto radicalmente nuovo, che non può essere derivato da quello precedente.

La prima opposizione – costituzione come fondazione del potere e non semplice sua modifica – appare decisiva: in questo orizzonte, il potere legittimo non è un dato preesistente da disciplinare giuridicamente, ma viene invece *creato* dalla costituzione stessa. Il verbo “costituire” porta con sé un duplice significato: fondare e limitare. Ciò che la costituzione limita coincide esattamente con ciò che essa istituisce. Non si tratta più di riconoscere e regolare un potere già esistente, ma di produrlo, ex novo, secondo una logica “giuridica”. La seconda coppia opposta – regolazione puntuale vs. regolazione onnicomprensiva – evidenzia come, nella costituzione moderna, l'ambito della normazione non possa che essere complessivo: solo il potere costituito dalla costituzione può dirsi legittimo; al di fuori di essa non vi è alcun titolare del potere né alcuna forma d'esercizio che possa dirsi giustificabile. La legittimità non tollera zone grigie: ogni potere legittimo deve avere riconoscimento costituzionale. La terza opposizione – validità particolare vs. validità universale – chiarisce che i destinatari delle prescrizioni costituzionali sono *tutti* i soggetti sottoposti al potere e non, ad esempio, singole parti stipulanti. Le regole costituzionali non scaturiscono da un accordo tra fazioni,

⁶⁴ Ivi, p. 13.

ma valgono unilateralemente per l'intera collettività, in quanto espressione di un principio universalistico.

Grimm sottolinea come, in virtù di queste caratteristiche, «la costituzione non si riferiva più alla norma che definiva una condizione di fatto, ma diveniva essa stessa un concetto normativo»⁶⁵. Questa normatività non va intesa solo nel senso tecnico di un insieme di prescrizioni dettagliate e teleologicamente orientate, ma in un'accezione più profonda: la costituzione è tale perché esprime la decisione per la normatività, ovvero l'assunzione della libertà soggettiva come criterio fondante del potere legittimo⁶⁶. È in questo senso che la costituzione moderna si configura come una decisione politica fondamentale: fondare l'autorità su un principio di libertà e di egualanza giuridica. Conseguentemente, il termine “costituzione” deve essere inteso come la legge fondamentale che disciplina l'istituzione e l'esercizio del potere politico. La stessa separazione valorizzata attraverso le coppie opposite ha un significato radicale: essa implica la negazione e il superamento della concezione *pattizia* della politica, nella quale il rapporto di governo era ritenuto “naturale” e i soggetti politici erano molteplici e gerarchicamente ordinati. In un simile contesto, il patto costituente non annulla la pluralità, ma la mantiene attiva anche dopo la sua stipulazione, generando un ordinamento frammentato e instabile.

Nel costituzionalismo moderno, al contrario, la pluralità dei soggetti è *neutralizzata* – non nel senso della sua eliminazione, ma della sua perdita di rilevanza politica: diviene giuridicamente indifferente. La costruzione di un ordine giuridico fondato sull'eguale libertà di ciascuno comporta, quindi, che il potere politico non solo *possa* essere costituito, ma *debba* esserlo. Non esiste potere legittimo che non sia costituito. In questa prospettiva, l'affermazione del costituzionalismo moderno è indissolubilmente legata alla genesi dello Stato moderno. Lo Stato, infatti, rappresenta l'oggetto *konstitutionsfähig* per eccellenza, poiché grazie al monopolio del potere riesce a escludere – e dunque a neutralizzare – la molteplicità degli attori politici concorrenti. In un ordine ancora dominato da attori plurali, indipendenti e disposti gerarchicamente, non è possibile parlare di costituzione in senso moderno, poiché in quel contesto manca il presupposto stesso per pensare il potere come *unitario* e *capace di essere costituzionalizzato*.

⁶⁵ D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, cit., p. 13. Cfr. ZV, pp. 35-36; ZVII, p. 11.

⁶⁶ Cfr. ZV, pp. 31-35.

4. Fondazione e limitazione del potere politico: la costituzione della libertà

Nel momento in cui, all'altezza delle rivoluzioni della fine del Settecento, si pone il compito di *fare* la costituzione dello Stato – cioè di fondare ex novo il potere politico – il principio legittimante del nuovo ordinamento diventa la sovranità popolare. Come si è già osservato, il moderno concetto di costituzione presuppone che sia *il potere stesso* a dover essere costituito. Da qui deriva che la legittimazione della costituzione dipende dall'individuazione del soggetto sovrano: non un'entità astratta o trascendente, bensì la totalità del popolo, concepito come soggetto collettivo. La sovranità del popolo, tuttavia, non è un principio autonomo: essa è l'altra faccia di quella che Grimm chiama la «decisione fondamentale in favore della libertà»⁶⁷ – intesa, in senso moderno, come *uguale libertà di ciascun individuo*: per cui i diritti fondamentali, scrive Grimm, rappresentano una «decisione sistemica a favore della libertà in generale»⁶⁸ – dunque, intesa non come funzione o mezzo per altri fini, ma come valore assoluto, fine in sé. Le dichiarazioni dei diritti della fine del XVIII secolo – dal *Bill of Rights* inglese alla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francese – esprimono chiaramente questo orientamento: «la libertà non è finalizzata a uno scopo, né è dipendente funzionalmente da altro, bensì è un fine in sé, e come tale comporta l'autorizzazione a un uso libero. Una libertà così intesa non tollera altro limite “*que celles, qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits*”»⁶⁹.

Alla base delle moderne costituzioni vi è dunque la centralità della libertà soggettiva individuale, che diventa il principio ordinatore dell'intero assetto collettivo⁷⁰. Grimm parla, a questo proposito, di «*bürgerliche Gesellschaftsordnung*», alludendo non alla società borghese storicamente determinata⁷¹, ma a un modello teorico in cui si assume che la società, liberata da vincoli esterni, sia in grado di generare spontaneamente giustizia e benessere⁷². La sfera della libertà individuale può essere determinata solo attraverso leggi

⁶⁷ D. Grimm, *Il futuro della costituzione*, cit., p. 137;

⁶⁸ ZV, p. 69.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Cfr. C. Menke, *Kritik der Rechte*, Suhrkamp, Berlin 2015, p. 316. Sul significato determinato di libertà come autodeterminazione integrale, la cui realizzazione presuppone l'assenza di dominio esterno e l'estensione equalitaria di tale condizione, per cui l'uguaglianza non contrasta, ma costituisce la modalità necessaria della libertà stessa, cfr. D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1987, p. 12.

⁷¹ D. Grimm, *Il futuro della costituzione*, cit., nota 4 di p. 131. Per un'esposizione approfondita, Id., *Bürgerlichkeit im Recht*, in Id., *Recht und Staat*, cit., pp. 11-50.

⁷² D. Grimm, *Il futuro della costituzione*, cit., p. 131.

generali e astratte, a condizione che ogni individuo partecipi, senza distinzione, al processo legislativo: il concetto moderno di democrazia trova così la sua unica espressione possibile nella forma dei diritti⁷³. Il potere politico, in questa prospettiva, non è più vincolato a principi etici, a costumi o a una presunta razionalità sostanziale, ma è fondato e al contempo limitato dai diritti soggettivi. Proprio per questo, come osserva Grimm, una tale concezione della libertà impone una profonda ristrutturazione del sistema di potere politico⁷⁴, poiché non si tratta di adattare il potere a un principio preesistente, bensì di produrlo sulla base di esso. La costituzione non si limita dunque ad accogliere il principio di legittimità fondato sui diritti come orizzonte ideale⁷⁵: essa è una legge fondamentale che ha per oggetto l'istituzione e la regolazione del potere politico e che opera a partire dai diritti individuali⁷⁶. Il potere, cioè, non preesiste alla costituzione, ma viene generato da essa, ed è proprio per questo che può essere limitato: ciò che si tratta di contenere è esattamente ciò che la costituzione istituisce⁷⁷. In questo senso, il potere politico non è più una realtà data, ma qualcosa che viene a essere anzitutto giuridicamente prodotto.

Questa prospettiva solleva due interrogativi centrali. Il primo riguarda il modo in cui la sovranità del popolo si traduce in diritti soggettivi: quali sono le implicazioni di questa trasposizione e come essa struttura l'ordine costituzionale? Il secondo concerne il ruolo del concetto di popolo: si tratta di un elemento accessorio oppure di una componente strutturale e costitutiva della costituzione moderna? E, in quest'ultimo caso, come va inteso questo concetto? Grimm è netto nel sostenere che la sovranità del popolo ha un ruolo strutturale nella genesi – innanzitutto logica – del costituzionalismo moderno e lo dimostra facendo leva su due ordini di argomentazioni tra loro intrecciati. Da un lato, l'evoluzione storico-giuridica del potere politico, segnata

⁷³ Cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 28-41.

⁷⁴ L'altro risvolto essenziale della libertà individuale di decisione posto in primo piano da Grimm è che i diversi ambiti sociali (economia, scienza, religione, arte, educazione, famiglia, ecc.) si sono emancipati dal controllo politico, seguendo ciascuno le proprie logiche interne. La coesione sociale e la mediazione degli interessi sono così passate al mercato, ritenuto più efficiente e sensibile di una gestione politica centralizzata. Cfr. ZV, p. 72.

⁷⁵ Sui diritti non tanto come un limite “esterno” al potere, ma come la sua condizione di legittimità, cfr. G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi di un concetto*, FrancoAngeli, Milano 2007, p. 56.

⁷⁶ Sulla differenza tra il concetto propriamente moderno di libertà e le precedenti *libertates*, cfr. ZV, p. 69.

⁷⁷ Cfr. H. Hofmann, *Il contenuto politico delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo*, «Filosofia politica», vol. 5, n. 2, 1991, pp. 373-397; inoltre, G. Duso, *Crisi della sovranità: crisi dei diritti?*, in A. Carrino (a cura di), *Diritti e politica nell'età dei diritti*, Guida, Napoli 2004, pp. 89-110.

in particolare dalla secolarizzazione seguita alla Riforma protestante, ha reso impossibile fondare l'autorità sulla legge divina trascendente o sul diritto proprio di chi detiene il potere di fatto. In questo nuovo contesto, l'unica forma di legittimazione razionalmente sostenibile è quella che si fonda sul consenso di tutti i soggetti sottoposti al potere stesso. Dall'altro lato, il concetto giuridico-politico di popolo non rinvia a un'entità empiricamente esistente, ma a una costruzione teorica che trova espressione e realtà solo attraverso l'artificio rappresentativo.

Il popolo, dunque, non è un'unità data, né una collettività fatta di parti già strutturata: esso è, per dir così, una idea che si costituisce nella misura in cui gli individui, nella loro uguale libertà, divengono i soggetti del diritto alla partecipazione. La sovranità popolare si ritrascrive così in termini di diritti soggettivi e, precisamente, come diritto di ciascuno a partecipare all'esercizio del potere. L'atto politico per eccellenza, in cui questa partecipazione trova espressione, è il voto, che si configura come un'espressione libera e incondizionata dell'opinione individuale. In quanto esercizio di un diritto soggettivo, il voto non trasmette una volontà già formata, ma autorizza in modo astratto l'azione politica, riducendo la volontà popolare a una forma aperta e non determinata. Da un punto di vista costituzionale, quindi, il popolo non è identificabile con una comunità reale e unitaria né con una somma di parti in relazione. Esso è bensì il titolare del potere, il quale, tuttavia, non ha la capacità di esercitarlo direttamente. Come fa notare Grimm, il popolo non è immediatamente in grado di agire: esso deve essere reso atto a formare una volontà unitaria tramite procedure e organi. In questo senso, come aveva già riconosciuto Sieyès, il potere del popolo può essere esercitato solo in forma delegata, attraverso un sistema di rappresentanza⁷⁸. La rappresentanza, però, non è semplice rispecchiamento di una (presunta) volontà popolare, ma la sua messa in forma: il popolo può fungere da fondamento della costituzione solo in quanto è assente come unità preconstituita e può diventarlo solo attraverso la mediazione delle istituzioni rappresentative⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., p. 25; ZVII, p. 92.

⁷⁹ Dal punto di vista giuridico-politico, anche il concetto di *nazione*, al pari di quello di *popolo*, possiede un carattere idealizzato: non designa semplicemente la somma degli individui presenti in un dato territorio, ma rimanda a un'unità sovrapersonale, astratta e normativamente costruita. Come osserva Grimm (*Sovranità*, cit., pp. 70-77, dove si parla di «sovranità latente»), né il popolo inteso come insieme degli individui, né come totalità dei cittadini attivi o passivi può essere considerato un soggetto personale dotato di volontà e capacità decisionale. Se lo si restringesse ai soli cittadini attivi, si escluderebbe una parte del corpo politico; se lo si estendesse a tutti i cittadini, mancherebbe a tale collettivo l'effettiva capacità di agire. Ciò evidenzia un punto centrale della teoria costituzionale moderna: il popolo – così come la nazione – non è un'entità empirica capace di esercitare direttamente il potere, ma un principio

Un nodo cruciale, evidenziato da Grimm, riguarda non a caso la sfasatura strutturale tra il «titolarità» e l'«esercizio» del potere da parte del popolo⁸⁰. Questo scarto non rappresenta una patologia, ma un elemento essenziale della costituzione moderna: solo a partire dalla costituzione, infatti, il potere politico viene istituito e legittimato, e può essere esercitato da soggetti che, per far valere l'obbligatorietà dei propri atti, devono rimanere entro i limiti del mandato giuridico ricevuto e rispettare le forme stabilite dal diritto. È proprio questa costruzione istituzionale che consente di concepire lo Stato costituzionale come un «*government of laws and not of men*»⁸¹. In altri termini, ciò che si vuole evitare è che la soggezione politica si risolva in una relazione personale di dominio, quella che pone l'uomo sotto il comando dell'uomo, contraddicendo i principi di libertà e uguaglianza da cui il moderno costituzionalismo prende le mosse. Tuttavia, il rischio sempre presente è che questa condizione riemerga di fatto, nonostante la forma giuridica sembri escluderla: il popolo, infatti, non è presente come soggetto capace di agire direttamente, ma si esprime unicamente attraverso chi lo rappresenta. Ciò rende non a caso problematica qualsiasi ipotesi di resistenza, poiché non vi è un rappresentato in grado di opporsi a chi esercita il potere in suo nome⁸².

Nemmeno la soluzione elaborata dai teorici rivoluzionari, che distingue tra la legge costituzionale (attribuita al popolo) e la legge ordinaria (emanata da chi è autorizzato dalla costituzione), riesce a neutralizzare tale tensione. La scissione strutturale tra il titolare del potere e il suo effettivo esercizio rende solo presunta, e sempre a posteriori, la dipendenza dei rappresentanti dal rappresentato – un atto che può poggiare solo sulla fiducia, non su un controllo effettivo. Ma il vero problema non sta tanto nell'eventuale abuso di potere quanto nel tipo di fondamento su cui esso si regge: una volontà

normativo che si traduce in soggettività politica solo attraverso la mediazione delle istituzioni rappresentative. Cfr., in modo analitico, G. Duso, *Genesi e logica della rappresentanza politica moderna*, in Id., *La rappresentanza politica*, cit., pp. 55-119. Del resto, che solo idee – come popolo e nazione – possano essere rappresentate, era quanto avevano già sostenuto C. Schmitt (*Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 271 ss.) e G. Leibholz (*La rappresentanza nella democrazia*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 94 ss.).

⁸⁰ Cfr. D. Grimm, Sovranità, cit., p. 73.

⁸¹ Cfr. ZVII, p. 25 (con riferimento alla sentenza *Madison v. Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)).

⁸² Più esattamente si dovrebbe riconoscere l'esclusione da questo orizzonte del diritto di resistenza: se il sovrano, in quanto rappresentante autorizzato da tutti, agisce in nome del corpo politico stesso, le sue decisioni non sono esterne ai cittadini, ma scaturiscono dall'autorizzazione originaria che essi gli hanno conferito con il patto. Resistere al sovrano equivrebbe quindi a resistere a sé stessi. Poiché la rappresentanza non è accessoria, ma costitutiva dell'unità politica, l'obbedienza appare strutturalmente necessaria all'esistenza dello Stato. Su questo, cfr. G. Duso, *La rappresentazione e l'arcano dell'idea: un'introduzione*, in Id., *La rappresentanza politica*, cit., pp. 20-21.

legittimante che, per essere tale, deve presentarsi come assoluta, indivisa, illimitata. In definitiva, il fondamento ultimo è la volontà individuale, concepita come principio sovrano. Ora, se la costituzione della libertà consiste nel fondare e al contempo limitare il potere attraverso i diritti, ciò implica anche che non tutto possa essere regolato da tale fondazione. Nello stesso atto con cui fonda e vincola il potere politico, la costituzione istituisce anche un ambito che ne è formalmente sottratto: quello della società. Il potere è vincolato dai diritti, ma questi diritti istituiscono al tempo stesso una sfera sociale autonoma rispetto alla politica⁸³.

Grimm sottolinea che lo Stato è destinatario delle norme costituzionali, mentre la società ne è beneficiaria⁸⁴. La costituzione moderna, infatti, fissa i principi della società, ma li fa valere vincolando a essi lo Stato. In questo modo, la distinzione tra Stato e società – che forma l’immaginario costitutivo delle costituzioni moderne – viene formalizzata e stabilizzata in funzione della libertà soggettiva. Lo Stato è costituito e regolato, la società è liberata. Questa distinzione, tuttavia, ha un prezzo: per garantire la libertà individuale, la pluralità dei soggetti deve rinunciare a una forma politica autonoma. Il pluralismo è accettabile solo se depoliticizzato, ossia se ricondotto a una dimensione sociale in cui le opinioni individuali sono equipollenti ma politicamente inerti. La conseguenza è che l’unità politica viene a fondarsi su una soggettività astratta, a discapito della possibilità di pensare una pluralità di soggetti politici come costitutiva dell’unità.

Solo alla luce del complesso quadro storico-teorico “originario”, qui sinteticamente ripercorso, si comprende appieno la definizione funzionale di costituzione cui Grimm ricorre per analizzarne le trasformazioni:

- La costituzione moderna è un complesso di norme giuridiche, non una teoria politica. A fondamento di tali norme si pone una decisione politica, non una verità preesistente. - Lo scopo di tali norme è di regolare l’istituzione e l’esercizio del potere pubblico. Esso non si limita soltanto a modificare un potere pubblico esistente. - La regolazione è completa, nel senso che essa esclude detentori extracostituzionali del potere pubblico, così come mezzi e vie extracostituzionali del suo esercizio. - La costituzione ha la sua origine nel popolo come unica fonte legittima del potere

⁸³ Non a caso nel dualismo società-Stato – in quanto nesso strutturante l’immaginario che sostiene le costituzioni moderne – è stato ravvisato un ostacolo da superare per provare a pensare politicamente l’Europa; cfr. G. Duso, *L’Europa e la fine della sovranità*, cit., pp. 137-139; Id., *Quali concetti politici per l’Europa?*, «Scienza & Politica», vol. 17, n. 33, 2005, pp. 51-56.

⁸⁴ Cfr. D. Grimm, *Il futuro della costituzione*, cit., p. 156, dove si osserva, inoltre, che «nella costituzione, l’unità del potere statale, a lungo incerta sul piano empirico, trova il suo sostegno giuridico. In questo senso, la costituzione moderna presuppone la differenza tra Stato e società. Essa non è invece indirizzata ad attori, istituzioni e procedure inadatte a restare entro questa linea di confine».

pubblico. La distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* è essenziale per la costituzione. - Il diritto costituzionale è diritto di rango superiore. Esso ha precedenza rispetto alle leggi e agli atti giuridici che procedono dal potere pubblico. Quegli atti che non sono in accordo con la costituzione non dispiegano alcun effetto giuridico⁸⁵.

Questi cinque elementi non sono isolati, ma interconnessi: definiscono la funzione della costituzione e non il contenuto delle sue singole disposizioni, che spettano di volta in volta a un *pouvoir constituant* "concreto". Tuttavia, questa apertura contenutistica non implica arbitrarietà: nella funzione stessa della costituzione sono impliciti limiti formali inderogabili. Fondare e limitare il potere comporta, per Grimm, un'unità inscindibile tra i due elementi fondamentali del costituzionalismo moderno: la dimensione democratica e quella dello stato di diritto⁸⁶. A differenza della lettura schmittiana⁸⁷, che ne sottolinea principalmente la conflittualità, Grimm mostra come questi due elementi siano cooriginari e mutuamente necessari: la democrazia moderna può essere pensata solo a partire da concetti come individuo, libertà e uguaglianza, che ne sono i presupposti. Se nel dibattito europeo la costituzione gode di una ripresa e sembra trovare una nuova attualità, la definizione del concetto funzionale di costituzione si presta a marcare gli scarti concettuali tra il significato che il termine possiede sul piano nazionale e quello che può possedere sul piano sovranazionale. Al contempo, è da notare come la formazione di strutture politiche sovranazionali, capaci di produrre decisioni efficaci a livello nazionale, interviene come fattore che altera la costituzione a questo livello, la cui effettiva modalità di funzionamento è pertanto concepibile solo tenendo presente un quadro più ampio che, anche al di là della sua pretesa normativa, la condiziona.

5. Il moderno concetto di costituzione e la dottrina costituzionale di Sieyès. La costituzione del potere rappresentativo

Laddove Grimm pone la questione se l'Europa necessiti di una costituzione, l'impossibilità di applicare propriamente il concetto funzionale di

⁸⁵ D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., pp. 139-140. Cfr. inoltre ZVII, pp. 39-40, 298.

⁸⁶ D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., p. 140.

⁸⁷ Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., capitoli secondo e terzo. Sul punto, cfr. G. Duso, *Regionale Identität: eine neue politische Bedeutung*, in A. Pasinato (hrsg.), *Heimat-suche*, Königshausen & Neumann, Würzburg 2004, pp. 22-27. Sotto questo profilo è da rilevare l'assoluta consonanza con l'impostazione che della questione dà Habermas in *Fatti e norme*.

costituzione all'attuale fondamento giuridico dell'Unione deriva dall'irriducibilità del diritto costituzionale europeo a un ipotetico popolo europeo, ovvero a una comunità che intenda costituirsi in unità politica. Tra le cinque caratteristiche che definiscono la funzione della costituzione moderna nel suo senso pieno, Grimm ritiene che sia il quarto requisito a non essere soddisfatto – un aspetto che mantiene la sua pertinenza anche in relazione al successivo, e fallito, Trattato che adotta una costituzione per l'Europa⁸⁸. «Una costituzione nel senso pieno del termine», scrive Grimm, «deve necessariamente risalire a un atto del popolo, o almeno essere attribuita al popolo, mediante cui questo si conferisce la capacità di agire politicamente»⁸⁹. Una fonte simile manca del tutto nel diritto comunitario primario: un diritto che non proviene da un popolo europeo, ma dai singoli Stati membri, e che da essi dipende anche per quanto riguarda la sua entrata in vigore e modifica-zione. Mentre le nazioni si danno una costituzione, all'Unione europea essa viene data da terzi, gli Stati, i «signori dei trattati». È quindi nel significato del potere costituente del popolo – ovvero nell'elemento democratico che caratterizza il costituzionalismo moderno – che si rivela anzitutto l'impossibilità di proiettare il concetto di costituzione sul piano sovranazionale. Ma questo argomento funge da elemento comparativo, evidenziando le difficoltà che sorgerebbero anche qualora si riuscisse a trasferire quel modello a livello europeo: una «ri-attualizzazione» del concetto moderno di costituzione finirebbe infatti per accentuare lo scarto tra la condizione costituzionale dell'UE e le aspettative proprie delle costituzioni moderne, producendo una forma di legittimazione solo apparente⁹⁰. E ciò dipende, secondo Grimm, anche dall'assenza di adeguati prerequisiti sociali per la democrazia (tra cui la presenza di partiti politici europei veri e propri, ma, soprattutto, di una lingua e mezzi di comunicazione comuni affinché possa darsi un discorso democratico a livello europeo). Il nodo del problema riguarda, insomma,

⁸⁸ Esso, infatti, rimane un accordo tra Stati, dunque, un processo intergovernativo. La Convenzione non è stata eletta dai cittadini, né questi hanno avuto un ruolo diretto nell'approvazione: La sua validità dipende dalle ratifiche nazionali, non da un'autorità politica unitaria europea. Cfr. D. Grimm, *Costituzione o trattato?*, «Quaderni costituzionali», vol. 24, n. 1, 2004, pp. 163-164.

⁸⁹ D. Grimm, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., p. 253; sul carattere intrinsecamente democratico e rivoluzionario del potere costituente, ovvero l'idea che solo il popolo in quanto soggetto originario e sovrano possa legittimamente istituire un ordine giuridico, conferendogli validità e senso attraverso un atto libero e collettivo di autodeterminazione, cfr. E.-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 235-236.

⁹⁰ È bene precisare che ciò non implica che l'Unione non costituisca un'unità politica ovvero, più in generale, che non si possano dare forme di unità politica costruite diversamente dal modello degli Stati nazionali. Sul punto si veda: A. Scalone, *Le istituzioni europee*, cit., p. 181.

l'auspicabilità stessa di proiettare la logica del potere costituente: è proprio in riferimento a tale desiderabilità che si concentrano le riserve di Grimm. Quale ruolo ha allora il popolo nel processo costituente? Come si determina la sua azione?

Le questioni concernenti l'esistenza di un popolo europeo, il significato costituzionale del popolo e la possibilità di una costituzione senza popolo hanno assunto a lungo, non a caso, una posizione centrale nel dibattito sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea⁹¹. Per comprendere in che modo il processo costitutivo di un'entità politica sovranazionale come l'UE si differenzi radicalmente da quello proprio degli Stati nazionali, può risultare utile soffermarsi sulla dottrina costituzionale dell'abate Sieyès, figura centrale della Rivoluzione francese. È qui che è formulata per la prima volta la distinzione tra potere costituente e potere costituito e che il popolo viene concettualmente definito come “entità rappresentativa”⁹². A partire da questo riferimento, vorrei mostrare come la difficoltà principale nel ripensare i criteri di legittimità dell'UE non consista tanto nel superare una presunta concezione olistica o sostanzialistica del popolo⁹³, quanto piuttosto

⁹¹ Tra gli altri, cfr. E. Scoditti, *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Dedalo, Bari 2001; S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Giuffrè, Milano 2002.

⁹² È nota la rivendicazione da parte di Sieyès del merito di aver «scoperto» quel «principio sano e utile» che consiste nella «divisione del potere costituente e dei poteri costituiti»; divisione che, egli afferma, «rientrerà nel novero delle scoperte che fanno avanzare il cammino della scienza», cfr. J.-E. Sieyès, *Opinione di Sieyès su alcuni articoli dei titoli IV e V del progetto di costituzione pronunciata alla Convenzione il due termidoro dell'anno III della Repubblica*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G.T. Spagnoli, tomo I, vol. 2, 1993, p. 796. È opportuno sottolineare la portata “scientifica” attribuita da Sieyès a tale distinzione, considerata condizione imprescindibile per un corretto impiego del concetto di potere costituente. Lo stesso Sieyès, infatti, osserva poco oltre che «radicatasi rapidamente negli animi, come molte altre verità nuove, essa ha contribuito persino a far commettere delle sciocchezze, sorte abituale dei migliori strumenti quando si ritrovino intrappolati dall'ignoranza» (*Ibidem*). Sull'originalità della formulazione del termine-concetto di potere costituente da parte di Sieyès sono tuttavia stati sollevati dubbi: secondo Pasquale Pasquino, la paternità dovrebbe essere attribuita a George Lawson e alla sua opera *Politica sacra et civilis* (1660). Ciò non implica necessariamente che Sieyès conoscesse tale scritto, né esclude che, pur con altri termini, l'idea fosse già presente nella riflessione dei teorici del giusnaturalismo. Cfr. P. Pasquino, *Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple*, in J. Salem, V. Denis, P.-Y. Quiviger (dir.), *Figures de Sieyès*, Publications de la Sorbonne, Paris 2008, pp. 20-22. Sulla questione della paternità della distinzione si veda anche: M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze University Press, Firenze 2009, pp. 98-100. Per comprendere invece lo “spirito hobbesiano” sotteso alla teoria sieyésiana, cfr. L. Jaume, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Puf, Paris 1986, pp. 173-176 e 190-206.

⁹³ Cfr. S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo?*, cit., pp. 93 ss., dove si riconduce la questione del potere costituente europeo a quella del significato di “popolo”, distinguendo due

nell'andare oltre una modalità per cui l'autodeterminazione individuale si connette alla decisione pubblica attraverso la rappresentanza. È entro quest'ultima che, nel contesto degli Stati nazionali, il popolo assume un significato determinato da un punto di vista costituzionale. Il problema, nel nesso tra sovranità popolare e rappresentanza, sta nel fatto che il popolo, per diventare uno, non può che risultare immanente al processo di formazione della volontà politica.

Come si è visto in precedenza, la genesi del moderno concetto di costituzione nel contesto delle rivoluzioni tardo settecentesche segna una netta frattura con il significato che il termine aveva avuto fino ad allora nel lessico politico e giuridico. La pretesa normativa della costituzione moderna nasce proprio da tale origine rivoluzionaria e definisce un insieme di aspettative che si articolano attorno alla funzione fondativa e organizzativa del potere politico sulla base dei concetti di libertà e uguaglianza. La “costituzione” dell’Antico Regime corrispondeva anzitutto alla situazione di fatto delle istituzioni politico-sociali storicamente consolidate; includeva pratiche giuridiche occasionali e prassi consuetudinarie (usi e costumi)⁹⁴. Non si tratta, come visto, di una semplice trasformazione concettuale, quanto piuttosto di una vera incommensurabilità, un antagonismo rispetto al significato che la costituzione assume a partire dalle rivoluzioni⁹⁵. In altri termini, la rottura (*Trennung*) introdotta dal concetto moderno rispetto a quello premoderno si chiarisce attraverso l’origine rivoluzionaria e il carattere eminentemente normativo della nuova nozione. Infatti, la funzione delle costituzioni moderne non si limita a circoscrivere un potere politico già esistente, ma implica la fondazione di un potere legittimo – una fondazione che si realizza attraverso una forma di limitazione fondata sui diritti individuali. In tal senso, la costituzione moderna introduce una separazione tra piani che risultano logicamente irriducibili. E, secondo Grimm, ciò implica che non si ha a che fare con

accezioni opposte – olistica e individualistica – corrispondenti ai modelli classici del pensiero politico moderno. Entrambe sarebbero superabili mediante una concezione “comunicativa” ispirata a Habermas, funzionale a concettualizzare una costituzione europea (cfr. anche S. Dellavalle, A. von Bogdandy, *Paradigmi dell’ordine*, Trauben, Torino 2010, pp. 15-52). Come si vedrà attraverso Sieyès, più che opporre due modelli, però, il nodo risiede nella struttura concettuale del potere costituenti (ovvero la dialettica tra soggetto individuale e soggetto collettivo), che vincola il modo stesso di pensare la politica e la costituzione.

⁹⁴ Su questi aspetti si tenga presente l’approfondita trattazione di P. Slongo, *Ordine e costume. Leggi e modi di vita da Machiavelli a Bergson*, «Quaderni fiorentini ArchiviO APERTO saggi-itinerari», vol. 13, 2025 (<https://www.quadernifioresinti.eu/archivio/13/volume.pdf> – ultimo accesso il 27/08/2025).

⁹⁵ Al di là dell’identità terminologica, l’accostamento tra i due concetti si giustifica per la valenza polemica che il concetto moderno assume nei confronti di quello pre-moderno: l’aspetto della *Trennung* riguarda infatti la possibilità di individuare il piano comune su cui si gioca il mutamento stesso di significato del termine.

semplici variazioni di un medesimo concetto, ma con due concetti radicalmente differenti, i quali presuppongono due modi profondamente diversi di concepire l'ordine politico e giuridico.

È nel celebre saggio di Sieyès su *Che cos'è il terzo stato?* che si manifesta la coesistenza – in tensione – di questi due concetti di costituzione: da un lato quello che la considera come già data, dall'altro quello che la concepisce come da fare, e che si dimostra spesso in competizione con il primo. L'origine del concetto moderno si coglie proprio nel contrasto con l'idea di una costituzione presupposta e immodificabile. Scrive Sieyès:

In ogni nazione libera, e ogni nazione deve essere libera, non esiste che un modo per porre fine alle controversie in materia di Costituzione. Non è a dei notabili che si deve far ricorso, ma alla Nazione stessa. Se non abbiamo Costituzione, occorrerà farne una, e la Nazione sola ne ha il diritto. Se invece una Costituzione l'abbiamo, come certi si ostinano a sostenere, ed è in virtù di questa che si pretende che l'Assemblea nazionale sia divisa in tre deputazioni corrispondenti a tre Ordini di cittadini, è impossibile non accorgersi che da uno di questi Ordini si leva una rivendicazione di intensità tale che non si può far più un solo passo senza prima essersi pronunciati in merito ad essa⁹⁶.

Il punto concettuale decisivo è che si possa persino ammettere l'ipotesi che una costituzione non esista – e, conseguentemente, che sia da farsi. Tra la costituzione già esistente e quella da fare si apre così una tensione essenziale⁹⁷. Tuttavia, anche l'eventuale costituzione “data”, per essere legittima, deve potersi ricondurre alla nazione come sua unica fonte. In altri termini, il nodo non è semplicemente scegliere tra una costituzione che c'è e una che manca, ma rivendicare che in entrambi i casi solo la nazione è il soggetto legittimato a conferire validità. Da ciò discende che non tutte le costituzioni stanno sullo stesso piano: quella che trae origine da una mera imposizione esterna o da un ordine precedente non riconosciuto è priva di legittimità, mentre quella che si radica nella volontà nazionale è autenticamente costituzione, poiché fonda il potere (delegittimando l'eventuale ordine ingiusto vigente). Il concetto moderno, nell'interpretazione di Sieyès, rinvia dunque a un atto consapevole che pone in essere l'assetto costituzionale, ma anche al riconoscimento di un soggetto – la nazione – che precede e fonda quell'atto stesso quale unica fonte possibile di legittimità.

⁹⁶ J.-E. Sieyès, *Che cos'è il terzo stato?*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, cit., vol. 1, p. 252.

⁹⁷ Rispetto all'insensatezza della domanda “chi deve fare la costituzione?” e l'inconsistenza di un concetto normativo di costituzione legato a un fondamento atomistico rimangono insuperate le considerazioni di G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari 2010, p. 221.

Questo aspetto è affermato e sembra valere *prima facie* al di là delle modalità concrete con cui la nazione – unico soggetto titolato a fare la costituzione – svolge tale compito⁹⁸. Di fronte alla realtà giuridica esistente, infatti, l’azione del potere costituente del popolo procede facendo *tabula rasa*⁹⁹; tuttavia, l’atto costituente in quanto tale – ossia il dare una costituzione, il produrre un ordine costituito – non può realizzarsi attraverso un’azione altrettanto illimitata, poiché si tratta pur sempre di istituire qualcosa di determinato¹⁰⁰. Il potere costituente della nazione, unico depositario della legittimità, rompe con ogni passato costituzionale perché non è vincolato né vincolabile da forme civili preesistenti, e si configura come istanza di rifondazione integrale dello Stato. A tal proposito scrive Sieyès:

Si tratta di sapere cosa debba intendersi per costituzione politica di una società, e di delinearne i giusti rapporti con la Nazione stessa. È impossibile creare un corpo con determinati scopi senza dargli un’organizzazione, delle forme e delle leggi atte a fargli svolgere le funzioni a cui lo si è voluto destinare. Ciò viene definito la costituzione di tale corpo. È evidente che esso non può esistere altrimenti. Dunque anche ogni governo rappresentativo deve avere una sua costituzione; e ciò che è vero per il governo in generale, è vero pure per tutte le sue componenti¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. J.-E. Sieyès, *Che cos’è il terzo stato?*, cit., pp. 255-256, dove si sostiene che la costituzione non può essere opera dei poteri da essa istituiti, ma solo della nazione, unico soggetto titolare del potere costituente. La nazione precede ogni ordinamento giuridico e la sua volontà, identificandosi con la legge stessa, è l’unica fonte legittima delle norme fondamentali. Di conseguenza, concepire la costituzione come qualcosa che “deve essere fatto” implica necessariamente il riconoscimento di un atto originario e consapevole, che solo la nazione è in grado di compiere. Sulla tensione tra astrazione giusnaturalistica e concretezza storico-sociale che attraversa l’idea di una volontà nazionale unitaria (mostrando che dietro la sovranità costituente si cela una selezione sociale e politica dei soggetti che possono realmente parteciparvi), cfr. L. Scuccimarra, *Sieyès comme fondateur de la communauté politique*, «*Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*», vol. 33, n. 1, 2011, pp. 27-45.

⁹⁹ Sulla strutturale «*dualité du pouvoir constituant*» che tiene assieme al contempo un movimento «*deconstituant et reconstituant*» si veda in particolare: O. Beaud, *La puissance de l’État*, Puf, Paris 1994, p. 223-229.

¹⁰⁰ Sieyès mira così a delegittimare la “costituzione” dell’Antico Regime, intesa come insieme storico di istituzioni, usi e pratiche, contrapponendole un’idea di costituzione fondata su un atto consapevole e volontario. Solo tale atto fondativo, compiuto da un soggetto legittimo, dà origine alla costituzione giuridica propriamente detta. Questo soggetto è il potere costituente del popolo, distinto dai poteri costituiti, che derivano e operano nei limiti stabiliti dalla costituzione stessa.

¹⁰¹ J.-E. Sieyès, *Che cos’è il terzo stato?*, cit., pp. 254-255, dove è precisato, inoltre, che il potere legislativo, affidato a un corpo di rappresentanti, non ha esistenza autonoma: esso esiste e opera solo nella forma che la nazione gli attribuisce. Il potere dei rappresentanti è interamente vincolato alle forme costitutive stabilite dalla volontà nazionale. Da ciò derivano due principi fondamentali: da un lato, la necessità di una precisa organizzazione giuridica del

Come è stato evidenziato da autorevoli interpretazioni della dottrina sieyèsiana¹⁰², l’elemento innovativo della teoria del potere costituente – destinato a influenzare la dottrina giuridica degli Stati costituzionali democratici – non risiede tanto nell’idea del popolo come fonte onnipotente del potere politico, la cui natura e manifestazione avrebbero un carattere anarchico e irrazionale¹⁰³, quanto nell’affermazione che il potere politico, in questa declinazione, è e può essere solo potere rappresentativo. Dal punto di vista politico, la libertà assoluta del potere costituente del popolo si esprime storicamente nel superamento dell’Assemblea degli Stati Generali. Tuttavia, questa affermazione di libertà non implica la negazione della divisione dei poteri e della garanzia dei diritti fondamentali, ma al contrario ne rappresenta il rafforzamento, in nome della «paternità esclusiva del popolo»¹⁰⁴. Secondo tale programma, si tratta di dare costituzione a una società politica. La nazione esige la modificazione radicale del modo in cui lo Stato era precedentemente costituito. Gli ordini cessano di esistere: il Terzo Stato, omogeneo, coincide ora con l’intera nazione. Proprio nella rivendicazione del Terzo Stato come totalità, nel suo farsi Stato, è implicita la realizzazione della «*gleiche Freiheit für alle*»¹⁰⁵.

potere affinché questo possa esistere e agire; dall’altro, l’esigenza di garantire che tale potere, essendo delegato, non possa mai nuocere alla nazione da cui proviene. Sieyès afferma così la sovranità della nazione come fondamento esclusivo della legittimità del potere e pone le basi per un principio di controllo istituzionale volto a prevenire ogni deriva autoritaria del potere delegato.

¹⁰² Cfr. P. Pasquino, *Constitution et pouvoir constituant*, cit., pp. 13-23; Id., *Le pouvoir constituant, le gouvernement limité et ses origines dans le Nouveau Monde*, in O. Cayla, P. Pasquino (dir.), *Le pouvoir constituant et l’Europe*, Dalloz, Paris 2011, pp. 49-60. Inoltre, cfr. M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, cit., pp. 97-110.

¹⁰³ Una lettura che andrebbe ricondotta anzitutto alla rilevante e influente recezione della dottrina costituzionale sieyèsiana da parte di Carl Schmitt (*Dottrina della costituzione*, cit., pp. 112-116).

¹⁰⁴ H. Hofmann, *Riflessioni sull’origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., p. 232, dove si evidenzia, inoltre, che l’affermazione dell’assoluta libertà del potere costituente mira a rompere con i vincoli tradizionali delle *lois fondamentales*, cioè con quell’ordine giuridico “premoderno” fondato su un equilibrio pattizio tra il monarca e i tre stati (clero, nobiltà, terzo stato). In concreto, ciò implica l’emancipazione dal modello dell’assemblea degli Stati generali e l’esclusione del re e dei ceti privilegiati dal processo costituente. Hofmann interpreta quindi il potere costituente moderno come una rottura radicale con l’Antico regime, e attribuisce a Sieyès un ruolo decisivo in questa trasformazione concettuale. Sul contributo di Sieyès all’affermarsi del moderno concetto di rappresentanza, cfr. Id., *Rappresentanza-Rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 493-496; inoltre, G. Duso, *La rappresentanza politica*, cit., pp. 55-59.

¹⁰⁵ ZV, p. 72.

Su questo aspetto della dottrina sieyèsiana – e in particolare sulla natura rappresentativa del popolo quale fondamento del potere legittimo – insiste anche Grimm nella sua ricostruzione storica del concetto di costituzione. Già con Emer de Vattel la costituzione era intesa come norma che regola l'esercizio dell'autorità pubblica e che può essere emanata solo dal popolo¹⁰⁶, ma è con Sieyès che se ne precisano forma e contenuto: «Il potere politico è per lui [Sieyès] legittimabile solo come incarico conferito dal popolo. Il rapporto di mandato condiziona la costituzione. (...) Il popolo esiste anche senza costituzione in virtù del diritto naturale e, in quanto *pouvoir constituant* (potere costituente), è sempre al di sopra della costituzione. Mediante la costituzione, esso distribuisce e limita il mandato di governo e tutela i propri diritti naturali»¹⁰⁷. Se il popolo è titolare del potere costituente, l'espressione della volontà sovrana richiede una mediazione rappresentativa, sia a livello del potere costituito che a quello, superiore, del potere costituente: è necessaria un'assemblea costituente perché la volontà popolare possa trovare espressione. In altri termini, il punto decisivo è riuscire a determinare la modalità di esercizio del potere costituente: il suo carattere informe, rivendicato contro un ordinamento ritenuto illegittimo¹⁰⁸, necessita di una forma rappresentativa per potersi manifestare, perché «non avendo in tal senso la volontà nazionale una forma, occorre pur che ne assuma una per farsi ascoltare»¹⁰⁹. L'orizzonte entro cui prende senso l'attribuzione del potere sovrano a un soggetto non è quello in cui il popolo esiste già come unità politica, bensì quello in cui il punto di partenza è rappresentato da una molteplicità di individui irrelati, ciascuno con proprie opinioni e interessi¹¹⁰. Solo in tale contesto, un soggetto collettivo può porsi come garanzia di imparzialità. Negare la differenza tra gli uomini e, con essa, la relazione di dominio, implica che il comando politico debba essere costituito e che tale costituzione debba partire dagli individui stessi, concepiti come uguali.

¹⁰⁶ Cfr. ZV, p. 108 («Costituzione e norma giuridica vengono per la prima volta fatte coincidere da Vattel, quando egli definisce la *constitution* come *règlement fondamental, qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée*. Un simile *règlement* può, per Vattel, provenire solo dalla Nazione, ma non è ancora vincolato a un contenuto o a una forma determinati»).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Cfr. J.-E. Sieyès, *Che cos'è il terzo stato?*, cit., p. 258 («Non temiamo di ribadirlo: una nazione è indipendente da qualunque forma; e in qualunque modo essa voglia, è sufficiente che questa sua volontà si manifesti, perché ogni diritto positivo venga meno dinanzi ad essa che è la fonte e l'arbitrio supremo di ogni diritto positivo»).

¹⁰⁹ J.-E. Sieyès, *Alcune idee di costituzione applicabili alla città di Parigi nel luglio 1789*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, cit., vol. 1, p. 369.

¹¹⁰ Cfr. H. Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., p. 232 («Per popolo non si intende qui una entità empirica, ma una ideale comunità volontaria, che si realizza esclusivamente nell'Assemblea costituente»).

Da ciò si sviluppa un concetto di potere proprio della totalità del corpo politico, legittimato dalla volontà di tutti gli individui: la sovranità. Il potere politico si presenta quindi come sovranità, cioè come potere unitario da attribuire al corpo politico nella sua totalità. Il comando politico merita obbedienza incondizionata da parte di tutti i soggetti sottoposti, nella misura in cui esso trae legittimità da un processo fondato sulla volontà comune dei cittadini. I sudditi obbediscono dunque a un comando che ha in loro stessi la propria origine: la rappresentanza, infatti, si fonda sull'elezione, che non trasmette volontà determinate, ma rappresenta un atto di fiducia e autorizzazione. È dunque a partire dall'individuo che va pensata la costituzione del corpo politico e il problema specifico diventa la produzione di una volontà politica unitaria a partire dalla molteplicità indefinita degli individui. La nazione – o il popolo¹¹¹ – viene così concepita a partire dalle idee di libertà e uguaglianza, proprie dell'individuo, che rendono possibile una concezione razionale della società. Il nesso tra la volontà dei singoli (in funzione legittimante) e il carattere obbligante della legge è così garantito dal concetto moderno di rappresentanza.

Compito della rappresentanza, nella nuova accezione che assume il termine, è far apparire una volontà politica unitaria nella forma della legge¹¹². Come è stato notato, «la rappresentanza viene in tal modo a costituire la modalità stessa (che pare presentarsi come l'unica) di espressione della volontà del soggetto collettivo, e nello stesso tempo contiene anche in sé la fonte di legittimazione del comando, che sta in quella espressione della volontà da

¹¹¹ Nella dottrina di Sieyès non è possibile tracciare in generale una distinzione netta tra i concetti di popolo e nazione, che compaiono talvolta come sinonimi (ad es.: «tutti i poteri pubblici (...) procedono dal popolo, cioè dalla nazione. Questi due termini devono essere sinonimi», J.-E. Sieyès, *Preliminari della costituzione. Riconoscimento ed esposizione ragionata dei diritti dell'uomo e del cittadino*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, cit., vol. 1, p. 392). Su questo aspetto si veda M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, cit., pp. 96-97. Secondo Pasquino, inoltre, nella teoria sieyèsiana non vi sarebbe la distinzione tra sovranità popolare e sovranità nazionale, propria invece di Carré de Malberg (cfr. P. Pasquino, *Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della rivoluzione*: E.J. Sieyès, in F. Furet, *L'eredità della Rivoluzione francese*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 296; ma anche M. Goldoni, op. cit.).

¹¹² Nel capitolo sesto di *Che cos'è il terzo stato?* (cit., pp. 277-278), Sieyès distingue tre tipi di interesse – comune, di corpo e individuale – precisando che solo il primo e il terzo possono essere oggetto di rappresentazione. Egli afferma che «le qualità per le quali i cittadini si differenziano, nulla hanno a che vedere col carattere di cittadino» e aggiunge che «le diseguaglianze di proprietà e di professione sono della stessa natura di quelle d'età, di sesso, di taglia, di colore ecc. (...) i diritti civili non possono in alcun modo dipendere da tali differenze» (Ivi, p. 279-280). Come osserva G. Duso (*La rappresentanza politica*, cit., p. 64), per Sieyès l'interesse comune e quello individuale sono inseparabili («due lati della stessa costruzione»), poiché il primo consiste nella tutela dello spazio privato entro cui ciascuno persegue il proprio bene.

parte di tutti che avviene nell’atto dell’elezione dei rappresentanti»¹¹³. A differenza della società per ordini, in cui la rappresentanza serviva a esprimere la pluralità dei gruppi sociali, l’idea moderna di rappresentanza realizza ora la rappresentazione dell’unità politica. In tale prospettiva, diventa forse più agevole cogliere il significato profondo della distinzione tra potere costituente e potere costituito, così come l’importanza del concetto – introdotto da Sieyès – di *potere committente*, impiegato per descrivere l’influenza diretta del popolo sui propri rappresentanti. Questo potere, che appartiene all’intera cittadinanza attiva, si manifesta nella capacità di designare i propri rappresentanti attraverso l’atto dell’elezione¹¹⁴. Come si è visto, l’organizzazione politica si realizza nel potere costituito, ossia in un assetto giuridico articolato e separato nei suoi poteri. Tuttavia, tale configurazione dipende da un potere fondativo: quello costituente, il cui titolare è la nazione. Ma affinché quest’ultima possa esprimersi, è necessario che anch’essa assuma una forma, attraverso la mediazione rappresentativa. Il tratto distintivo del popolo come soggetto del potere costituente è infatti la sua indeterminatezza, il suo carattere “informe” (non ancora costituito). La possibilità del suo esercizio effettivo dipende dal passaggio attraverso il potere committente, che si concretizza in un atto di fiducia: la delega. Se, dunque, nel potere committente si può individuare l’espressione effettiva della sovranità popolare, la forma tipica di tale atto sovrano è la delega a un’assemblea rappresentativa, vale a dire la rinuncia consapevole all’azione politica diretta¹¹⁵. Di conseguenza, nella teoria sieyèsiana assumono rilievo centrale sia la funzione di legittimazione esercitata dall’elezione, sia la concezione del popolo stesso come “entità rappresentativa” – non empirica, ma ideale – costituita dall’insieme degli individui liberi e uguali, il cui ruolo nel processo costituente è al contempo marginale ed essenziale¹¹⁶.

L’unica modalità con cui il popolo, inteso come totalità, partecipa alla produzione della legge è nella scelta e nell’investitura dei propri rappresentanti: solo questi ultimi esercitano concretamente i suoi diritti politici. L’esperienza costituzionale inaugurata con l’età delle rivoluzioni si contraddistingue, in questo senso, per concepire la costituzione come l’esito di un atto volontario compiuto da un soggetto politico che ricomprende, in modo astratto e universale, l’insieme degli individui considerati uguali. Il concetto

¹¹³ Ivi, p. 60 – per cui “rappresentare”, attraverso l’atto di autorizzazione, significa “hobbesianamente” dare forma alla volontà della nazione.

¹¹⁴ Sulla rilevanza del potere committente (funzionale a sviluppare una lettura liberale del potere costituente), cfr. P. Pasquino, *Sieyès, Constant e il «governo dei moderni»*, «Filosofia politica», vol. 1, n. 1, 1987, pp. 91-94.

¹¹⁵ Cfr., M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, cit., pp. 106-107.

¹¹⁶ Cfr. P. Pasquino, *Le pouvoirs constituant, le gouvernement limité et ses origines*, cit., p.

moderno di costituzione, che da allora inizia a diffondersi socialmente, presuppone un atto di fondazione del diritto: la costituzione limita il potere solo nella misura in cui lo rende possibile, lo istituisce. Essa non si riferisce a un ordine già esistente, ma scaturisce dalla volontà assoluta della nazione che, per produrre effetti, deve essere *messa in forma*, cioè istituzionalizzata. In questo senso, essa rappresenta una regolazione del potere solo perché lo determina *ex novo* come potere costituito – ed è proprio per questa ragione che implica, come sua condizione, la concettualizzazione di un potere costituente.

Tale atto costituente, ancor prima di riferirsi a una situazione storicamente determinata, risponde a un'esigenza logico-teorica: se si assume come punto di partenza la totalità degli individui liberi e uguali, la prima esigenza che si impone è quella della costruzione dell'unità, affinché possa darsi una concreta espressione del principio di autodeterminazione. Ed è proprio rispetto a questo impianto teorico che emergono le difficoltà nel progettare tale logica sui processi di integrazione dell'Unione Europea. La centralità assunta dagli Stati membri, i quali costituiscono una pluralità politica significativa e intenzionalmente orientata a preservare la propria soggettività e identità, pone un limite strutturale alla trasposizione del modello classico della costituzione moderna. In tale contesto, ben prima della discussione sulla (in)esistenza di un “popolo europeo”, ciò che risulta teoricamente problematico è proprio la base individualistica su cui si fondano le costituzioni moderne. In che modo, infatti, si può dare espressione istituzionale a una pluralità politicamente determinata partendo dal presupposto dell'individuo come fondamento del corpo politico? Questo problema, in un certo senso, si manifesta indipendentemente dalle difficoltà che investono la concettualizzazione stessa della costituzione moderna, la più rilevante delle quali è il dualismo strutturale e irrisolvibile tra il popolo, rappresentato come unità astratta e formale, e i destinatari concreti della legge, ossia gli individui *uti singuli*.

Alla luce delle tensioni concettuali fin qui esaminate – in particolare quelle che emergono dal tentativo di trasporre i presupposti della costituzione moderna in un contesto intrinsecamente plurale come quello dell'Unione Europea – si comprende meglio la rilevanza della riflessione di Dieter Grimm. In effetti, per riallacciare le fila del discorso, la sua insistenza sulla distinzione tra costituzione e trattato – al centro dei suoi interventi nel dibattito sulla natura giuridica dei trattati europei – può essere letta come un tentativo di enfatizzare, se non ancora valorizzare pienamente, il carattere strutturale della pluralità nel pensare l'Europa in termini politici e giuridici. Tale distinzione, lungi dall'essere meramente di forma, segnala la difficoltà – se non l'impossibilità – di concepire l'Europa come entità politica a partire dagli stessi presupposti teorici che hanno fondato le moderne costituzioni statali.

In altri termini, la sottolineatura di Grimm consente di mettere in discussione l'idoneità dell'immaginario costituzionale moderno a pensare una pluralità politica che, lungi dall'essere superata, permane come elemento costitutivo dell'ordinamento europeo. Come lo stesso Grimm osserva, «la differenza tra un trattato e una vera e propria costituzione corre lungo la distinzione tra autodeterminazione ed eterodeterminazione del fondamento giuridico dell'ordinamento politico di una società»¹¹⁷. Una costituzione, fondata sull'idea di un potere costituente unitario, non può che postulare un soggetto politico omogeneo e indiviso: essa esclude, per struttura teorica, la possibilità che una pluralità di soggetti partecipi alla fondazione dell'ordine politico rimanendo politicamente attiva dopo l'atto costituente. Ciò non significa che la forma del trattato sia di per sé sufficiente per pensare l'Europa come realtà politico-giuridica nuova: essa, infatti, non mette in discussione il paradigma statuale della sovranità e rischia di rimanere imprigionata in un quadro intergovernativo. Tuttavia, proprio nella differenza che la separa dalla costituzione si annida un elemento fondamentale: il mantenimento dell'autonomia decisionale dei contraenti¹¹⁸. A differenza della costituzione, infatti, il trattato non neutralizza tale autonomia e proprio questo aspetto consente di pensare un'unità politica che non si costituisca come totalità indivisa, ma come unità composita, basata su una pluralità determinata che conserva la propria capacità di azione politica.

A partire da ciò, risulta più chiaro perché l'idea di colmare il cosiddetto “deficit democratico” dell'Unione Europea attraverso l'adozione di una costituzione europea riproponga, in maniera implicita, il modello statocentrico che la stessa Unione dovrebbe tendere a superare. L'introduzione di una costituzione – se intesa non in modo vago, ma nei termini della tradizione moderna – comporterebbe inevitabilmente la centralizzazione del potere politico e dovrebbe prevedere un popolo europeo quale soggetto unico e sovrano, legittimato attraverso il voto e l'elezione di rappresentanti. Un simile assetto avrebbe come effetto collaterale la neutralizzazione dei soggetti politici originari, ovvero gli Stati membri, che verrebbero assorbiti dalla nuova unità politica superiore. In questo senso, la costituzione europea non segnerebbe solo una svolta istituzionale, ma anche la dissoluzione delle forme statuali che le hanno dato origine: l'autonoma legittimazione democratica dell'Unione implicherebbe la fine della legittimazione democratica mediata dagli Stati. Grimm stesso, peraltro, è consapevole dei limiti strutturali che questa concezione della legittimazione democratica comporta, anche all'interno degli Stati nazionali. La sua critica non è rivolta alla democrazia in

¹¹⁷ D. Grimm, *Trattato o costituzione?*, cit., p. 165.

¹¹⁸ Su questo aspetto ricavabile dalle analisi di Grimm, cfr. G. Duso, *Oltre il nesso sovranità del popolo-rappresentanza*, cit., pp. 240-243.

quanto tale, ma alla sua configurazione esclusivamente statale e indivisa, che mal si adatta a una realtà politica plurale come quella europea. Ma proprio questo duplice riconoscimento, mi pare, apre la possibilità di ripensare le categorie della legittimazione democratica al di fuori del modello monistico, aprendo così lo spazio per immaginare forme nuove di ordine politico che tengano conto della pluralità originaria senza annullarla.

6. La *Verfassung* della democrazia europea: tra decostituzionalizzazione e ipercostituzionalizzazione

Nella ricezione dei suoi scritti sull’Europa, la posizione di Grimm è stata frequentemente intesa come una delle espressioni più autorevoli di euroscepticismo. Tuttavia, si tratta evidentemente di un’interpretazione che sembra assumere senso solo se si adotta in maniera rigidamente formalistica il modello rappresentativo statale come parametro imprescindibile e insuperabile per comprendere e valutare politicamente e costituzionalmente l’Unione Europea. Così facendo, si finisce per eludere una questione cruciale sollevata da Grimm fin dal titolo della sua più recente raccolta di saggi: *Europa ja – aber welches?* («Europa sì – ma quale?»). In essa il leitmotiv rimane, non a caso, proprio quello della *Verfassung* della democrazia europea. È questo il nodo centrale, che si lega strettamente a un interrogativo già segnalato: come conciliare l’esigenza di conservare l’Unione Europea nella sua peculiarità di istituzione sovranazionale con quella di svilupparla coerentemente rispetto a tale peculiarità, senza replicare modelli improntati agli Stati nazionali? Grimm riconosce che l’UE costituisce una forma di unità politica, ma sottolinea che essa è costruita in modo differente rispetto agli Stati sovrani. Proprio questa differenza strutturale genera, a suo avviso, un deficit di legittimazione democratica: l’UE estende progressivamente i propri poteri, ma senza una legittimazione diretta da parte del popolo europeo. Da qui la sua critica all’idea che si possa – o si debba – fornire all’UE una legittimazione democratica di tipo statale, in particolare attraverso il rafforzamento del Parlamento europeo.

L’equivoco che conduce ad associare Grimm all’euroscepticismo sembra trovare alimento nella sua esplicita segnalazione della mancanza, in Europa, di una lingua comune, di un’identità collettiva e, soprattutto, di un popolo europeo. Secondo Grimm, il deficit democratico dell’Unione non può dunque essere colmato con semplici riforme istituzionali, poiché si tratta di una mancanza strutturale. Tuttavia, questa lettura rischia di oscurare un altro elemento fondamentale del suo pensiero legato alla critica alla trasposizione meccanica dei modelli statuali. La richiesta di rafforzare il Parlamento

europeo, secondo tale prospettiva, appare incoerente non solo per le peculiarità della costruzione europea, ma anche perché la rappresentanza democratica non è più pienamente garantita nemmeno all'interno degli stessi Stati nazionali¹¹⁹. Ciò è dovuto alla frammentazione degli interessi sociali e al funzionamento deficitario delle strutture di mediazione, come partiti, gruppi d'interesse e media. In questo senso, in effetti, il pensiero di Grimm rivela una tensione interna: se, da un lato, egli afferma che, negli Stati nazionali, il “popolo” è ormai un concetto problematico, ridotto a un aggregato eterogeneo di individui e gruppi sociali, dall'altro, insiste sull'assenza di un “popolo europeo”, assumendo implicitamente la presenza di esso come condizione necessaria per una piena legittimazione democratica dell'UE. Così, pur riconoscendo l'originalità politica dell'Unione rispetto al modello statale, Grimm finisce per valutarla attraverso criteri propri di quel medesimo modello, esponendosi a non poche difficoltà teoriche¹²⁰.

Questa tensione emerge anche nella riflessione più recente del costituzionalista tedesco sulle cause del deficit democratico delle istituzioni europee. Due formulazioni, che alla luce di quanto esposto non possono che a prima vista apparire disorientanti, riassumono efficacemente la sua tesi: «l'Unione Europea è iper-costituzionalizzata»¹²¹ e «quanto più diritto costituzionale, tanto meno democrazia»¹²². Cosa intende Grimm con il concetto di “iper-costituzionalizzazione”? E quale legame stabilisce con il tema del deficit democratico? Con questa espressione, Grimm si riferisce al processo attraverso cui i trattati europei – formalmente accordi internazionali – sono stati interpretati e applicati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in modo da assumere la forza e la funzione di una costituzione, pur non possedendo i requisiti democratici e formali propri di una vera costituzione. L'origine di tale processo viene ricondotta a due celebri sentenze della giurisprudenza

¹¹⁹ Emblematico a riguardo è D. Grimm, *Condizioni della legislazione democratica*, «Costituzionalismo.it», n. 3, 2024, pp. 36-52, saggio che costituisce un versante meno noto, ma affatto decisivo, della diatriba tra il costituzionalista e Jürgen Habermas. La questione è peraltro già tutta presente in Id., *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 358 («è noto che già a livello degli stati nazionali il processo di mediazione necessario alla democrazia non si svolge più in modo soddisfacente»).

¹²⁰ Cfr. C. Möllers, *Grimms Theorie. Funktionale Differenzierung – Materialisierung – Vergleich*, in L. Viellechner (hrsg.), *Demokratischer Konstitutionalismus. Dieter Grimms Verständnis von Staat und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden 2021, pp. 43-44, dove a Grimm è obiettata una visione del costituzionalismo europeo che singolarmente trascura la dimensione federale; inoltre, il suo criterio della «capacità costituzionale» basato sulla «capacità democratica» appare funzionalista e auto-contraddittorio, secondo Möllers, specie quando si critica l'iper-costituzionalizzazione dei trattati europei, visto che Grimm stesso nega possano essere costituzioni in senso pieno.

¹²¹ D. Grimm, *Die demokratischen Kosten*, cit., p. 115.

¹²² Ivi, p. 116.

europea: *Van Gend en Loos* (1963), che sancisce l'efficacia diretta del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, e *Costa c. ENEL* (1964), che afferma il principio del primato del diritto europeo anche sulle costituzioni statali¹²³. Attraverso queste pronunce, la Corte ha conferito al diritto comunitario una natura autonoma e superiore rispetto ai diritti nazionali, vincolando non solo gli Stati membri, ma anche i singoli cittadini e i giudici nazionali. Si tratta, come osserva Grimm, di una vera e propria esecuzione costituzionale dei trattati¹²⁴, che però non trova corrispondenza in una legittimazione democratica equivalente a quella delle costituzioni statali.

Il nodo critico è ravvisato proprio in questa ambiguità. I trattati, sebbene giuridicamente intesi come diritto derivato da accordi intergovernativi, producono effetti assimilabili a quelli di una costituzione rigida, ponendo vincoli di fondo all'azione politica. In una democrazia costituzionale, però, la distinzione tra le “condizioni di possibilità” della politica – stabilite dalla costituzione – e le “decisioni di merito” – oggetto della contesa politica – è essenziale. Quando questa distinzione viene meno, come avviene nell'UE a causa della ipercostituzionalizzazione, la sfera della decisione (democratica) si restringe drasticamente: le scelte politiche diventano vincolate da norme giuridiche non negoziabili, trasformando orientamenti ideologici in presupposti normativi. L'esempio emblematico è fornito dalla cosiddetta integrazione economica negativa, cioè dalla rimozione di ostacoli normativi alla formazione del mercato unico. Questo processo può essere così attuato per via giurisdizionale, senza passare attraverso una deliberazione politica. Al contrario, l'integrazione positiva – l'introduzione di politiche comuni – richiede spesso l'unanimità o ampie maggioranze nel Consiglio, rendendola molto più difficile. Ne deriva un'asimmetria sistematica: le politiche liberiste sono facilitate; quelle redistributive, ambientali o sociali incontrano ostacoli elevati. Non è che la Corte di Giustizia promuova attivamente una politica liberista, osserva Grimm, ma le conseguenze della sua giurisprudenza vanno in questa direzione proprio perché operano in un quadro giuridico rigidamente vincolato¹²⁵.

Questa configurazione produce un effetto paradossale sul piano della legittimazione democratica. La riduzione dello spazio decisionale degli Stati membri – dove i processi democratici sono meglio sviluppati – non è compensata da un'autentica legittimazione democratica a livello europeo dove le

¹²³ Secondo Grimm, il merito della scoperta della costituzionalizzazione del diritto dell'Unione Europea va attribuito anzitutto a J.H.H. Weiler (*La trasformazione dell'Europa*, in Id., *La Costituzione dell'Europa*, il Mulino, Bologna 2003, pp. 33-173).

¹²⁴ D. Grimm, *Die demokratischen Kosten*, cit., p. 117.

¹²⁵ Cfr. D. Grimm, *Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie*, in Id., *Europa ja – aber welches?*, cit., pp. 217-218.

decisioni sono effettivamente prese. Anche qui però è da notare che l’idea di risolvere il problema attraverso una parlamentarizzazione integrale dell’UE, rafforzando cioè i poteri del Parlamento europeo, è a giudizio di Grimm fuori bersaglio¹²⁶. Essa non inciderebbe infatti sulla radice del problema: la difficile riformabilità dei contenuti costituzionalizzati dei trattati. Eventuali elezioni europee, pur fondamentali, non permetterebbero ai cittadini di modificare i presupposti giuridici entro cui le politiche si svolgono. Il risultato è una politica tecnicizzata, in larga parte sottratta al conflitto e alla scelta. Poiché la costituzionalizzazione dei trattati è ormai un fatto acquisito, l’unica via per ripristinare uno spazio democratico effettivo consisterebbe invece nello “scorporare” dai trattati tutte le disposizioni che non hanno carattere costituzionale in senso stretto, e ricondurle al livello del diritto ordinario. In pratica, si tratterebbe di ridurre l’intero Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) a diritto modificabile attraverso procedure legislative, limitando i Trattati al loro «nucleo costituzionale»¹²⁷ (con le norme essenziali sul funzionamento delle istituzioni). L’ipercostituzionalizzazione è, quindi, non solo un fenomeno giuridico, ma anche un problema politico e filosofico, che richiama in causa i fondamenti del costituzionalismo e della democrazia. Ignorarne gli effetti significa continuare a cercare soluzioni al deficit democratico europeo nei luoghi sbagliati. Come ammonisce Grimm, la cecità rispetto alle conseguenze delegittimanti dell’ipercostituzionalizzazione appare come ciò che più di ogni altra cosa ostacola la ricerca di una vera riforma democratica dell’Unione.

Alla luce di quanto detto, la proposta grimmiana di una “decostituzionalizzazione” selettiva dei trattati europei – per ripristinare uno spazio decisionale democratico – non è affatto un ritorno regressivo a una sorta di nazionalismo giuridico, ma piuttosto l’esito coerente di una diagnosi più ampia e profonda sulla trasformazione dei presupposti del costituzionalismo moderno. La difficoltà che deve essere sollevata, piuttosto, riguarda l’oscillazione che questo approccio implica: su che base, una volta negato che i trattati europei possano essere considerati una costituzione in senso pieno, si può imputare ad essi un’eccessiva densità normativa? Quest’ultima non è funzionale proprio a porre dei limiti più rigidi all’azione delle istituzioni europee (proprio in virtù del fatto esse sono più debolmente legittimate democraticamente)? E quali criteri individuano il nucleo costituzionale di un’unità politica non-statale e che si vorrebbe democratica? Quest’ultima domanda appare tanto più rilevante quanto più si tiene presente che anche Grimm reputa

¹²⁶ Cfr. D. Grimm, *Die demokratischen Kosten*, cit., p. 116.

¹²⁷ Ivi, p. 119.

l’Unione anzitutto un’«unità politica federale, tuttavia non statale»¹²⁸. In questa direzione, può essere utile soffermarsi, in chiusura, su alcuni snodi concettuali che emergono dai contributi di Grimm sul “futuro della costituzione” e che permettono di situare la questione europea entro un quadro teorico più ampio, oltre la sola ricostruzione storico-concettuale del costituzionalismo e oltre la questione della sua esportabilità oltre lo Stato.

A essere chiamata ancora una volta in causa, in modo decisivo, è infatti la perdita progressiva della forza normativa della costituzione stessa, intesa non solo come norma giuridica, ma come paradigma ordinativo capace di fondare e vincolare il potere politico¹²⁹. Tale indebolimento consente di chiarire ulteriormente perché risulti così problematico, e forse fuorviante, tentare di applicare il paradigma costituzionalistico dell’epoca delle rivoluzioni democratiche alla realtà sopranazionale europea. È qui che entra in campo, più radicalmente, la questione della decostituzionalizzazione: essa non va evidentemente intesa qui come un correttivo tecnico all’ipercostituzionalizzazione dei trattati, ma come indicatore del tramonto di condizioni storico-istituzionali che avevano reso possibile la costituzione moderna. I processi europei – ma non solo – sollecitano pertanto un ripensamento radicale di categorie fondanti della teoria politica e giuridica moderna, in primis quella di sovranità. Non è un caso che Grimm abbia affiancato ai suoi scritti sul costituzionalismo uno studio specifico sull’evoluzione del concetto di sovranità, interrogandosi esplicitamente sul suo possibile significato nel presente¹³⁰. L’elemento chiave, che emerge da questa riflessione e che qui interessa particolarmente, è che il costituzionalismo moderno si è sviluppato interamente nel contesto dello Stato sovrano territoriale¹³¹. La costituzione, nella sua forma moderna, non è un’astrazione teorica atemporale, ma un prodotto storico situato: essa è nata e ha funzionato come strumento di organizzazione e limitazione del potere statale unitario¹³².

Secondo Grimm, questa storicità ha un rilievo strutturale. La possibilità stessa di pensare una costituzione in senso proprio presuppone l’esistenza di

¹²⁸ D. Grimm, *Auf der Suche nach Akzeptanz. Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union*, in Id., *Europa ja – aber welches?*, cit., p. 43. Su questo tema, si vedano i capitoli secondo e quarto del presente lavoro.

¹²⁹ Sulla questione della crisi della forza normativa delle costituzioni da una prospettiva prossima a quella di Grimm, si veda il contributo di G. Azzariti in G. Azzariti, S. Dellavalle, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pp. 13-33.

¹³⁰ Cfr. D. Grimm, *Sovranità*, cit., p.10. Sul tema cfr. inoltre N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford-New York 1999.

¹³¹ Cfr. ZVII, p. 294.

¹³² Cfr. D. Grimm, *Il futuro della costituzione*, cit., p. 131.

un soggetto politico unitario e di un potere centralizzato, capace di esercitare la sovranità all'interno di confini determinati. Non a caso, le forme pre-statali di potere non avevano una costituzione: esse, sostiene Grimm, non potevano averne una. I molteplici centri di potere, tipici del sistema feudale, non costituivano uno spazio omogeneo e stabilmente ordinato, ma un insieme di relazioni personalistiche e frammentarie, incompatibili con la struttura ordinativa di una costituzione moderna¹³³. La modernità politica ha coinciso, dunque, con la concentrazione del potere in un'unica autorità pubblica e con la sua giuridificazione mediante la costituzione. Solo in presenza di uno Stato capace di distinguersi dalla società civile e di delimitare sé stesso rispetto all'esterno – cioè rispetto ad altri Stati sovrani – diventa possibile l'autodeterminazione politica, intesa come articolazione di una volontà collettiva sulla base del consenso dei singoli. È proprio questo intreccio tra unità del potere, sovranità statale e costituzione a rendere quest'ultima un'istituzione significante. Per Grimm, ciò che viene costituito dalla costituzione è un potere politico unitario, capace di legittimarsi tramite l'integrazione tra volontà individuale e comando collettivo.

Da questa prospettiva, l'attuale tentativo di applicare il modello costituzionale moderno all'Unione Europea risulta problematico non solo perché mancano i presupposti empirici (popolo, lingua, cultura comune), ma anche perché si elude la questione teorica più radicale: la costituzione moderna presuppone un oggetto – lo Stato sovrano – che nel contesto postnazionale appare trasformato, se non dissolto – e, in ogni caso, non attualizzato a livello sovranazionale. La decostituzionalizzazione proposta da Grimm può assumere quindi un significato duplice: da un lato come proposta concreta per riattivare margini di scelta politica nel sistema europeo; dall'altro come segnale teorico di un mutamento d'epoca che investe l'intero paradigma del costituzionalismo moderno. Se la nascita dello Stato moderno costituisce il presupposto storico-strutturale che ha reso possibile la costituzione come forma giuridica dell'ordinamento politico, allora risulta comprensibile l'interesse rivolto, nella riflessione di Grimm, ai processi di trasformazione ed

¹³³ Cfr. ZVII, p. 12. Sulla scorta delle indagini di O. Brunner, Grimm presenta l'ordine giuridico medievale come profondamente frammentato e “personalistico”: in esso le funzioni di governo erano distribuite in modo disarticolato – spazialmente, materialmente e funzionalmente – tra molteplici soggetti indipendenti tra loro, impedendo così la formazione di strutture sovrane chiuse e centralizzate. La titolarità dei poteri si esercitava sulle persone e secondo una logica personale, piuttosto che territoriale. Inoltre, tali prerogative derivavano da uno status sociale o patrimoniale: esse erano il riflesso accessorio di condizioni come l'essere capo famiglia, membro di un ceto o di una corporazione, oppure proprietario terriero. Cfr. O. Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Vita e Pensiero, Milano 2000 (saggi I, II e VIII, in particolare). Si veda sul punto anche P. Schiera, *Lo Stato moderno: origini e degenerazioni*, CLUEB, Bologna 2004, pp. 83-90.

erosione della statualità. Tali processi si riflettono primariamente in una perdita di significato della sovranità, intesa nel senso classico di unità del potere politico in uno spazio determinato. Grimm parla in proposito di un «processo di destatalizzazione»¹³⁴ per designare il trasferimento di poteri pubblici a soggetti non statali e l'esercizio di funzioni di governo secondo procedure che non sono più regolate né garantite da un ordinamento statale.

È proprio la constatazione della dissoluzione dell'identità tra potere pubblico e potere statale – che era implicita nel moderno concetto di sovranità – a rappresentare, secondo Grimm, un sovvertimento radicale dell'architettura costituzionale forgiata dalla modernità¹³⁵. Si tratta, a suo giudizio, di una frattura storica di portata non inferiore a quella determinata dalla nascita dello Stato sovrano e dalla sua successiva trasformazione in Stato costituzionale democratico. Come ricordato, già nel volume del 1991 sul futuro della costituzione, Grimm individuava i segnali di una crisi strutturale della costituzione “liberale” nella transizione allo Stato industriale e sociale, nei meccanismi della democrazia di massa e nella conseguente “materializzazione” della costituzione. Tuttavia, nel secondo volume dedicato al tema del 2012, l'attenzione si sposta più esplicitamente sui processi di europeizzazione e globalizzazione, che hanno radicalizzato la perdita di coerenza tra i concetti costituzionali moderni e la realtà attuale.

Ciò che qui preme sottolineare, in linea con il discorso condotto finora, è l'esito teorico di questa indagine: Grimm identifica una crisi della “spazialità” costitutiva del progetto costituzionale moderno. Le distinzioni pre-giuridiche fondamentali – tra interno ed esterno, tra pubblico e privato – che erano rese possibili dalla centralità dello Stato e del suo territorio, risultano oggi sempre più problematiche, indebolite sia dalla ristrutturazione interna dello Stato, sia dalla crescente incidenza di poteri esercitati sul piano sovranazionale e transnazionale¹³⁶. In tale scenario, parlare ancora con coerenza attraverso le categorie del costituzionalismo moderno richiede una presa d'atto della loro perdita di determinatezza concettuale¹³⁷. È proprio in questo senso che va interpretata la divergenza tra le conclusioni formulate nei due volumi citati. Nel 1991, Grimm si interrogava sulla possibilità che un mutato

¹³⁴ Cfr. D. Grimm, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, in ZVII, pp. 67-91.

¹³⁵ Cfr. D. Grimm, *Sovranità*, cit., p. 8: «Si tratta di un cambiamento il cui significato epocale non è meno determinante rispetto all'origine dello Stato moderno e alla sua trasformazione in Stato costituzionale democratico».

¹³⁶ Di “crisi spaziale”, sulla scia delle analisi di Dieter Grimm, ha parlato L. Scuccimarra (cfr. *Costituzionalismo e democrazia nell'epoca globale*, cit., p. 25). Sulla questione degli “spazi politici” e della loro transizione dall'età moderna all'età globale, si veda invece C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, il Mulino, Bologna 2001 (in particolare il settimo capitolo).

¹³⁷ Cfr. A. Brandalise, *Democrazia e decostituzionalizzazione*, cit.

concetto di costituzione potesse assorbire l'indebolimento della sua forza normativa o, al contrario, se essa fosse destinata a ridursi a ordinamento parziale¹³⁸. Nella riflessione più recente, invece, la posizione è più netta: rispetto al livello sopranazionale, secondo Grimm, occorre forse abbandonare le nozioni di costituzionalismo e costituzionalizzazione¹³⁹. Esse risultano fuorvianti nella misura in cui alimentano l'illusione che le perdite subite dalle costituzioni statali in seguito alla globalizzazione possano essere semplicemente compensate a livello internazionale. Una tale speranza è per Grimm infondata: l'assoggettamento del potere pubblico transnazionale resta ben lontano dalle conquiste normative del costituzionalismo nazionale. I presupposti stessi di un possibile costituzionalismo internazionale semplicemente non esistono.

Questo non equivale a una sorta di resa al disordine globale né a un'accettazione passiva dello status quo. L'esigenza, posta da Grimm su un piano eminentemente teorico, è quella di liberare l'analisi dalle gabbie concettuali di un modello costituzionale costruito *per un altro oggetto*. Proiettare meccanicamente le categorie tradizionali sul presente impedisce di cogliere la natura inedita delle sfide attuali. In tal senso, il compito della teoria consiste oggi nell'elaborare concetti capaci di descrivere e articolare una realtà politica plurale, fatta di molteplici centri decisionali e poteri parziali, ciascuno dotato di una propria forma di legittimità¹⁴⁰. Forzando i termini, si potrebbe dire – come suggerisce lo stesso Grimm – che, pur in presenza di un oggetto costituzionalizzabile a livello sovranazionale¹⁴¹, si debba nondimeno fare i conti con una realtà multipolare che ricorda nel suo complesso, almeno per certi aspetti, l'epoca pre-statuale («l'ordinamento internazionale in via di

¹³⁸ Cfr. D. Grimm, *Il futuro della costituzione*, cit., p. 163. Dove è da notare che, in ogni caso, una riconsiderazione del concetto di costituzione non può prescindere dalla consapevolezza della sua trasformazione in un ordinamento parziale.

¹³⁹ Cfr. D. Grimm, *La conquista del costituzionalismo*, cit., p. 156: entrambe le nozioni sono, secondo Grimm, «equivoci, nella misura in cui ridestano la speranza che le perdite che le costituzioni nazionali patiscono a causa dell'internazionalizzazione e della globalizzazione, possano essere compensate sul piano internazionale». Si tratta di un'«illusione»: il potere pubblico esercitato a livello internazionale non è ancora sottoposto a vincoli paragonabili a quelli imposti dal costituzionalismo nazionale e, soprattutto, mancano le condizioni necessarie per trasferire quel modello sul piano globale. Poiché l'internazionalizzazione del potere è un fenomeno nuovo, che pone sfide inedite, Grimm conclude che «l'illusione che queste sfide possano essere affrontate adeguatamente con un modello che era fatto su misura per un altro oggetto ostacola la ricerca di soluzioni che siano all'altezza della nuova situazione e si adattino al meglio ad essa».

¹⁴⁰ Cfr. M. Bertolissi, G. Duso, A. Scalone (a cura di), *La costituzione e il problema della pluralità*, Polimetrica, Monza 2008, pp. 9-19; sempre in questo volume, inoltre, il saggio di H. Hofmann, *Il modello della costituzione statale e i suoi punti critici*, cit., pp. 21-28.

¹⁴¹ Cfr. ZVII, pp. 61, 227.

formazione ricorda piuttosto, nella sua pluralità di centri di potere e fonti del diritto non collegati tra loro, condizioni pre-statuali»¹⁴²). In un simile scenario, lo Stato cessa di essere anche solo idealtipicamente la fonte esclusiva del diritto e accanto alla legge sanzionata statalmente proliferano norme e istituzioni provenienti da livelli differenti. Questa nuova condizione di pluralità normativa e frammentazione del potere costituisce tanto la sfida da affrontare quanto il punto di partenza ineludibile per ogni riflessione teorica futura sulla possibilità – o l'impossibilità – di un nuovo costituzionalismo oltre lo Stato¹⁴³.

¹⁴² ZVII, p. 63.

¹⁴³ La letteratura in materia è sterminata; per un orientamento critico su questa tematica, si rimanda – oltre alle fonti richiamate da Grimm – ad alcuni contributi del dibattito italiano, espressione di differenti prospettive “teoriche”: R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2009; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari 2013.

2. Federare l'Europa. Temi e aporie della riflessione di Jürgen Habermas sulla forma politica europea

1. Sul futuro europeo: tra *Nationalstaat* e *Nationalitätenstaat*

Se si esaminano i nove capitoli che compongono *Fatti e norme* è facile constatare come il tema del federalismo – anche nella sua forma più stilizzata di principio costituzionale di organizzazione statale – non venga mai toccato dall'autore. Sebbene le tradizioni costituzionali tedesca e statunitense (oltre, in parte, quella francese) rappresentino punti di riferimento privilegiati dell'indagine habermasiana, il contesto federale di queste vicende – e il carattere federale delle relative costituzioni – si rivela del tutto marginale per lo sviluppo e la comprensione dello Stato democratico di diritto dalla prospettiva della teoria discorsiva. È un aspetto che del resto sorprende solo in parte, se si riconosce come all'interno della *Bundesrepublik* tedesca, ad esempio, l'elemento federale appare ormai in maniera vaga e remota in virtù di un processo di “unitarizzazione”¹. Altro si dovrebbe dire in merito alla tradizione costituzionale nordamericana, ma resta il fatto che Habermas non fa dell'elemento federale l'oggetto di una tematizzazione esplicita. A conferma basti la constatazione che del termine “*Bundesstaat*” (Stato federale) e possibili derivati non si registra alcuna occorrenza nei capitoli che costituiscono il corpo principale dell'opera. Esso appare in realtà due volte nello scritto *Staatsbürgerschaft und nationale Identität* risalente al 1990 – che,

¹ Cfr. H. Hofmann, *L'essenza della Costituzione*, in Id., *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della Costituzione*, a cura di A. Carrino, Guida, Napoli 2009, p. 53: «la nostra statualità federale [con riferimento all'assetto della *Bundesrepublik* in base al *Grundgesetz*]», osserva Hofmann, «è collegata ancora tramite una reminiscenza storica al federalismo. (...) Di una Federazione – *foedus* – non c'è (più) nulla». Il rilievo richiama quanto già affermato da K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, Karlsruhe 1962. Cfr. inoltre H. Hofmann, *Il modello della costituzione statale e i suoi punti critici*, in G. Duso, M. Bertolissi, A. Scalone (a cura di), *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, Polimetrica, Monza 2008, p. 22.

assieme a *Recht und Moral* (*Tanner Lectures 1986*) e a *Volkssouveränität als Verfahren*, è raccolto all'interno dell'edizione tedesca nella parte conclusiva, rubricato tra gli studi preparatori e le integrazioni dell'opera².

Queste prime «riflessioni sul futuro europeo» – come specifica il sottotitolo della prima edizione tedesca del saggio³ – rappresentano un contributo inaugurale, che testimonia dell'attenzione, da allora vieppiù crescente, che Habermas ha rivolto al processo di integrazione europeo, ma soprattutto al progetto politico dell'Europa. Al centro dello scritto si situa l'interpretazione del concetto («ripetutamente frainteso»⁴) di patriottismo costituzionale, che Habermas riprende da Dolf Sternberger dando ad esso una decisa torsione democratico-radicale. Dinnanzi alla crisi delle identità nazionali intese come espressione di comunità d'origine o di destino, con un nucleo sostanziale ben definito (fatto di convinzioni comuni, valori determinati ecc.), l'accento viene fatto cadere da Habermas, nella «via verso la «società postnazionale»»⁵, sulla possibilità di forme di socializzazione incentrate sulla condivisione del contesto procedurale della legislazione e dell'esercizio del potere politico, capace di valorizzare la partecipazione democratica rispetto alla mera appartenenza ascrittiva. In tal senso, Habermas può sostenere che il denominatore comune del patriottismo costituzionale è esclusivamente «*eine liberale politische Kultur*» al di là di qualsiasi origine comune – sia essa di tipo «etnico, linguistico e culturale»⁶. Solo questa forma di socializzazione, comune a tutti i cittadini, è capace di assicurare il senso universalistico dei diritti umani e della sovranità popolare (come autodeterminazione), senza tradirli nel momento di una loro particolare concretizzazione. Proprio nelle idee di diritti umani e sovranità popolare, del resto, Habermas individua i cardini dell'«autocomprensione normativa degli Stati democratici di diritto»⁷, in quanto sono «le uniche idee (...) ancora capaci di dare un fondamento al diritto moderno»⁸.

² Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1994 (I ed. 1992), pp. 541-660. D'ora in avanti FG seguito dall'indicazione di pagina. Le traduzioni dei passi citati dal tedesco che compaiono di seguito sono a cura dell'autore.

³ J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität: Überlegungen zur europäischen Zukunft*, Erker Verlag, St. Gallen 1991.

⁴ FG, p. 14.

⁵ FG, p. 633.

⁶ FG, p. 642 (dove l'origine culturale comune rimanda a ciò che si è per nascita e tradizione, mentre la cultura politica liberale ai valori condivisi che si scelgono per convivere pacificamente nella diversità).

⁷ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 112. D'ora in avanti FN seguito dall'indicazione di pagina.

⁸ FN, p. 116.

La seconda parte dello scritto si sofferma in modo particolare su come «il futuro politico delle comunità europee illumini la relazione tra cittadinanza e identità nazionale»⁹. Si tratta cioè di provare a considerare quali siano le «possibilità di una futura cittadinanza europea», nella misura in cui si deve prendere atto che di per sé «la transizione delle Comunità europee in una unione politica» non può che comportare una disintegrazione della «forma classica dello Stato nazionale»¹⁰. Anticipando la trattazione successiva, alla fine della prima parte si legge, allora, che «anche in un futuro Stato federale europeo [*in einem künftigen europäischen Bundesstaat*], gli stessi principi giuridici devono essere interpretati dal punto di vista delle diverse tradizioni nazionali, delle diverse storie nazionali»¹¹. La forma politica nella quale è immaginato culminare il processo di unificazione europea è quella dello Stato federale, anche se singolarmente Habermas sostiene che ciò non possa accadere secondo una traiettoria analoga a quella del costituzionalismo americano: mentre «gli Stati Uniti sono (...) una società multiculturale unita dalla stessa cultura politica e (anzitutto) da un'unica lingua», l'Unione europea si presenterebbe infatti come «uno Stato multilingue di nazionalità [*einen vielsprachigen Nationalitätenstaat*]»¹². Le implicazioni per un patriottismo costituzionale europeo possono così essere ricapitolate da Habermas nel modo seguente: esso «deve, diversamente da quello americano, sorgere comuneamente dalle *differenti interpretazioni*, impregnate in senso statal-nazionale, *dei medesimi principi giuridici universalistici*»¹³.

Come è stato giustamente osservato, si tratta di considerazioni la cui interpretazione è tutt'altro che scontata nella misura in cui si fatica a comprendere anzitutto la specificità di questa forma di patriottismo europeo, una volta ammessa la radice comune nei medesimi principi giuridici universalistici, e a dare ragione, su questa base, di un'unificazione *politica* a livello sovranazionale¹⁴. Ma di difficile decifrazione è inoltre il rapporto tra la cultura politica liberale – *conditio sine qua non* del patriottismo *costituzionale* – e la comunanza della lingua, inizialmente considerata un elemento accessorio, per poi essere invece assunto come tratto distintivo per marcare la peculiarità del patriottismo costituzionale europeo e dello Stato europeo prefigurato. Questi aspetti di *impasse*, che non trovano risoluzione nel proseguo dello scritto, sono peraltro ribaditi implicitamente mediante il richiamo alla

⁹ FG, p. 649.

¹⁰ FG, p. 634.

¹¹ FG, p. 643.

¹² FG, p. 644.

¹³ FG, p. 651 (corsivi miei).

¹⁴ Cfr. H. Hofmann, *Anhang II und III Volkssouveränität als Verfahren (1988) Staatsbürgerschaft und nationale Identität (1990)*, in P. Koller, C. Hiebaum (hrsg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, De Gruyter, Berlin-Boston 2016, pp. 191-193.

dottrina gollista di un'Europa delle patrie, che Habermas fa per cercare di precisare la forma politica alla quale dovrebbe tendere l'unificazione. Dopo aver parlato, come visto, di Stato multilingue di nazionalità, si afferma infatti che in esso «gli Stati nazionali dovrebbero conservare una potente forza strutturante» e, cionondimeno, l'Unione dovrebbe comunque somigliare più ad uno Stato federale che ad una «Federazione di singoli Stati parzialmente sovrani [*Föderation teilsouveräner Einzelstaaten*]»¹⁵.

Tale passo appare rilevante in quanto consente di indicare un aspetto ri-corrente anche nei successivi contributi habermasiani sulle “questioni europee” e che è relativo alla difficoltà di determinare esattamente ciò che differenzia lo Stato federale europeo tanto da altre forme federative quanto da uno Stato federale convenzionale. Lasciando da parte l'approfondimento dell'origine, gli effetti e gli usi che sono stati fatti della controversa idea di “Europa delle patrie”, è importante tenere a mente che in questa forma di cooperazione tra Stati si prevede non solo il mantenimento della sovranità nazionale, ma anche l'opposizione ad un'unificazione sovranazionale che implichi la condivisione – anche limitata – di funzioni tipicamente statuali. In tal senso, se essa rappresenta l'antitesi di uno Stato federale, non si comprende come le due forme possano conciliarsi, se non a prezzo di una radicale ridefinizione dei concetti di sovranità e autonomia statale, e a cosa si alluda esattamente definendo «parzialmente sovrani» gli Stati membri della Federazione intesa secondo lo schema “gollista”.

Vi è peraltro un'ulteriore esplicita allusione all'Europa delle patrie che si può riscontrare in un altro saggio habermasiano del 1996, *Inclusione: coinvolgere o assimilare. Sul rapporto di nazione, stato di diritto e democrazia* (scritto in occasione del 65° compleanno dello storico Hans-Ulrich Wehler)¹⁶. «*Nur ein Europa der Vaterländer?*»¹⁷ – «Solo un'Europa delle patrie?»¹⁸ – è il titolo in forma interrogativa che reca la parte conclusiva dello scritto, in cui Habermas polemizza con alcuni dei passaggi chiave della sentenza su Maastricht della Corte costituzionale federale tedesca, suggerendo un accostamento del concetto ivi introdotto di “*Staatenverbund*” proprio all'idea gaullista. Come noto, nella sentenza si afferma che il Trattato di Maastricht fonda uno *Staatenverbund* finalizzato alla realizzazione di un'unione sempre più stretta dei popoli europei organizzati in forma statuale

¹⁵ FG, pp. 644-645.

¹⁶ Cfr. J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano 1998, pp. 141-165. D'ora in avanti IA seguito dall'indicazione di pagina. (Per l'edizione tedesca: Id., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1996. D'ora in avanti EA seguito dall'indicazione di pagina).

¹⁷ EA, p. 180.

¹⁸ IA, p. 162.

e precisa che in virtù di ciò non si tratta di uno Stato che si regge su un popolo europeo¹⁹. Inoltre, all'interno di una forma di unione e cooperazione tra Stati, che pur si differenzia dalle tradizionali organizzazioni internazionali, gli Stati, per l'appunto, conservano intatta la loro sovranità. Questo si lega anzitutto al fatto che a livello dell'Unione è assente una legittimazione democratica equiparabile a quella degli Stati nazionali membri dell'Unione stessa: se in questi è la configurazione parlamentaristica ad assicurare la legittimità del diritto prodotto, a livello europeo si registra anzitutto una legittimazione indiretta che dipende cioè dal fatto che i capi di governo che siedono nel Consiglio sono vincolati ai loro parlamenti nazionali; in tale ottica, inoltre, la funzione legittimante del Parlamento europeo appare solo marginale e “integrativa”.

In relazione a ciò, Habermas si sofferma su un ulteriore rilievo della Corte sul Trattato di Maastricht. Pur convalidando l'ampliamento dei poteri dell'Unione, essa ha messo in guardia circa il fatto che «il principio democratico verrebbe intollerabilmente “svuotato”» qualora non rimanesse ancorato «ad uno *Staatsvolk* relativamente omogeneo». Secondo la Corte, infatti, «perché possa in generale svilupparsi un processo democratico, lo *Staatsvolk* dovrebbe avere la possibilità di “dare espressione giuridica a ciò che – in modo relativamente omogeneo – lo unisce da un punto di vista spirituale, sociale e politico”»²⁰. Le riserve maggiori di Habermas si appuntano su una conseguenza che la Corte deriva a partire da queste premesse, ovvero che «il Trattato di Maastricht non fonda nessuno Stato federale europeo»²¹. Al di là del caso specifico, tale conseguenza sarebbe infatti da ricondurre a sua volta alle «barriere *concettuali* che l'idea sostanzialistica di sovranità popolare innalza contro il trasferimento dei diritti di sovranità a unità soprastatali»²². Se la falsa analogia di cui si alimenta l'euroscetticismo è quella che si appella all'idea di un “popolo omogeneo”, pre-politico, quale a priori per la formazione della volontà democratica, lo sforzo habermasiano di rimozione delle barriere concettuali non può che andare nella direzione di quello Stato federale di cui si tratta dunque di esplicitare i necessari e corretti presupposti di legittimità.

Ed è precisamente sull'indicazione di questi ultimi che termina il saggio:

¹⁹ In uno dei passaggi più noti della sentenza si legge: «*Der Unionsvertrag begründet einen Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas, keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat*» (BVerfGE 89, 156).

²⁰ IA, p. 163 (i passaggi citati da Habermas si riferiscono sempre a BVerfGE 89, 155-214).

²¹ IA, p. 163.

²² IA, p. 164.

La prossima spinta integrativa alla formazione di una società postnazionale non dipende tanto dal sostrato di un fantomatico “popolo europeo”, quanto dalla rete comunicativa di una *sfera pubblica* estesa all’intera Europa. Questa sfera pubblica deve inserirsi in una cultura politica comune; deve essere sostenuta da una società civile che sia dotata di gruppi di interesse, organizzazioni non governative, iniziative e movimenti civici; e infine deve venire occupata da arene in cui i partiti politici possono immediatamente riferirsi alle decisioni di istituzioni comunitarie europee e svilupparsi – attraverso e oltre i gruppi parlamentari – in un vero sistema partitico europeo²³.

Come riconosciuto dallo stesso Habermas in nota, questi requisiti funzionali sono peraltro tutti rintracciabili nella sentenza della Corte, ma vengono travisati dal contestuale riferimento agli «*Sprachprobleme*» connessi alla «*Sprachvielfalt*». Come è stato giustamente sottolineato, le ricadute categoriali di un approccio quale quello habermasiano segnano indubbiamente l’acantonamento del «classico vocabolario “costituente” del discorso politico della modernità» a cui fa spazio piuttosto «una nuova intelaiatura categoriale centrata sul binomio *società civile-sfera pubblica*»²⁴. Ci si può chiedere tuttavia se l’effetto di de-sostanzializzazione implicato in questo modo di intendere il “popolo”, che insiste sugli elementi procedurali della legittimazione democratica, differisca davvero radicalmente dalla concezione, certo più sostanzialistica e identitaria, su cui fa leva il *Bundesverfassungsgericht* e non presenti al suo interno degli elementi di inconsistenza in quanto altra faccia della stessa medaglia. Non solo il popolo, con la cifra unitaria che lo connota, permane la condizione di una vera unificazione europea, ma la legittimità del “processo costituente” europeo dipende integralmente da una sua concretizzazione per quanto declinata in termini dinamici e processuali. Non a caso resta fuori discussione, inoltre, la forma politica verso cui tale processo si indirizza, ovvero quello Stato federale europeo che, proprio a causa delle premesse errate adottate dalla Corte, non riesce neppure a essere concepito come possibilità.

²³ IA, p. 166.

²⁴ L. Scuccimarra, *Alla ricerca del popolo europeo. Politica e identità nel dibattito sul futuro dell’Unione*, in B. Consarelli (a cura di), *L’Europa ‘una’ e ‘multanime’. Un problema ancora aperto. Atti della Giornata Interuniversitaria organizzata dall’Università di Siviglia e dall’Università di Roma Tre*, Cedam, Padova 2012, p. 178.

2. Le condizioni della legittimità democratica di uno Stato federale europeo: la diatriba con Dieter Grimm

È su questo medesimo terreno che si svolgono del resto anche le considerazioni critiche che Habermas rivolge nei confronti di Dieter Grimm. Come visto nel precedente capitolo, quest'ultimo aveva tenuto nel gennaio del 1994 un discorso presso la Carl Friedrich von Siemens Stiftung²⁵, destinato a trovare ampia risonanza, in cui si confrontava con la tesi, preponderante nella discussione politica sull'Europa che aveva succeduto alla ratifica del Trattato di Maastricht, secondo la quale per potere sopprimere ai vuoti di legittimazione democratica determinati dall'entrata in vigore del trattato sarebbe stato necessario dotare l'Unione di una costituzione. Sull'insufficienza dei Trattati in vigore quale fondamento di legittimità dell'Unione, ma soprattutto sul significato e la funzione delle *moderne* costituzioni, così come la possibilità di sganciare la costituzione dallo Stato, intendeva richiamare l'attenzione l'allora giudice della Corte costituzionale tedesca al fine precipuo di mettere in dubbio non solo la possibilità, ma la sensatezza di una costituzione Europea. Come già emerso, la riflessione di Grimm sulla costituzione e sulla sua funzione si riferisce in modo privilegiato a quel concetto di costituzione che a partire dalle rivoluzioni americana e francese implica un atto originario di (ri)fondazione dell'unità politica, in cui la limitazione del potere politico deve corrispondere alla sua necessaria istituzione, proprio perché nel superamento del *deficit* democratico delle istituzioni europee si radicavano le istanze favorevoli ad una costituzione europea. In estrema sintesi, basti ricordare qui che il nucleo del ragionamento di Grimm mira all'individuazione delle condizioni di possibilità di una costituzione, che sono ravvisate nell'esistenza non tanto di un popolo omogeneo, bensì in una società (habermasianamente) “*diskursfähig*”, come tale capace di autodeterminarsi rispetto agli scopi e alle forme del potere politico che la connotano²⁶. Su queste basi,

²⁵ Cfr. D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, «JuristenZeitung», vol. 50, n. 12, 1995, pp. 581-591.

²⁶ Cfr. Ivi, p. 589-590, dove si legge: «Il sospetto che dietro questa valutazione nasconde l'idea che la democrazia sia possibile solo sulla base di una comunità nazionale omogenea è infondato. (...) Le condizioni per la democrazia non sono sviluppate a partire dal popolo, ma dalla società, che vuole costituirsi come unità politica. Ciò richiede tuttavia un'identità collettiva se vuole risolvere pacificamente i suoi conflitti in modo non violento, adottare la regola della maggioranza e praticare la solidarietà. Tuttavia, l'identità non deve essere radicata in un'origine etnica, ma può anche avere altri fondamenti. L'unica cosa di cui c'è bisogno è che la società abbia sviluppato una consapevolezza dell'unione in grado di sostenere le decisioni della maggioranza e le prestazioni di solidarietà, e che possieda la capacità di intendersi discorsivamente sui suoi obiettivi e problemi. Di conseguenza, non è la mancanza di comunanza

secondo Grimm, in relazione all'Europa, non si può che prendere atto della natura strutturale del deficit democratico, vista l'assenza empirica proprio di simili presupposti sociali – e ciò dovrebbe indurre ad accantonare i progetti di una costituzione europea, che garantirebbe, al più, una legittimazione apparente²⁷. Proiettata a livello europeo, la costituzione non sarebbe in grado di assolvere la sua prestazione specifica in virtù della frammentazione che connota l'Unione.

Il corollario che Grimm immediatamente deriva da questa impostazione – nella parte del saggio che reca icasticamente come titolo «Illusioni costituzionali» – è che «la trasformazione dell'Unione europea in uno Stato federale non può essere un obiettivo desiderabile a breve termine»²⁸. La pretesa di superare il lamentato *deficit* democratico dell'Unione in questa forma, che presuppone necessariamente la distinzione anzitutto teorica tra società civile e Stato²⁹, sottovaluta l'effetto centralizzante connesso al principio di sovranità popolare che andrebbe a neutralizzare l'autonomia costituzionale degli Stati membri³⁰. Preso atto del carattere irreversibile dell'integrazione europea e, in particolare, della cessione di porzioni di sovranità dai singoli Stati all'Unione, la direzione in cui si deve procedere è invece quella di «conservare l'Unione europea nella sua forma specifica di istituzione sopranazionale e di potenziarla conformemente a tale specificità, senza copiare invece i modelli degli Stati nazionali»³¹ (il che significa altresì che i trattati europei in vigore assolvono una funzione diversa da quella di una costituzione). L'esigenza di procedere in direzione della cooperazione sovranazionale, infatti, non è dettata da ragioni puramente formali, bensì dalla consapevolezza che «gran parte dei problemi che richiedono un'elaborazione politica non possono più essere risolti *efficacemente* all'interno del ristretto quadro statale dei paesi europei»³². Non sussiste in ogni caso dubbio alcuno, secondo Grimm, sul fatto che dalla costituzionalizzazione (in senso pieno, cioè in cui la costituzione è da intendere quale atto di autodeterminazione dei cittadini

etnica dei cittadini dell'Unione che ostacola la democrazia, ma la loro identità collettiva sviluppata debolmente e la ridotta capacità sovranazionale di discorso. Ciò significa, certo, che il deficit democratico europeo è strutturale. Pertanto, non si può porre rimedio a breve termine con riforme istituzionali. Per il momento, la realizzazione dello Stato di diritto democratico può essere raggiunta in misura sufficiente solo all'interno di un quadro nazionale».

²⁷ Ivi, p. 591.

²⁸ Ivi, p. 590.

²⁹ Cfr. Duso G., *L'Europa e la fine della sovranità*, «Quaderni fiorentini», n. 31, 2002, p. 138.

³⁰ Cfr. O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität: Bausteine zu einer verfassungsrechtlichen Lehre der Föderation*, «Der Staat», vol. 35, n. 1, 1996, pp. 65-66.

³¹ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 590.

³² *Ibidem*.

europei circa la loro esistenza politica) dell’Unione deriverebbe la sua automatica trasformazione in Stato.

Nella sua replica Habermas ha di mira non la diagnosi grimmiana, bensì le conclusioni politiche che il giurista ricava da essa, il cui difetto fondamentale è quello di alimentarsi, a ben vedere, dell’illusione di poter conservare immutata la situazione presente. Non a caso Habermas rileva, per esempio, come «le ragioni (...) per cui dovremmo volerla [l’Unione Europea] politicamente non sono mai evidenziate. A me sembra che il pericolo maggiore provenga da quella automatizzazione di reti e mercati globali che accresce la frammentazione della coscienza pubblica»³³; ciò che non regge è infatti la possibilità di «“congelare” al livello attuale il deficit democratico europeo»³⁴. Anche se basata su premesse solo in parte assimilabili a quelle della Corte costituzionale tedesca, dalla prospettiva habermasiana, la posizione di Grimm costituisce né più né meno che una variante della tesi no demos – a sua volta fondata su una concezione concretistica e prepolitica del popolo – nella misura in cui si regge in definitiva sul fatto che non esiste un popolo europeo e sul nesso tra popolo, inteso in senso prepolitico, e costituzione³⁵.

A prescindere dalla circostanza fortuita che vedeva Habermas tra il pubblico della conferenza di Grimm e dall’autorevolezza dell’interlocutore, ci si può legittimamente chiedere perché egli riservi tanta attenzione alle tesi del costituzionalista tedesco. Rispondere con certezza non è possibile, ma si può ravvisare senz’altro una ragione di fondo nella condivisione da parte di Habermas non solo della diagnosi, ma anche di un approccio teorico alla democrazia, quello di Grimm, che è tutt’altro che estraneo all’impianto sistematico di *Fatti e norme* e al modello di politica deliberativa ivi sviluppato. Christoph Möllers ha giustamente rilevato come «le condizioni materiali, che Grimm sviluppa in relazione alla capacità democratica e costituzionale di una comunità, (...) si riferiscono al concetto di sfera pubblica e vanno rinvenute nella teoria del discorso»³⁶ – piuttosto, invece, che nella dottrina dello Stato. Basti pensare a come, secondo Grimm, le condizioni di possibilità per un processo

³³ IA, p. 170.

³⁴ IA, p. 168-169.

³⁵ Scrive infatti Habermas: «Grimm respinge una costituzione europea “perché non esiste ancora un popolo europeo”. A prima vista ciò sembra reggersi sulla stessa premessa implicita al giudizio su Maastricht della Corte costituzionale tedesca, dunque, sull’idea che la legittimità democratica di uno stato richieda una certa “omogeneità” del suo popolo. Tuttavia, Grimm prende subito le distanze da una lettura “à la” Carl Schmitt di questa omogeneità etnica», IA, p. 170.

³⁶ C. Möllers, *Grimms Theorie. Funktionale Differenzierung – Materialisierung – Vergleich*, in L. Vielechner (hrsg.), *Demokratischer Konstitutionalismus. Dieter Grimms Verständnis von Staat und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden 2021, p. 43.

costituente siano identiche a quelle di uno spazio discorsivo-democratico non comprimibile del tutto all'interno della cornice giuridica.

In *Braucht Europa eine Verfassung?*, del resto, si registrano due esplicati rimandi proprio a *Fatti e norme* in punti chiave dell'argomentazione. Il primo, al capitolo ottavo (*Il ruolo della società civile e della sfera pubblica politica*), è funzionale a sostenere la tesi dell'irriducibilità della democrazia al parlamentarismo. Sulla scorta della riflessione habermasiana, quest'ultimo appare condizione necessaria, ma insufficiente per il funzionamento del processo democratico. La dinamica parlamentare si innesta su un più ampio contesto sociale in cui gli interessi divergenti vengono negoziati e i conflitti attenuati, con l'effetto di alleggerire il compito decisionale del Parlamento e di orientarne preventivamente le scelte. In tal senso, osserva Grimm, «la connessione tra gli individui, le loro associazioni sociali e gli organi statali è assicurata soprattutto dai mezzi di comunicazione, che creano quella sfera pubblica attraverso la quale diventano possibili in primo luogo la formazione generale dell'opinione e la partecipazione democratica»³⁷. Il secondo rimando, a prima vista più problematico, è «al “vincolo linguistico” che tiene assieme qualsiasi comunità di comunicazione»³⁸, sulla base del quale Grimm solleva il problema – in linea col *Bundesverfassungsgericht* – dell'eterogeneità linguistica che caratterizza l'Europa, con i risvolti che questo ha rispetto non solo alla partecipazione al discorso pubblico, ma all'assenza di *un* discorso, ovvero piuttosto alla frammentazione in una molteplicità di discorsi nazionali su questioni comuni³⁹: in esso risiede «il principale ostacolo all'europeizzazione della *sottostruttura politica* da cui dipendono il

³⁷ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 587.

³⁸ Ivi, nota 41 di p. 588.

³⁹ Cfr. D. Grimm, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, C.H. Beck, München 2016, p. 25, dove si legge: «Ancora peggiore è la situazione per quanto riguarda l'integrazione del Parlamento in un processo sociale continuo di formazione dell'opinione e di articolazione degli interessi. Già negli Stati membri questo lascia molto a desiderare, poiché le tendenze generali alla scientificizzazione e all'internazionalizzazione della politica ostacolano il parlamentarismo. Neppure un Parlamento europeo rafforzato potrebbe sottrarsi a tali dinamiche. Ma in Europa, inoltre, anche il substrato sociale di una democrazia vitale è poco sviluppato. Per quanto esistano già dei partiti europei, essi non hanno una presenza reale nella società, bensì lasciano il campo libero ai partiti nazionali. L'articolazione degli interessi e l'impegno civico sono essenzialmente limitati al contesto nazionale. Ciò che manca, soprattutto, sono mezzi di comunicazione europei capaci di alimentare un discorso pubblico europeo, anziché 28 discorsi nazionali su questioni europee. Se, da un lato, i deficit delle elezioni europee potrebbero almeno in parte essere corretti con l'introduzione di un sistema elettorale europeo e partiti europei, dall'altro, una sfera pubblica europea che si avvicini anche solo lontanamente a quella statale non sarà realtà ancora per molto tempo».

funzionamento di un sistema democratico e l'efficacia concreta di un Parlamento»⁴⁰, osserva Grimm.

È stato notato che il rimando di Grimm rischia di mettere perlomeno fuori strada⁴¹, nella misura in cui riprende un punto dell'esposizione in cui Habermas sta terminando la presentazione non della propria concezione della politica deliberativa, bensì di quella del filosofo americano Joshua Cohen, che nell'immediato prosegue non esita a criticare. Habermas cionondimeno ritiene i postulati ricavati dalle analisi di Cohen utili per spiegare il processo democratico, per cui quando precisa che «ciò che – *in ultima istanza* – unisce i consociati giuridici è il vincolo linguistico che tiene assieme ogni comunità di comunicazione»⁴², indica pur sempre un punto di convergenza col filosofo americano⁴³. In tal senso, dapprima il limite dell'idea di deliberazione di Cohen è ravvisato nel preteso ambito di riferimento della deliberazione – che, per Cohen, è la società nella sua interezza, mentre, per Habermas, è ristretto alla comunità giuridica e al sistema politico centrale. Osserva infatti Habermas che «se la politica deliberativa dovesse dilatarsi a plasmare l'intera società, allora la modalità discorsiva di socializzazione che è tipica del sistema giuridico dovrebbe anche trasformarsi nell'autoorganizzazione della società e attraversarne tutta la complessità. *Questo è impossibile, non foss'altro perché il processo democratico si trova sempre incastonato dentro contesti che sfuggono al suo controllo*»⁴⁴. In seconda battuta, Habermas ravvisa un limite teorico nella scarsa differenziazione che caratterizzerebbe il modello di Cohen, sulla base del quale non si arriva a distinguere adeguatamente tra sfere pubbliche formali e sfere pubbliche informali – secondo lo schema a doppio binario in direzione del quale egli propende.

Habermas in ogni caso non contesta l'esigenza di un vincolo linguistico come indispensabile fattore associativo. Caso mai, il problema sta nella possibilità di assimilare il «*linguistisches Band*» a «*Sprache*». Nel passo appena precedente a quello sul vincolo linguistico come fattore agglutinante della comunità di comunicazione, Habermas aveva puntualizzato quanto segue:

Ogni associazione che istituzionalizzi questo processo (di consultazione e decisione), per regolare democraticamente le condizioni della propria convivenza, si

⁴⁰ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 588.

⁴¹ Cfr. F. Hanschmann, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte“ und „Sprache“*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 2008, nota 636 di p. 188.

⁴² FN, p. 343.

⁴³ Per una lettura in questa direzione, si veda, ad esempio, L. Ceppa, *Dispense habermasiane. Sommari da “Fatti e norme”*, Trauben, Torino 2001, pp. 68-70.

⁴⁴ FN, p. 341 (corsivo mio).

costituisce come una cittadinanza. Essa forma una comunità giuridica particolare, che è circoscritta nello spazio e nel tempo con forme di vita e tradizioni specifiche. Ma non è *mai* questa identità culturale specifica ciò che la qualifica come una comunità politica di cittadini. *Il procedimento democratico è infatti dominato da principi universali di giustizia, che sono egualmente costitutivi di ogni cittadinanza.* Insomma, la procedura ideale di deliberazione e decisione deve sempre avere per *titolare un'associazione disposta a regolare imparzialmente le condizioni della vita collettiva*⁴⁵.

Su questa base, non può sorprendere che, nella replica a Grimm, Habermas dedichi solo un breve commento liquidatorio all'ostacolo ravvisato nell'assenza di una lingua comune: «anche il requisito di una lingua comune (l'inglese come “*second first language*”»), scrive, «non dovrebbe essere un ostacolo insormontabile, dato il livello attuale della scolarizzazione»⁴⁶. Ciò che invece viene contestato espressamente a Grimm è il passo in cui il giurista afferma che «l'identità collettiva non deve essere radicata nell'origine etnica, ma può anche avere altri fondamenti»⁴⁷. Al contrario, secondo Habermas, è indispensabile riconoscere che «tale identità deve avere una base diversa, se in qualunque momento il processo democratico deve poter funzionare da garanzia complessiva [*Ausfallbürgschaft*]»⁴⁸. La forma di socializzazione democratica non è comprimibile all'interno dell'elemento linguistico inteso come una comunanza di lingua. Il vincolo linguistico in altri termini ha a che fare *in primis* con le «forme giuridicamente astratte della partecipazione politica e di uno status di cittadinanza costruito per via democratica»⁴⁹. Il che non significa di per sé che la comunanza di lingua non sia un aspetto da prendere in considerazione, ma non nei termini di una condizione esclusiva e necessitante per il processo democratico. Si deve insomma constatare e tenere ferma l'autonomia della modalità giuridico-democratica di socializzazione. In tal senso, Habermas afferma che a partire dalla comprensione teorico-discorsiva della democrazia, l'autocomprensione etico-politica, che viene solitamente additata come l'apriori per la formazione della volontà democratica, rappresenta piuttosto «la grandezza di flusso in un processo circolare, che prende slancio solo attraverso l'istituzionalizzazione giuridica della comunicazione civica»⁵⁰. Habermas ritiene, dunque, che l'identità democratica di una società si sviluppa in modo dinamico e circolare, ma solo

⁴⁵ FN, pp. 342-343 (corsivo mio).

⁴⁶ IA, p. 173.

⁴⁷ D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 590.

⁴⁸ IA, p. 171.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ IA, pp. 172-173.

se sostenuta da istituzioni giuridiche che garantiscono la libera comunicazione tra i cittadini.

A questo aspetto si legano direttamente le conclusioni della replica a Grimm, in cui Habermas attribuisce la capacità di un «effetto inducente»⁵¹ alle istituzioni che verrebbero create da una costituzione europea. Si tratta, insomma, di capovolgere la prospettiva criticata – e con essa la pretesa che l’identità collettiva sia il dato su cui dovrebbe fondarsi la legittimità della costituzione – per arrivare a chiedersi anzitutto se i presupposti giuridico-istituzionali che consentirebbero lo sviluppo di un’identità comune ci sono e, in caso negativo, come fare a realizzarli. Solo su queste basi si può porre correttamente il tema di una costituzione per l’Europa e di uno Stato federale europeo democratico, che nell’altra prospettiva è smentito da principio. A quest’altezza però mi pare debbano essere messe in luce, almeno due questioni, la prima ricavabile dalla riflessione di *Fatti e norme*, la seconda dalle ulteriori conclusioni ricavate da Habermas relative al carattere inevitabilmente plurale dell’identità europea.

La possibilità di attribuire un *effetto inducente* alle nuove istituzioni politiche create da una costituzione europea si connette direttamente – anche se la cosa non è esplicitata da Habermas – al modello a due binari di democrazia deliberativa, a cui si è fatto cenno, delineato soprattutto nel capitolo settimo di *Fatti e norme*. Se, per un verso, Habermas intende rivolgersi polemicamente col suo modello contro «teorie democratiche fondate su concetti meramente empiristici del potere»⁵², per altro verso, egli cerca di rispondere all’esigenza di tradurre in funzione della ricerca empirica i due capitoli in cui è dispiegata la ricostruzione del diritto moderno in termini teorico-discorsivi⁵³. In tale ottica, Habermas pone una distinzione tra procedure istituzionalizzate di formazione della volontà politica e sfere informali di formazione dell’opinione. Ora, il senso pieno della democrazia deliberativa si ricava non da uno soltanto di questi due binari su cui essa è immaginata scorrere, bensì dalla loro combinazione: «la politica deliberativa vive (...) del “gioco di scambio” che si viene a creare tra la formazione istituzionale e procedurale della volontà, da un lato, e un’informale formazione dell’opinione, dall’altro.

⁵¹ IA, p. 173.

⁵² FN, p. 15.

⁵³ Il riferimento è ai capitoli terzo e quarto di FN, in cui è scandita in due tappe la ricostruzione teorico-discorsiva del diritto, la prima relativa al “sistema dei diritti”, la seconda ai “principi dello Stato di diritto”. La matrice teorica del modello a due binari di democrazia è da rintracciare nella formulazione teorico-discorsiva del principio democratico, il quale «stabilisce che possono pretendere validità legittima solo le leggi approvabili da tutti i consociati in un processo discorsivo di statuizione a sua volta giuridicamente costituito», FN, p. 128. In esso trova espressione l’idea di un «intreccio reciproco di “principio di discorso” e “forma giuridica”», FN, p. 140.

La politica deliberativa, in altri termini, non può scorrere esclusivamente lungo il canale formalizzato delle deliberazioni e delle decisioni proceduralmente autoregolate»⁵⁴. Del tutto in linea, del resto, con quanto fin qui visto a proposito della replica habermasiana a Grimm, in *Fatti e norme* si insiste sul fatto che «la teoria del discorso fa dipendere il dispiegarsi della politica non da una cittadinanza capace di agire politicamente, ma dall’istituzionalizzazione di corrispondenti procedure e presupposti comunicativi, così come dall’interazione della deliberazione istituzionalizzata con le opinioni pubbliche che si costituiscono informalmente»⁵⁵.

Come emerge anche da questi passaggi, non solo nessuno dei due binari preso nella sua astrattezza è capace di originare l’altro secondo una qualche scansione – non solo diretta, ma neanche indiretta –, ma il senso del processo democratico non appare nemmeno interpretabile come la progressiva riduzione o lo “schiacciamento” di un binario sull’altro. La premessa che si colloca alla base del modello e che illumina la struttura dualistica è enunciata fin dal primo capitolo dell’opera, dove si sottolinea che «la libertà comunicativa dei cittadini (può) organizzarsi in prassi politica di autodeterminazione passando attraverso le più diverse istituzioni e procedure giuridiche, ma non (può) mai essere totalmente rimpiazzata dal diritto coercitivo»⁵⁶. La cornice giuridica del processo politico non ha infatti la capacità di *assicurare* che i cittadini si orientino all’intesa con il loro agire – anzi essi possono in maniera del tutto conforme alla legge agire strategicamente ed egoisticamente –, benché sia in grado di sollecitare in questa direzione. In relazione alla sua legittimità, il diritto presenta insomma un limite strutturale legato all’impossibilità di costringere ad agire comunicativamente. Si intende così la centralità della società civile, intesa precisamente come quel luogo in cui i cittadini possono soddisfare le richieste poste in essere giuridicamente e il ruolo decisivo da essa rivestito per una genesi democratica del diritto. Cionondimeno, la comunicazione non formalizzata giuridicamente non ha una sua autosufficienza se è vero che le procedure formalizzate assolvono una indispensabile funzione filtrante – secondo l’immagine delle chiuse idrauliche con la quale Habermas in *Fatti e norme* supera il modello dell’assedio teorizzato in precedenza⁵⁷.

⁵⁴ FN, p. 345.

⁵⁵ FG, pp. 361-362.

⁵⁶ FN, p. 44.

⁵⁷ Sull’esercizio del potere comunicativo «im Modus der Belagerung», cfr. FG, p. 696. Sull’autocritica di Habermas (sulla scorta della riflessione di Ingeborg Maus), cfr. FN, p. 494. Sul tema si vedano inoltre almeno: H. Hofmann, *Über Volkssouveränität. Eine begriffliche Sondierung*, «JuristenZeitung», vol. 69, n. 18, p. 868; T. Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie* von Jürgen Habermas, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 94-96.

Del resto, Habermas mette in rilievo l'imprescindibilità del lato istituzionalizzato, senza il quale le ragioni generate discorsivamente non convertendosi in legge resterebbero non solo prive di efficacia generalizzata, ma nemmeno *potere comunicativo sensu stricto*:

Discorsivamente generata da pubblici dibattiti, l'influenza di un'opinione pubblica è certamente una variabile empirica capace di produrre effetti. Ma questa influenza pubblica può trasformarsi in *potere comunicativo*, e in legittima statuizione giuridica, solo passando attraverso i filtri istituzionalizzati delle procedure d'una democratica formazione dell'opinione e della volontà. (...) Fluidificata dalla comunicazione, la sovranità popolare non può farsi sentire soltanto nel potere dei discorsi pubblici informali, neppure quand'essi nascano da sfere pubbliche autonome. *Per generare potere politico, l'influenza di questi discorsi deve prima produrre i suoi effetti nelle deliberazioni delle istituzioni ufficiali preposte alla formazione dell'opinione e della volontà.* Soltanto dopo essa potrà assumere, in questa sede, la forma ufficiale delle decisioni formali⁵⁸.

Al netto della difficoltà di intendere esattamente, fuor di metafora, la funzione filtrante delle istituzioni – specie in relazione alla genesi e al significato del potere comunicativo⁵⁹ –, alla luce dei passi citati, emerge in definitiva la necessaria coesistenza e coesione dei due lati. Se, da un punto vista *normativo*, si dovesse riconoscere uno sbilanciamento tra essi (nel senso di una dipendenza di un lato dall'altro), questo, in ultima analisi, risulterebbe a vantaggio della formazione dell'opinione non formalizzata⁶⁰. Fin dalla

⁵⁸ FN, p. 416-417. Ma si veda inoltre quanto precisato a p. 209: «La sovranità dei cittadini, fluidificata comunicativamente, si esprime nel potere dei discorsi pubblici, derivanti dall'autonomia delle sfere pubbliche, ma si concretizza soltanto nelle decisioni dei corpi legislativi, che sono legati alle procedure e devono rendere conto del loro operato» (corsivo mio).

⁵⁹ Si tratta di un'ambiguità presente nell'opera sovente rilevata dagli interpreti alla luce dell'oscillazione di Habermas, il quale talvolta afferma che il potere comunicativo generato dalle sfere pubbliche non istituzionalizzate sia presupposto delle procedure istituzionalizzate, mentre in altri casi ne fa esattamente l'effetto di queste ultime. A riscontro, bastino i passi precedentemente citati.

⁶⁰ Proprio nel discutere il modello di Cohen, Habermas enfatizza il ruolo giocato dalle sfere pubbliche informali – non soggette a una piena formalizzazione giuridica: «Una formazione democratico-procedurale dell'opinione e della volontà resta sempre *dipendente* dall'apporto di opinioni pubbliche informali che si generano – *idealiter* – nelle strutture d'una sfera pubblica non manipolata. Questa sfera pubblica deve poter poggiare su una base sociale in cui si siano effettivamente realizzati i diritti eguali della cittadinanza. Solo in un egualitario pubblico di cittadini che, liberatosi dalle barriere classiste, abbia rigettato le millenarie catene della stratificazione e dello sfruttamento, il pluralismo culturale potrà spiegare tutto il suo potenziale. Questo potenziale è ricco di conflitti, non meno che di forme-di-vita generatrici di senso. Ma in una società secolarizzata, che abbia imparato a governare in modo consapevole la sua complessità, il padroneggiamento comunicativo di questo tipo di conflitti rappresenta

Prefazione a Fatti e norme Habermas, pur respingendo in generale le conseguenze anarchiche che deriverebbero dalla teoria comunicativa, ammette in effetti come «il potenziale delle svincolate libertà *communicative* avrà per forza un nucleo anarchico: di questo si alimentano infatti le istituzioni dello Stato democratico nell'effettiva tutela delle pari libertà soggettive»⁶¹.

Sulla base di quest'impostazione teorica, la questione che si impone in relazione alla costituzione europea concerne esattamente l'aspettativa che essa possa avere un effetto inducente. Su cosa si regge tale aspettativa? Ciò che deve essere indotto non è ancora una volta anzitutto l'indice di un'assenza di *un popolo* (certo da intendere come assenza di una sfera pubblica politica vitale)? Tali domande appaiono tanto più ineludibili se si tiene presente che nel contesto specifico l'attenzione di Habermas è diretta alla fondazione *normativa* dei requisiti funzionali per la formazione della volontà democratica. Il superamento di una concezione prepolitica e concretistica del popolo per farne un'istanza circolante e dispersa non mi pare aiuti a comprendere in definitiva su quale base si legittimerebbe la costituzione europea auspicata. O, meglio, richiederebbe che la promulgazione di una costituzione formale e la sola definizione del quadro istituzionale possa sostenere tutto il carico di legittimazione necessario, ma a quel punto non si comprende in relazione a cosa si dà un effetto inducente e che fine faccia la comprensione processuale della costituzione. Forzando i termini della questione, la difficoltà che emerge può essere ricondotta alla impossibilità dell'approccio teorico-discorsivo di pensare un atto costituente in qualche misura scisso (e scindibile) dallo sviluppo costituzionale⁶².

l'unica fonte di una “solidarietà tra estranei”. Intendo dire tra estranei che – rinunciando alla violenza e regolando cooperativamente la loro convivenza – si riconoscano anche il diritto di rimanere reciprocamente estranei», FN, p. 345. Da un punto di vista sistematico, questo sbilanciamento si ricava dalla relazione che Habermas pone tra principio di discorso e principio democratico: quest'ultimo è inteso come una specificazione del primo («rispetto a norme formulate in termini giuridici e giustificate con ragioni pragmatiche, etico-politiche e morali», FN, p. 126). Il principio di discorso ha dunque una sua “autonomia” (il cui nucleo logico è l’idea di imparzialità) e «assume la forma di principio democratico solo dopo essere stato istituzionalizzato sul piano del diritto», FN, p. 140.

⁶¹ FN, p. 5.

⁶² Si può certo sostenere che «in fondo, tutta la teoria habermasiana della democrazia ruota sull’analisi del “potere costituente” come astrazione, universalizzazione e decentramento. Democrazia è lo sviluppo storico del processo di autolegislazione, il trasformarsi di una (sempre nuova) “auto-autorizzazione” della cittadinanza» (L. Ceppa, *Nota del traduttore*, in J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica. Un’arringa per la solidarietà europea*, Laterza, Roma-Bari 2014), a patto di ammettere che una rottura rivoluzionaria non è più teorizzabile e si è calati in un *processo costituente permanente*. Cfr. su questo aspetto H. Hofmann, *Über Volkssouveränität*, cit., p. 866, che constata lucidamente come la comprensione teorico-

A questa difficoltà, si lega l'altra questione relativa al carattere inevitabilmente plurale che connoterebbe un'identità *europea*. Tra i vari aspetti, Habermas aveva sottolineato come «la cittadinanza democratica (...) istituisca una solidarietà tra estranei relativamente astratta e comunque giuridicamente mediata», precisando immediatamente che «si tratta di una forma d'integrazione sociale formatasi *a partire dallo stato nazione*, e che si realizza come un *contesto di comunicazione* coinvolgente in sé la socializzazione politica»⁶³. In tale prospettiva, come già visto, contro chi intende l'identità collettiva come un dato scisso dal processo democratico, egli ravvisa nel «contesto intersoggettivamente condiviso di un'intesa possibile» il vero fattore unificante di «una nazione di cittadini»⁶⁴. Insomma non ci sono dubbi sul fatto che Habermas ritenga la (ri)definizione democratico-comunicativa dell'identità collettiva come la chiave per comprendere la formazione delle identità nazionali, peraltro in piena concordanza col riferimento privilegiato che l'approccio ricostruttivo di *Fatti e norme* mantiene col contesto dello Stato nazionale.

Se fin qui l'argomentazione lascia intendere che Habermas voglia puntare in direzione di una analoga nazione europea, proprio la chiusa del saggio introduce un decisivo elemento di complicazione: «l'identità europea non può comunque significare nient'altro che una unità nella pluralità delle nazioni [*als Einheit in der nationalen Vielfalt*]. E forse il federalismo tedesco, così come si è sviluppato dopo l'abbattimento della Prussia e il riequilibrio delle confessioni religiose, potrebbe anche non essere il modello peggiore»⁶⁵. Si tratta di uno spunto non ulteriormente sviluppato e la cui ragionevolezza può apparire a prima vista fuori questione, sebbene al contempo risulti di difficile interpretazione sulla base di tutto quanto precede. Non solo ci si può chiedere in che senso l'identità europea *deve* essere intesa nel senso di un'identità plurale, ma anche in che senso ciò è pensabile – prima ancora che realizzabile – sulla scorta della griglia categoriale precedentemente dispiegata. Qui, infatti, si allude a una pluralità *costitutiva* che non è recuperabile oltre la già criticata finzione dell'omogeneità (intrinseca negli approcci sostanzialistici) con un generico richiamo all'eterogeneità. Non solo, ma essa non appare accostabile alle «differenti forme di vita culturali, religiose ed etniche»⁶⁶ che possono avere spazio in seno alla collettività democratica, ma

discorsiva sia segnata da una fondamentale «*begriffliche Entdifferenzierung*» che forclude la possibilità di una distinzione tra *potere costituenti* e *potere costituito*. Sul punto si veda inoltre T. Lieber, *Diskursive Vernunft*, cit., pp. 111-117.

⁶³ IA, p. 171.

⁶⁴ IA, p. 171.

⁶⁵ IA, p. 173.

⁶⁶ IA, p. 171.

proprio perché quest'ultima garantisce un livello diverso di socializzazione, sopraelevato e più astratto (Habermas qui allude alla realtà degli Stati uniti d'America).

Il richiamo preciso alla pluralità nazionale rinvia a una pluralità di contesti in cui per quanto in forma imperfetta – e attualmente in crisi – ha trovato espressione concreta e determinata l'autodeterminazione democratica. Se a questa dimensione e all'esigenza che non venga neutralizzata sembra allacciarsi la rivendicazione della natura plurale dell'identità, ad essa rimanda evidentemente anche il richiamo al federalismo. Del tutto oscura appare invece la modalità in cui gli elementi di unità e pluralità si possano coniugare all'interno di una forma politica qual è quella dello Stato federale *democratico*. In maniera del tutto conseguente poco prima era stato anche precisato come «da un punto di vista normativo, nessuno stato federale europeo potrà mai fregiarsi del nome di “Europa democratica” se, nell'ambito di una cultura politica condivisa, non si sarà prima formata una sfera pubblica integrata su scala europea, una società civile con propri gruppi d'interesse, organizzazioni non governative, movimenti civili ecc., nonché un sistema di partiti adeguato all'arena europea»⁶⁷. Il che corrisponde esattamente alla formazione di «un “contesto di comunicazione” trascendente i limiti delle sfere pubbliche finora circoscritte in senso nazionale»⁶⁸. Se tutto sembra deporre a favore della costituzione di un autonomo e sovraordinato contesto di comunicazione, in realtà la costituzione di uno Stato federale europeo non dovrebbe comportare la recisione del legame che legherebbe tra loro sfere pubbliche nazionali e, al di là di esse, la sfera pubblica europea (in via di formazione). Come questo sia non tanto realizzabile, ma anzitutto pensabile non può essere chiarito sulla base del testo habermasiano. Cosa osterebbe da un punto di vista squisitamente normativo in presenza di uno Stato federale europeo democratico al superamento o alla completa subordinazione delle realtà nazionali? E se si ammette che l'indicazione è legata all'assetto contingente dell'Europa – se si trattasse in altri termini di un suggerimento prudentiale – come fa la sfera pubblica europea a mantenere in sé le altre sfere pubbliche e a differenziarsi da esse?

3. Oltre lo Stato nazionale: le sfide di una democrazia postnazionale

L'accento posto sugli elementi di impasse appena emersi fornisce una traccia per seguire l'evoluzione degli scritti habermasiani sull'Europa. Nei

⁶⁷ IA, p. 172.

⁶⁸ *Ibidem*.

contributi successivi Habermas si occupa anzitutto di riordinare le coordinate teoriche fin qui descritte, muovendosi in una sostanziale continuità, ma provando anche a dare risposta alle difficoltà evidenziate. Il contributo più rilevante in tal senso rimane certamente *Die postnationale Konstellation*⁶⁹, del quale Habermas stesso ha posto in rilievo l'intento anzitutto scientifico che lo differenzia da altre prese di posizione sullo stesso tema – e lo ha indotto a non includerlo nella collana dei *Kleine Politische Schriften*⁷⁰. All'interno della raccolta spicca il saggio da cui essa prende il titolo: *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*⁷¹, in cui il tema costituito dal «futuro dell'Unione Europea» è oggetto del quarto paragrafo.

Un primo motivo, non solo teorico, che emerge con ancor maggior evidenza rispetto agli scritti precedenti è che la rilevanza attribuita al progetto europeo va compresa anzitutto a partire dalla considerazione di una serie di processi trasformativi che segnano la progressiva perdita di centralità degli Stati nazionali nel contesto globale⁷²: «le nostre società – costitutesi un tempo come nazionali ma oggi travolte dai processi di de-nazionalizzazione – stanno “aprendosi” nei confronti di una società mondiale già avviata sul piano economico»⁷³. L'attenzione rivolta all'Europa costituisce, in altri termini, un tentativo che prova a rispondere *politicamente* alle sfide riconducibili sotto l'etichetta di “globalizzazione”, opponendosi alla passiva adesione alla politica neoliberale e prospettandone un'alternativa. Si tratta in tal senso, secondo Habermas, di individuare anzitutto «quali forme debba assumere il processo democratico per oltrepassare i limiti dello Stato nazionale»⁷⁴. Il conflitto fondamentale concerne insomma una forma “politica”, quella neoliberale, tutta schiacciata sul lato individualistico della libertà, e quella forma, che Habermas chiama «repubblicana»⁷⁵, in cui autonomia privata e autonomia pubblica sono cooriginarie – come diffusamente argomentato in *Fatti e norme*⁷⁶.

⁶⁹ Cfr. J. Habermas, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1998. D'ora in avanti PK seguito dall'indicazione di pagina.

⁷⁰ Cfr. J. Habermas, *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII*, Suhrkamp, Berlin 2013, p. 8.

⁷¹ PK, pp. 91-169.

⁷² In realtà, si deve tenere presente che già la parte terza de *L'inclusione dell'altro* si interroga, per riprendere il titolo assegnatole da Habermas, su «quale futuro per lo Stato nazionale?». Ma elementi in tal senso, come visto, sono già presenti in *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*.

⁷³ J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, a cura di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano 1999, p. 33. D'ora in avanti CP seguito dall'indicazione di pagina.

⁷⁴ CP, p. 33.

⁷⁵ CP, p. 77.

⁷⁶ FN, p. 122 ss.

Se si tiene presente proprio il proposito di *Fatti e norme*, che precede di soli sei anni la pubblicazione de *La costellazione postnazionale*, tali considerazioni non possono in ogni caso che apparire sconcertanti. Nella *Prefazione* all'opera del 1992 la preoccupazione di Habermas deriva dalla constatazione del fatto che, perfino nelle democrazie più stabili, le tradizioni liberali non possono considerarsi al riparo dai rischi di una loro erosione. Sebbene in tali contesti i cittadini sembrino desiderare un rafforzamento della democrazia, permane un'inquietudine di fondo derivante dalla percezione che lo Stato di diritto, in un contesto politico ormai del tutto secolarizzato, non possa più essere garantito – né sul piano della sua realizzazione né su quello della sua conservazione – senza il sostegno di una forma di democrazia radicale. E proprio di questo vuole dare dimostrazione il libro⁷⁷. Se l'urgenza teorica fondamentale è precisamente quella di dimostrare che tra lo Stato di diritto e la democrazia sussiste un nesso concettuale fondamentale, nulla lascia intendere che lo spazio politico privilegiato per il superamento della “crisi” debba essere altro da quello dello Stato nazionale. A distanza di pochi anni – e la direzione appare chiara già in *L'inclusione dell'altro* – che la politica democratica possa essere riattivata attestandosi sul piano nazionale è messa risolutamente da parte: «la domanda che mi interessa», scrive Habermas, «è se per questa società globale sia desiderabile una nuova “chiusura” politica e – in caso affermativo – come la si possa attuare»⁷⁸.

Una delle difficoltà maggiori per provare a dare una risposta a questo quesito è di natura squisitamente concettuale e risiede nel carattere “paradosso” della situazione presente, che comporta un significativo elemento di complicazione rispetto alla pacifica trasposizione oltre lo Stato del modello (deliberativo) di democrazia:

Le tendenze che stanno rapidamente avviandoci a una costellazione postnazionale vengono da noi percepite come sfida politica solo in quanto le descriviamo ancora nell'ottica abituale dello Stato-nazione. Tuttavia, non appena prendiamo coscienza di questo fatto sentiamo minacciata proprio quella fiducia democratica senza la quale i conflitti non potrebbero apparirci come sfide (ossia come problemi in attesa di una soluzione politica). “Se infatti la sovranità statale viene concepita non più come indivisibile ma come condivisa da soggetti internazionali, se gli Stati non hanno più un controllo totale sul loro territorio, e se le frontiere territoriali e politiche diventano sempre più porose e permeabili, allora i principi fondamentali della democrazia liberale – cioè autogoverno, demos, consenso, rappresentazione e sovranità popolare – diventano tutti concetti problematici”⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. FN, p. 7.

⁷⁸ CP, p. 33.

⁷⁹ CP, p. 32.

Dalla constatazione habermasiana si evince non solo la crisi dello Stato-nazione, ma, perlomeno in prima battuta, anche l'assenza di strumenti teorico-concettuali specifici (cioè non più improntati all'ottica statal-nazionale), capaci di comprendere e, al contempo, di fornire un chiaro orientamento rispetto ai processi in corso. Come emerge con particolare evidenza nella trattazione dedicata all'Unione Europea, sebbene da un simile riscontro possa essere ricavata l'esigenza anzitutto teorica di un ripensamento radicale della concettualità democratica, cioè di sviluppare nuovi principi e nuovi concetti capaci di dare orientamento politico, la via intrapresa da Habermas è al contempo più tortuosa e, in un certo senso, più conservativa. Nella descrizione offerta da Habermas, la globalizzazione agisce sullo Stato nazionale anzitutto come un fattore esogeno capace di alterarne la normale funzionalità: essa «costringe (...) lo Stato nazionale ad aprirsi internamente a una pluralità di forme-di-vita culturalmente estranee (oppure nuove)» e «nello stesso tempo (...) riduce il raggio d'azione dei governi nazionali e costringe lo Stato sovrano ad aprirsi esternamente nei confronti dei regimi internazionali»⁸⁰.

Non è in questa sede possibile soffermarsi sull'articolata analisi dei fenomeni rubricati sotto l'etichetta di globalizzazione, la cui matrice fondamentale è di carattere economico-finanziario, ma le cui ricadute vanno ben al di là di questo ambito. L'aspetto da tener fermo nei riguardi della progressiva esautorazione dello Stato nazionale quale contesto storico in cui la democrazia è stata istituzionalizzata è infatti che non è desumibile «un automatico indebolimento dei requisiti funzionali o dei presupposti legittimanti del processo democratico in quanto tale»⁸¹. Ma Habermas si spinge un passo oltre, sostenendo la necessità «che la politica – nel rinascere a partire dai mercati globalizzati – s'incanali in forme istituzionali *che non ricadano dietro il livello rappresentato delle condizioni democratiche di legittimità e autodeterminazione*»⁸², affinché dall'effetto di chiusura, che una ri-politicizzazione oltre lo Stato comunque comporta, non derivino patologie sociali. È anzitutto sul terreno di una possibile democrazia “postnazionale” allora che Habermas situa la sua riflessione sull’Europa. Assumendo quale esempio di riferimento l’Unione Europea in quanto «prima figura di democrazia postnazionale», si tratta cioè di analizzare «i prerequisiti di una politica democratica che vada al di là dello Stato nazionale», operazione che Habermas assimila alla questione «dello sganciamento della democrazia dalle sue forme statal-nazionali d’implementazione»⁸³.

⁸⁰ CP, p. 64.

⁸¹ CP, p. 40.

⁸² CP, p. 64.

⁸³ CP, p. 70.

Habermas individua nel dibattito sull'Europa dell'epoca quattro posizioni che differiscono tra loro a seconda del differente grado di approvazione della democrazia postnazionale: euroskeptici, europeisti del mercato, eurofederalisti e fautori di una "global governance". In realtà, a ben vedere, le prime due si oppongono ad una democrazia europea, differenziandosi rispetto al giudizio sull'introduzione della moneta unica. Altro discorso per le seconde due posizioni: mentre «gli eurofederalisti mirano a trasformare gli accordi internazionali in una costituzione politica, al fine di dare legittimità alle decisioni soprannazionali» delle istituzioni europee, «i sostenitori della posizione cosmopolitica (...) vedono nell'Europa federale un semplice trampolino per istituire il regime di una futura "politica interna mondiale" poggiante su trattati internazionali»⁸⁴.

Habermas prosegue indicando quattro questioni rispetto alle quali si definisce la collocazione di ciascuna delle posizioni suddette. A quest'altezza emerge come in relazione alla possibilità di uno Stato federale europeo solo due siano decisive: la prima concerne la possibilità dell'Unione europea di «bilanciare la perdita delle competenze nazionali»⁸⁵, mentre la seconda (che è necessario tenere, scrive sempre Habermas, «analiticamente distinta») concerne invece la possibilità delle comunità politiche di «sviluppare una loro *identità collettiva* che vada al di là dei confini nazionali, realizzando in tal modo le condizioni di legittimità per una democrazia postnazionale»⁸⁶. Al di là della ricognizione delle posizioni contrapposte, si può registrare a questo proposito la continuità di fondo con quanto argomentato nella replica a Grimm, con una ancor maggiore insistenza sull'esigenza che la cessione di funzioni di governo al piano sovranazionale sia compensata in termini di legittimazione democratica⁸⁷.

Proprio in relazione a tale questione, è possibile ritrovare però una puntualizzazione relativa alla forma politica europea che sembra marcare una sorta di scarto con quanto visto in precedenza:

⁸⁴ CP, pp. 70-71, dove si deve tenere presente che «Europa federale» traduce «*einen Bundesstaat Europa*» (PC, p. 135), ovvero un "Europa come Stato federale".

⁸⁵ CP, p. 71.

⁸⁶ CP, p. 71.

⁸⁷ Habermas fa proprie le riflessioni del sociologo Claus Offe, traendole da un manoscritto inedito di quest'ultimo: «"Il rafforzamento delle capacità di governo delle istituzioni europee non è immaginabile senza un allargarsi della loro base, formalmente democratica, di legittimità" – E continua spiegando: "affinché possa entrare efficacemente in azione una politica europea integrata su più livelli, occorre che i cittadini d'Europa – inizialmente contrassegnati solo da un passaporto comune – imparino a riconoscersi reciprocamente come appartenenti a una stessa comunità politica, al di là dei loro confini nazionali. Né sul piano delle intenzioni né su quello dei risultati, essi devono poter ancora sospettare che i loro interessi siano fatti oggetto di offese irragionevoli da parte di membri delle altre nazioni europee"», CP, p. 73.

Il modello costituzionale di uno Stato federale nazionale [*eines nationalen Bundesstaates*], qual è ad esempio la *Bundesrepublik* tedesca non è immediatamente trasferibile a uno Stato di nazionalità federalisticamente costituito [*läßt sich nicht gewiß ohne weiteres auf einen föderalistisch verfaßten Nationalitätenstaat... übertragen*] che abbia le dimensioni dell'Unione europea. Non sarebbe possibile, e nemmeno desiderabile, livellare le identità nazionali degli Stati membri fondendoli insieme in una “nazione Europa”. Anche in un'Europa costituita in stato federale [*Auch in einem europäischen Bundesstaat*], per limitarci a questo punto importante, la seconda Camera dei rappresentanti dei governi manterebbe una posizione più forte che non il Parlamento dei rappresentanti del popolo direttamente eletto dai cittadini. Infatti, anche in una Unione politicamente *costituita* non potrebbero sparire del tutto gli elementi – oggi onnideterminanti – della trattativa [*Verhandlung*] e dell'accordo pragmatico [*Vereinbarung*] tra gli Stati membri⁸⁸.

Il passo sembra riprendere direttamente le conclusioni della replica a Grimm, fornendone un chiarimento in termini di assetto istituzionale, ovvero assegnando una posizione privilegiata al Consiglio, così come alle trattative e agli accordi – rispetto alla modalità discorsiva di intesa. Se non sussistono dubbi rispetto al fatto che la risposta alla *deregulation* neoliberale sia ritenuta possibile solo in presenza a livello europeo di un'istituzione analoga a quella statale⁸⁹, alla luce del quadro istituzionale delineato si fatica a capire in che senso corrisponda ai requisiti di legittimità democratica. Per limitarsi alla centralità che avrebbero le trattative, è da ricordare come in *Fatti e norme*, per esempio, Habermas attribuisca loro un ruolo nella formazione dell'opinione e della volontà politica discorsivamente strutturata.

In quest'uso linguistico essenzialmente proteso al «perseguimento strategico di effetti perlocutivi»⁹⁰, il principio di discorso mirante all'intesa può intervenire tuttavia solo indirettamente e in vista non di un'intesa reciproca, ma di «un accordo procedurale tra attori che sono “detentori di potere”»: anche nelle trattative è necessario che le parti riconoscano tra loro una posizione di equità, ma come rileva Habermas questa forma esterna della comunicazione si contrappone a quella interna, la cui finalità resta quella del compromesso. Non a caso, in relazione allo Stato democratico di diritto e, in particolare, alla strutturazione della procedura legislativa, ciò che viene messo a tema è sempre l'istituzionalizzazione di forme discorsive e di trattativa. Premesso allora che per comprendere il senso delle istituzioni nell'ambito

⁸⁸ CP, p. 83.

⁸⁹ Questo rimanda in effetti alla possibilità di attuare politiche redistributive: «incisive politiche di questo tipo sarebbero senz'altro immaginabili nell'ambito dell'Unione europea se questa, al di là della sua composizione multinazionale e della forte posizione dei governi nazionali, venisse ad assumere *una qualità statale*», CP 92.

⁹⁰ FN, p. 187 – con esplicito richiamo a John Elster.

dello Stato democratico di diritto il modello del discorso resta la chiave di volta, non si capisce come da un punto di vista *normativo* uno Stato federale europeo “democratico” dovrebbe costituirsi secondo il modello istituzionale sopra visto, tanto più di fronte all’assunto per cui «l’ampliarsi della capacità di azione politica deve andare di pari passo con l’allargamento della base di legittimità delle istituzioni europee»⁹¹.

Questa perplessità non è peraltro fugata dalla restante trattazione, dove Habermas, invece di insistere sull’elemento (che potremmo chiamare) *federale* dell’unità politica europea, sostiene l’esigenza di superare la forma trattato attraverso una «“Carta” analoga alla Legge fondamentale tedesca»⁹² e ripropone le critiche ai sostenitori della tesi “no demos” (con esplicito richiamo al suo confronto con Grimm), già considerate in precedenza. Per riuscire a controllare gli effetti derivanti dalla *deregulation* neoliberale, si legge, «occorrerebbe (...) trasferire a un governo europeo ulteriori diritti di sovranità, riservando agli Stati nazionali soltanto quelle competenze normative che non possano danneggiare le questioni “interne” degli Stati membri»⁹³. E di qui allora, di nuovo, la necessità di superare le modalità di accordo intergovernative mediante «un procedimento di legittimazione democratica che oltrepassi i vari diritti elettorali nazionali e le varie “sfere pubbliche” nazionalmente segmentate»⁹⁴. Insomma, se il termine polemico fondamentale è costituito dalla politica neoliberale che si tratta rimettere sotto controllo politico, il quadro istituzionale dello Stato federale europeo precedentemente delineato può riferirsi al massimo a una fase transitoria di un processo tendente a uno Stato federale pienamente democratico.

In realtà, stante il fatto che è in termini statali che Habermas continua a pensare l’unità politica europea⁹⁵, nonostante gli elementi di complicazione emersi, resta comunque difficile comprendere in questa fase «come uno Stato europeo si differenzierebbe fondamentalmente da uno Stato federale

⁹¹ CP, p. 84.

⁹² CP, p. 85.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ CP, p. 83.

⁹⁵ A ulteriore riscontro di quest’ultimo punto, in un testo coevo Habermas parla sempre di «*eine aus verschiedenen Nationalstaaten zusammenwachsende Union, die selber staatlichen Charakter gewinnt*» («un’Unione che cresce insieme a partire da diversi Stati nazionali e che acquista essa stessa carattere statale»), J. Habermas, *Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung*, in U. Beck, (hrsg.), *Politik der Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1998, p. 74. Anche qui viene ribadito che un’unione di questo tipo può impiegare efficacemente la propria capacità regolativa (*Steuerungskapazität*) «solo se con l’armonizzazione delle condizioni di vita riesce al contempo a favorire un impulso integrativo di altro tipo». Habermas intende con ciò l’estensione della solidarietà civica, come visto, senza la quale una politica redistributiva efficace appare inimmaginabile.

convenzionale»⁹⁶ oltre le possibili configurazioni transitorie che appaiono essere in tensione con l’assetto democratico che lo dovrebbe connotare. Anche ammettendo un processo di sviluppo comune, che dagli Stati nazionali porti in direzione di un’Unione, non si capisce come e perché la pluralità debba essere conservata se questa Unione deve essere uno Stato. Al di là della necessità di superare l’elemento nazionale attraverso una riflessione centrata sul tema dell’identità che la liberi dai connotati sostanzialistici e la reinterpreti in chiave discorsivo-comunicativa, infatti, la riflessione habermasiana non fornisce ulteriori precisazioni, non si spinge cioè non solo in direzione di una di nuove categorie – benché tale esigenza emerga da un punto di vista immanente alla proposta in relazione alla crisi “postnazionale” – ma neppure sviluppa gli “innovativi” elementi propriamente federali. Se, infatti, la confutazione delle concezioni concretistiche o sostanzialistiche del popolo non procede attraverso la mera contrapposizione di un’idea più plausibile di popolo, ma è intesa come la decifrazione della principale caratteristica e dell’effettiva struttura delle nazioni moderne medesime, è lecito domandarsi ancora in che senso lo Stato federale europeo alla fin fine si connoterebbe in modo differente da un tradizionale Stato nazionale, una volta che su di esso deve risultare trasponibile proprio questo concetto di popolo.

4. Stato di nazionalità federalisticamente strutturato e transnazionalizzazione delle sfere pubbliche

La propensione di Habermas a interpretare il processo di integrazione europea come il processo di costruzione di uno Stato permane negli scritti che precedono la mancata ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa a seguito del voto sfavorevole nelle votazioni svoltesi in Francia e nei Paesi Bassi. Prima di passare a considerare l’altro scritto di cui Habermas riconosce esplicitamente l’intento scientifico, ovvero *Zur Verfassung Europas*, vorrei soffermarmi solo su alcuni profili di continuità e di ulteriore complicazione della proposta habermasiana che appaiono rilevanti per cogliere gli elementi di novità introdotti proprio in quello scritto.

Un primo profilo si allaccia alla modalità in cui Habermas inquadra la questione costituzionale europea nella fase in cui venne istituita con la Dichiarazione di Laeken la Convenzione europea sul futuro dell’Europa – che produrrà il progetto di revisione dei trattati fondativi dell’UE denominato *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*. Osserva così Habermas

⁹⁶ J. Lacroix, *Does Europe Need Common Values? Habermas vs Habermas*, «European Journal of Political Theory», vol. 8, n. 2, p. 145.

nelle battute iniziali di un contributo intitolato *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in cui, rimodulato, riecheggia il quesito grimmiano⁹⁷:

La nostra situazione non è paragonabile a quella dei *Federalists* o dei membri dell'*Assemblée Nationale*. Alla fine del XVIII secolo, i Padri fondatori di Filadelfia e i rivoluzionari francesi dettero inizio a una prassi straordinaria che il mondo non aveva mai conosciuto prima. Invece, dopo due secoli di prassi costituente, noi stiamo battendo vie già note, e la questione costituzionale non rappresenta più la chiave di volta per i problemi che dobbiamo risolvere. *La sfida non consiste tanto nell'inventarsi qualcosa di nuovo, quanto piuttosto nel conservare, in formato diverso, le grandi conquiste dello Stato nazionale europeo superandone i confini*. Nuova è solamente l'entità che nascerà per questa via⁹⁸.

Si tratta di una considerazione che si muove sulla falsariga di quanto già visto. Se, in tale prospettiva, non deve sorprendere l'assenza di «un dibattito costituzionale ispirato»⁹⁹, come lamentato da autorevoli politologi come Larry Siedentop, Habermas nondimeno non appare con ciò sottintendere che la *nuova entità* debba essere qualcosa d'altro da uno Stato federale. In tale prospettiva, l'Unione Europea è assunta come esempio per esaminare le condizioni e la modalità in cui è configurabile una politica democratica che vada al di là dello Stato nazionale senza che tuttavia il riferimento allo Stato come istituzione, nella sua versione federale, venga meno o sia di per sé considerato come problematico per delineare la finalità dell'integrazione politica. Si devono anzi superare le perplessità sollevate sempre da Siedentop sull'opportunità stessa di un esplicito richiamo al federalismo, espresse a partire dall'ipotesi che un'inedita forma di unità politica possa scaturire dal processo di integrazione¹⁰⁰. Del resto, nonostante la forma di governo federale configurata da Habermas intenda sempre attribuire un ruolo di primo piano agli

⁹⁷ J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in Id., *Tempo di passaggi*, a cura di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano 2004, pp. 57-80.

⁹⁸ Ivi, p. 58.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Habermas riporta per esteso il seguente passo tratto da *Democracy in Europe* di Siedentop: «Per un grande dibattito costituzionale non c'è nessun bisogno di dichiararsi a favore del federalismo quale scelta migliore per l'Europa. Questo dibattito potrebbe invece rivelare che l'Europa sta inventandosi una nuova forma politica, qualcosa che è più di una Confederazione e meno di una Federazione, ovvero un'associazione di stati sovrani che coniugano le loro sovranità solo in aree molto ristrette e a livelli variabili, un'associazione che non intende acquisire il potere coercitivo per agire direttamente sugli individui nel modo in cui lo fanno gli stati nazionali», Ivi, p. 58. È da notare che la citazione omette l'ulteriore ipotesi di Siedentop, ovvero che «even if federalism is the proper goal for Europe, such goal must be pushed well into the future – for the immediate need is to firm up or create democratic political cultures within member states as a preliminary to creating such a culture on a European-wide basis», L. Siedentop, *Democracy in Europe*, Allen Lane, London 2009, p. 2.

Stati nazionali, Habermas in questa fase non si appropria della denominazione di cui si era servito Joschka Fischer, ovvero «*Föderation*», in antitesi sia a Confederazione sia a Stato federale¹⁰¹. Habermas allude esplicitamente (richiamandosi a Claus Offe) a «un processo di state-building a livello europeo, che tuttavia non dovrebbe più orientarsi al vecchio modello dello Stato nazionale» – per poi interrogarsi se l’Unione possa o meno «assumere le caratteristiche di uno Stato»¹⁰². Anche qui in altri termini l’eventuale concretizzazione di uno Stato federale europeo – altro sia da uno Stato nazionale sia da una Confederazione – può trovare conferma o smentita, da un lato, nella possibilità o meno di controbilanciare le competenze perdute nell’ambito degli Stati nazionali recuperandole su un livello diverso e, dall’altro lato, in quella di costruire e sviluppare un’identità collettiva plurale europea.

Proprio in relazione a quest’ultimo aspetto, si deve tuttavia registrare una diversa modalità di intendere la costituzione della sfera pubblica politica europea:

Non dobbiamo immaginarci la sfera pubblica europea, ora mancante, come una semplice proiezione ingrandita della sfera pubblica interstatale. Essa può infatti originarsi solo a partire dall’apertura *reciproca e spontanea* dei circoli comunicativi delle arene nazionali. L’immagine di un “sovraporsi” delle sfere pubbliche nazionali a opera di una “supersfera” europea è fuorviante, in quanto rinvia alla stratificazione (regionale, nazionale, federale) dei livelli in cui si è finora formata l’opinione politica. Al contrario, le comunicazioni nazionali dovrebbero tradursi l’una nell’altra e intrecciarsi reciprocamente in modo tale che i contributi rilevanti possano essere osmoticamente assorbiti e importati dalle arene altrui¹⁰³.

Questa ridefinizione delle coordinate genetiche della sfera pubblica europea risponde alla difficoltà precedentemente rilevata di intenderne la strutturazione costitutivamente plurale. Habermas si esprimerà in seguito anche in termini di «*transnazionalizzazione* delle sfere pubbliche nazionali

¹⁰¹ Cfr. J. Fischer, *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, «*Integration*», vol. 23, n. 3, pp. 149-156 (discorso tenuto presso l’Università Humboldt di Berlino il 12 maggio del 2000). Sulle possibili ragioni di questa mancata appropriazione da parte di Habermas in questa fase, cfr. A. Arato, *Europa und Verfassung*, in H. Brunkhorst, R. Kreide, C. Lafont (hrsg.), *Habermas Handbuch*, J.B. Metzler, Stuttgart-Weimar 2009, p. 265.

¹⁰² J. Habermas, *Perché l’Europa ha bisogno di una costituzione?*, cit., p. 69.

¹⁰³ Ivi, p. 72. Cfr. inoltre J. Habermas, *La creazione di un’identità europea è necessaria e possibile?*, in Id., *L’Occidente diviso*, a cura di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 53-70; e Id., *La democrazia ha anche una dimensione epistemica? Ricerca empirica e teoria normativa*, in Id., *Il ruolo dell’intellettuale e la causa dell’Europa*, a cura di C. Mainoldi, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 104-107. Il fatto che in quest’ultimo saggio Habermas dedichi alla questione solo un breve poscritto ha forse un valore sintomatico.

esistenti»¹⁰⁴. In tal senso, allora, la questione non è più la produzione immediata e “dal nulla” di una nuova sfera pubblica europea, altra e separata da quelle nazionali, ma, per un verso, come è possibile operare un’apertura delle sfere nazionali affinché i temi europei trovino accesso e circolino e, per altro verso, se, così costituita, essa risponda al fabbisogno di legittimazione di uno Stato federale. Nelle battute conclusive, Habermas indica anche una possibile traduzione istituzionale nell’«idea di un collegamento trasversale tra i parlamenti nazionali»¹⁰⁵ realizzata attraverso l’inclusione nel Parlamento europeo di rappresentanze nazionali. Se il punto è quello di un’apertura *reciproca e spontanea* delle sfere pubbliche nazionali in ragione dell’assenza di una sfera pubblica europea, la domanda che tuttavia ci si deve porre è in che termini una costituzione europea con i suoi «effetti catalizzatori»¹⁰⁶ possa essere funzionale a questo scopo. Tanto più se è vero, come sostiene Habermas, che «il processo costituente è (...) in sé stesso, uno strumento assai efficace per una comunicazione *oltrepassante* le frontiere nazionali. Esso ha in sé il potenziale di una *self-fulfilling prophecy*»¹⁰⁷. Esso risulta, cioè, ancora una volta utile alla produzione di un livello di comunicazione sovraordinato – con tutti i problemi di (auto)legittimazione della costituzione già visti. Ci si deve allora chiedere se sotto il profilo costituzionale non siano necessarie altre forme per favorire e stabilizzare una cooperazione strutturale tra le realtà politiche coinvolte.

Come confermato da contributi successivi di natura più “sistematica”, dalla prospettiva habermasiana la questione della finalità sembra attestarsi in definitiva nella delineazione di un’alternativa tra Stato federale e organizzazione sovranazionale. Interrogarsi sulla finalità del processo di unificazione europea significa, infatti, chiedersi «se l’Unione Europea si evolverà in uno Stato di nazionalità federalisticamente strutturato, con forti differenziazioni interne, oppure se continuerà a permanere, senza assumere qualità statale, al livello d’integrazione di un’organizzazione sovranazionale concordata fra le nazioni»¹⁰⁸. Se in base a quanto visto fin qui, la declinazione in positivo di una politicizzazione sul piano europeo corrisponde ad un processo di state-building, molto più cauti sono i termini in cui Habermas si esprime in un testo successivo favorevole all’idea di un’integrazione graduale, in cui al contempo sono evidenziati i limiti di quel Trattato di Lisbona di cui di lì a poco sarebbe iniziato il processo di ratifica. Habermas lamenta il fatto che la

¹⁰⁴ J. Habermas, *La democrazia ha anche una dimensione epistemica?*, cit., p. 106.

¹⁰⁵ Id., *Perché l’Europa ha bisogno di una costituzione?*, cit., p. 80.

¹⁰⁶ Ivi, p. 71.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ J. Habermas, *Una costituzione politica per la società pluralistica mondiale?*, in Id., *Tra scienza e fede*, a cura di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 220.

modalità elitaria in cui sono state condotte le trattative per redigere il testo del trattato ha lasciato indecisa proprio la questione relativa alla *finalité* del processo di integrazione. Tuttavia, nel descrivere la posizione di coloro che sono favorevoli all'integrazione, dopo aver ribadito che «uno Stato nazionale di assetto federale come la Germania non può costituire un modello per una Unione di ventisette, presto ventotto e più Stati nazionali, tutti parimenti consapevoli della loro lingua e della loro storia», precisa: «gli integrazionisti non hanno per obiettivo uno Stato federale, ma *istituzioni e procedure che rendano possibile una comune politica estera di sicurezza internazionale su fondamenta democratiche*, oltre a una graduale armonizzazione delle politiche fiscali ed economiche e un allineamento delle politiche sociali»¹⁰⁹. Sebbene nell'economia di questa presa di posizione Habermas potrebbe aver indicato con ciò una sorta di arretramento difensivo delle tesi degli integrazionisti (considerato anche il fatto che ci troviamo pur sempre all'indomani della mancata ratifica del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*), che però fondamentalmente non condivide, in realtà questo venir meno del riferimento allo Stato interviene a circoscrivere la “svolta” inaugurata dallo scritto del 2011, *La crisi dell'Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Saggio sulla costituzione dell'Europa*¹¹⁰.

5. L'Unione Europea come Federazione democratica

Fin dalla *Prefazione* al volume in cui è raccolto il saggio sulla crisi e la costituzione, Habermas afferma recisamente quanto segue: «la giustificata opposizione al difficoltoso percorso verso il federalismo esecutivo di stampo burocratico si impantana nell'*alternativa priva di prospettive* fra lo Stato nazionale e lo Stato federale europeo. Né è meglio un federalismo vago che neghi in modo indistinto questa falsa alternativa»¹¹¹. Il tentativo di comprendere il processo di costituzionalizzazione europeo e pensare una transnazionalizzazione della democrazia deve allora procedere da un radicale ripensamento della forma politica europea, poiché «non è sufficiente l'informazione in negativo che l'Unione non si possa definire né come una Confederazione

¹⁰⁹ J. Habermas, *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, cit., p. 25 (corsivo mio).

¹¹⁰ In J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, trad. it. C. Mainoldi, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 33-111. D'ora in avanti CUE seguito dall'indicazione di pagina.

¹¹¹ CUE, p. IX. Successivamente Habermas ribadisce: «Invero noi saremo ingarbugliati nei prossimi passi politico-costituzionali, sinché ci muoveremo nello spettro concettuale oscillante fra Confederazione di Stati e Stato federale o ci accontenteremo di respingere in maniera vaga questa alternativa», CUE, p. 51.

di Stati né come uno Stato federale»¹¹². La democrazia sovranazionale, infatti, non implica più in alcun modo il passaggio agli Stati Uniti d’Europa. L’indicazione non potrebbe essere più netta e rappresenta una costante della riflessione che ritorna in tutti i successivi contributi habermasiani sull’Europa¹¹³. Per riferirsi all’Unione, Habermas si serve di espressioni come «comunità sovrastatale»¹¹⁴, ovvero «comunità federativa destatalizzata»¹¹⁵ («ein überstaatliches (...) Gemeinwesen», ovvero «ein entstaatlichtes föderatives Gemeinwesen»¹¹⁶). Ma a proposito della forma in cui si concretizza la transnazionalizzazione della sovranità popolare, egli parla di «Federazione democratica di Stati nazionali»¹¹⁷ («demokratischer Bund von Nationalstaaten»¹¹⁸).

Se si considera la mobilitazione del lessico “federale” nel complesso dello scritto, un ulteriore aspetto da rilevare riguarda il fatto che Habermas si serve del termine “federalismo” per indicare anche quella che è presentata al contempo come alternativa alla transnazionalizzazione della democrazia e come ciò che quest’ultima ha l’obiettivo di addomesticare, ovvero il cosiddetto «*Exekutivföderalismus*»¹¹⁹. Con questo termine Habermas intende infatti il «modello di un esercizio postdemocratico del potere»¹²⁰ e, più in particolare, allude a quella forma di «svuotamento intergovernativo della democrazia»¹²¹ che ha operato a livello europeo in risposta alla crisi finanziaria del 2008. Si tratta, dunque, di una forma di federalismo nella quale i titolari di potere esecutivo (nazionale), teoricamente preposti a dare esecuzione alla legge, danno vita ad una funzione legislativa sovraordinata rispondente alla razionalità tecnocratica imposta dagli attori dominanti del sistema economico-finanziario¹²². Nella prassi instauratasi in modo particolarmente chiaro per la gestione della crisi del 2008, si verifica insomma che «i capi di governo, sotto la

¹¹² CUE, p. 59.

¹¹³ Cfr. almeno J. Habermas, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staaten-gleichheit im supranationalen Gemeinwesen. Eine Notiz aus Anlass der Frage nach der Legitimität der ungleichen Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament*, «Der Staat», vol. 53, n. 2, 2014, pp. 167-192; Id., *Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist*, «Leviathan», vol. 42, n. 4, 2014, pp. 524-538. Id., *Nella spirale tecnocratica*, cit.

¹¹⁴ CUE, p. 60.

¹¹⁵ CUE, p. 65.

¹¹⁶ J. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin 2011, pp. 63 e 68 rispettivamente. D’ora in avanti ZVE seguito dal numero di pagina.

¹¹⁷ CUE, p. 42.

¹¹⁸ ZVE, p. 47.

¹¹⁹ ZVE, pp. 8, 43, 48, 81.

¹²⁰ CUE, p. VIII.

¹²¹ CUE, p. VIII.

¹²² Cfr. J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica*, cit.

minaccia di sanzioni, debbano nei loro parlamenti nazionali dar vita a maggioranze per tutto ciò che hanno concordato con i loro colleghi a Bruxelles»¹²³ esautorando *de facto* le prerogative dei parlamenti nazionali stessi. Vi sono due aspetti di questa forma di federalismo che appaiono di particolare interesse: il primo concerne il fatto che le basi giuridiche affondano in quello stesso Trattato di Lisbona a partire dal quale Habermas intende muovere per articolare la propria proposta; il secondo è che quella attuale è ancora una forma imperfetta, nel senso che presenta al proprio interno ancora degli elementi di resistenza¹²⁴. Il suo sviluppo significherebbe un accrescimento dei poteri del Consiglio. In un contesto di questo tipo, Habermas giudica del tutto insoddisfacente la proposta di un'elezione diretta del Presidente dell'Unione Europea che, scrive, «non sarebbe molto più di una foglia di fico per coprire una tecnocratica autoinvestitura di un Consiglio Europeo che con le sue informali decisioni vorrebbe governare mettendo in non cale i Trattati»¹²⁵. Anche alla luce di quanto visto in precedenza (vale a dire il quadro istituzionale delineato nello scritto sulla costellazione postnazionale), non si deve in ogni caso perdere di vista che la Federazione immaginata da Habermas contiene in sé questo preciso riferimento polemico.

Prima di considerare il modo in cui Habermas declina la propria proposta di una Federazione non statale, può risultare utile provare a situarla in relazione ad altre proposte presenti nel dibattito che hanno mirato al superamento della dicotomia Stato federale-Confederazione di Stati¹²⁶. Sotto questo profilo, Habermas si dimostra sensibile in modo particolare nei confronti di quei tentativi di pensare federalisticamente l'Europa – e, più in generale, i complessi ordinamenti politico-giuridici sovrastatali – che hanno guardato con interesse e teso al recupero critico della *Verfassungslehre des Bundes*

¹²³ CUE, p. VIII.

¹²⁴ Scrive infatti Habermas: «Tutti i segni indicano che i due personaggi [Nicolas Sarkozy e Angela Merkel] vorrebbero trasformare il federalismo esecutivo *progettato nel Trattato di Lisbona* in un *dominio intergovernativo* – in direzione contraria allo spirito del Trattato – del Consiglio Europeo. Su questa via di un controllo centrale da parte del Consiglio Europeo potrebbero trasmettere gli imperativi del mercato ai bilanci nazionali. E qui, accordi presi senza alcuna trasparenza e privi di forma giuridica dovrebbero essere imposti agli esautorati parlamenti nazionali con l'ausilio di minacce di sanzioni e di pressioni varie. I capi di governo in tal maniera stravolgerebbero il progetto europeo nel suo contrario», CUE, pp. 80-81.

¹²⁵ CUE, p. 37.

¹²⁶ Sulla necessità di andare oltre tale dicotomia, si vedano G. Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, cit.; G. Duso, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in G. Duso, M. Bertolissi, A. Scalzone (a cura di), *Ripensare la costituzione* cit., pp. 183-210; M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 134-148; cfr. *infra*, capitolo quarto.

schmittiana¹²⁷. Sebbene questi ultimi intendano la Federazione come una forma costituzionale autonoma, ovvero come un ordinamento sovrastale duraturo/permanente, la cui caratteristica principale è quella di porsi alla base di un'unità politica complessa («*a political union of political unions*»¹²⁸) in cui la relazione tra le parti che la costituiscono è di tipo eterarchico – e, in tal modo, colgano descrittivamente il tratto innovativo e non-statale dell'Unione –, Habermas ritiene che, in virtù di un'ipoteca schmittiana, tali approcci non facciano adeguatamente i conti con la questione della legittimazione di un'entità di questo tipo¹²⁹. Già Hauke Brunkhorst, aveva ricondotto le difficoltà del recupero della idea schmittiana di *Bund* all'impossibilità di sollevare sensatamente al suo interno la questione della legittimazione democratica¹³⁰. In particolare, il limite della teoria schmittiana del *Bund* è ravvisato nell'assenza costitutiva di un riferimento alla dimensione legittimante assunta dai cittadini e dalla dipendenza da un concetto jellinekiano di Stato che nel complesso precluderebbe l'accesso alla doppia fonte di legittimazione di quella nuova formazione evolutiva di organizzazione sopranazionale che sarebbe l'Unione¹³¹. Habermas evidenzia come il «ricorso, consueto in questo contesto, alla *Verfassungslehre des Bundes* di Carl Schmitt evita la questione

¹²⁷ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, pp. 473-511 (§§ 29-30). Per il recupero del concetto di *Bund* in relazione al dibattito sull'Europa, si vedano almeno: C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, «Archiv des öffentlichen Rechts», vol. 129, n. 1, 2004, pp. 81-120; R. Wahl, *Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*, «JuristenZeitung», vol. 60, n. 19, 2005, 916-925; O. Beaud, *Théorie de la fédération*, PUF, Paris 2007; R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, London-New York 2009; J. L. Cohen, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legitimacy, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2012; S. Oeter, »Föderation« oder »Bund« als Oberbegriff. *Erscheinungsformen des Föderalen jenseits von Bundesstaat und Staatenbund*, in E.M. Hausteiner (hrsg.), *Föderalismen*, Nomos, Baden-Baden 2016, pp. 235-266.

¹²⁸ P. Niesen, *The "Mixed" Constituent Legitimacy of the European Federation*, «Journal of Common Market Studies», vol. 55, n. 2, 2017, pp. 183. Con ancor maggior precisione di deve parlare di «unità costitutivamente plurale», G. Duso, *Pensare il federalismo: tra categorie e costituzioni*, in Id., A. Scalzone (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Polimetrica, Monza 2010, p. 86.

¹²⁹ Habermas rimanda nello specifico al saggio di Schönberger (cfr. *supra*, nota 127). Anche se con esiti diversi da quello habermasiano, il tentativo di porre la questione della legittimazione nel contesto del *Bund* è già presente in U.K. Preuss, *Europa als politische Gemeinschaft*, in G.F. Schuppert, I. Pernice, U. Haltern (hrsg.), *Europawissenschaft*, Nomos, Baden-Baden 2005, pp. 489-540.

¹³⁰ Cfr. *infra*, pp. 164-165.

¹³¹ Cfr. H. Brunkhorst, *A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution*, in E.O. Eriksen, J.E. Fossum, A.J. Menendez (eds), *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London-New York 2004, pp. 90-108.

della legittimazione della Federazione»¹³². Nell'intreccio tra il tentativo di pensare una forma politica federale non statale con il tema della transnazionalizzazione della democrazia va dunque ravvisato lo specifico contributo habermasiano a questo dibattito sul federalismo europeo.

Rispetto a tale questione, si registra inoltre l'ulteriore sforzo habermasiano di smarcarsi dai modelli che hanno declinato il tema della legittimazione democratica in termini di *demos*-crazia. Il limite di tali approcci risiederebbe nell'occultamento che producono del deficit democratico delle istituzioni europee, attraverso l'elevazione dello *status quo* a standard normativo. Habermas parla senza mezzi termini di un'operazione di mera «cosmesi semantica»¹³³. L'aspetto da tenere presente è che a risultare evidentemente problematico agli occhi di Habermas è, fondamentalmente, lo stravolgimento dell'idea di autodeterminazione democratica che conseguirebbe nel tentativo di valorizzare l'elemento della pluralità, ovvero nell'affermazione di poter e dover fare a meno del riferimento a un *demos* (unitario) per mettere a fuoco la questione della legittimazione dell'Unione. I sostenitori della *demos*-crazia ritengono, tuttavia, che un ripensamento radicale del significato della democrazia (della cittadinanza e dell'identità politica, in primis) sia necessario (e perfettamente coerente) proprio nel momento in cui si prende atto che l'UE non è uno Stato-nazione: «I principi post-nazionali della comunità non creano una replica dello Stato-nazione, ma un'alternativa ad esso, in cui la cittadinanza deve essere concettualmente recisa dalla nazionalità. (...) L'idea di demoicrazia europea è quindi una versione radicale di questo, che porta alla loro logica estrema le implicazioni del pluralismo e del rifiuto delle politiche identitarie»¹³⁴. La determinazione dell'Unione come demoicrazia fa leva allora, da un lato, sugli Stati nazionali, in quanto membri dell'Unione, come vettori di democrazia, dall'altro, sulle strutture di apertura,

¹³² CUE, p. 63 – con esplicito richiamo al saggio di Schönberger – dove prosegue sostenendo che «infatti Schmitt dissolve la questione normativa di chi regga il potere costituente “del popolo”; diversamente da Madison egli ha dinanzi agli occhi le forme predemocratiche di Federazione e si limita ai processi politici di decisione all'interno della Federazione costituita». Che il senso della dottrina schmittiana del *Bund* possa essere liquidato in questi termini è perlomeno dubbio.

¹³³ J. Habermas, *Per una democrazia transnazionale*, «Micromega», n. 3, 2014, p. 16: «Finora la letteratura scientifica ha cercato di trattare questo refrattario problema (come transnazionalizzare giuridicamente la democrazia nella figura di una comunità che sia, nello stesso tempo, federale e soprnazionale?) con semplici operazioni di cosmesi semantica. Molte proposte cercano astutamente di compensare i deficit democratici mettendo sotto una luce più lusinghiera l'abbassamento degli standard democratici».

¹³⁴ K. Nicolaïdis, *Our European Demoi-cracy. Is this Constitution a Third Way for Europe?*, in Id., S. Weatherill (eds), *Whose Europe? National Models and the Constitution of the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2003, p. 144.

riconoscimento e interazione tra le parti democratiche, così da dare consistenza all’idea “democrazia di democrazie”.

Alla luce di quanto visto fin qui, per mettere a fuoco la modalità in cui si declina la proposta habermasiana di pensare una Federazione destatalizzata e democratica è indispensabile partire dall’operazione che rende concettualmente possibile «ampliare le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale»¹³⁵. Sebbene l’esplicito tentativo di pensare ad una Federazione (non statale) potrebbe lasciar legittimamente presagire – a questo punto – anche al ricorso ad un concetto di democrazia radicalmente diverso da quello che era proprio degli Stati nazionali, è Habermas stesso a ribadire l’intenzione di attenersi a un concetto moderno di democrazia pregnante e ben determinato, muovendosi sotto questo profilo in assoluta continuità con tutta la sua riflessione precedente:

Prima di fare chiarezza su un possibile disaccoppiamento del procedimento democratico dello Stato nazionale, dobbiamo sapere che cosa vogliamo intendere per democrazia. *Autodeterminazione democratica significa che i destinatari di leggi cogenti ne sono al tempo stesso gli autori.* Queste procedure debbono la loro forza legittimante per un verso all’inclusione (comunque organizzata) di tutti i cittadini nei processi politici decisionali e, per un altro verso, all’accoppiamento delle decisioni della maggioranza (all’occorrenza qualificata) con il formarsi di un’opinione deliberativa¹³⁶.

Nel concetto di democrazia come autodeterminazione (nel senso appena riportato) sarebbe già contenuta *in nuce*, non solo la possibilità del suo disaccoppiamento dallo Stato, ma anche l’esigenza stessa della sua proiezione oltre gli Stati nazionali esistenti, senza che con ciò la forma politica sovrastatale debba assumere a sua volta i caratteri statuali.

Come si evince da alcuni contributi recenti in cui Habermas si è prodotto in uno sforzo di autoriflessione sull’approccio teorico-discorsivo impiegato in *Fatti e norme* allo scopo di chiarirne gli elementi utili per (ri)pensare la costituzionalizzazione oltre lo Stato, permane a tale riguardo un forte ed esplicito recupero degli esiti in cui l’analisi in quella sede è culminata in riferimento al contenuto normativo dello Stato democratico di diritto. Nonostante lo Stato nazionale costituisse ancora il riferimento privilegiato dell’opera del 1992, il merito di quest’ultima consiste, secondo Habermas, nell’aver portato l’analisi ricostruttiva a un livello d’astrazione tale da rendere possibile separare l’idea di costituzione democratica da quella di Stato. Reinterpretando lo Stato democratico di diritto in chiave teorico-discorsiva,

¹³⁵ CUE, p. 47.

¹³⁶ CUE, p. 45.

diventerebbe evidente l'irrinunciabile forza razionalizzante e civilizzatrice – in grado cioè di neutralizzare ogni componente di arbitrio e violenza – derivante dalla giuridificazione democratica del potere politico, che si sarebbe dispiegata storicamente. Non solo, ma risulterebbe anche possibile enucleare i tre elementi costitutivi propri di *ogni* comunità democratica giuridicamente costituita, a partire dai quali diverrebbe possibile pensare in forma più determinata una transnazionalizzazione della sovranità popolare. Tali elementi, che deporrebbero altresì a favore della tesi dell'assenza di un loro radicamento (Habermas parla di «legame simbiotico»¹³⁷) nella figura storicamente determinata dello Stato nazionale, sono i seguenti:

- La comunitarizzazione di persone giuridiche che si riuniscono in uno spazio limitato in una associazione di cittadini liberi e uguali, in quanto si riconoscono reciprocamente dei diritti che garantiscono a ognuno la medesima autonomia a livello privato e in qualità di cittadini; - la divisione delle competenze nell'ambito di una organizzazione che con strumenti amministrativi assicura la capacità d'azione collettiva dei cittadini associati; - e il medium d'integrazione di una solidarietà statale e sovrastatale, che è necessaria per il formarsi di una volontà politica comune (e con ciò per la produzione comunicativa di potere democratico [omesso nella traduzione italiana, n.d.A.]) e la legittimazione dell'esercizio del potere¹³⁸.

Un'analoga enucleazione e scansione delle “coordinate costitutive” attraverso le quali sarebbe possibile riconfigurare forme di unità politica democratica di tipo non (necessariamente) statale era stata in realtà introdotta in precedenza da Habermas nei suoi tentativi di concettualizzare la costituzionalizzazione del diritto internazionale nella direzione di una idea cosmopolitica come politica interna mondiale senza governo mondiale. Al di là della specifica difficoltà che presenta immaginarne la (possibile) ricombinazione – posto che la loro deduzione avviene a partire dal quadro di esperienza unitario e chiuso degli Stati nazionali democratici, mentre la loro riattualizzazione procederebbe secondo una “geometria variabile” –, è da notare tuttavia come in questi scritti la possibilità stessa della loro dissociazione era pensata a partire dalla distinzione tipologica tra una costituzione democratica, che fonda e limita, al contempo, il potere politico (di matrice rousseauiana), e una liberale, circoscritta alla limitazione del potere politico (di matrice kantiana). Ebbene, Habermas rilevava come solo quest'ultima costituzione «consente, rinunciando all'identità tra governanti e governati, la separazione concettuale fra i tre elementi (...) Qui non sussiste, nei confronti di una

¹³⁷ FN, p. X – da notare che si tratta di un passaggio della *Prefazione* alla nuova edizione italiana pubblicata nel 2012.

¹³⁸ CUE, pp. 51-52.

separazione degli elementi reciprocamente ingranati nello Stato democratico, alcun limite di principio»¹³⁹. Come procede ora la risistemazione di questi elementi nel quadro di una Federazione destatalizzata in cui, al contrario, deve trovare espressione proprio l'idea dell'autodeterminazione democratica? Perché inoltre non solo non può, ma non deve assumere connotati statalistici?

Per provare a sciogliere questi interrogativi, si possono prendere le mosse dal modo in cui Habermas riarticola in questa fase la critica nei confronti della tesi no demos. Al di là dell'errata concettualizzazione del popolo che essa implica, Habermas enfatizza ora come essa induca a distogliere «l'attenzione da un fattore che invece dobbiamo prendere sul serio – cioè la convinzione che le conquiste normative dello Stato di diritto democratico siano degne di essere preservate»¹⁴⁰. Poiché nell'ambito degli stessi Stati nazionali ha trovato realizzazione la prassi di autodeterminazione democratica e con essa quel vincolo di solidarietà (tra estranei) visto in precedenza, è possibile interpretare la diffidenza dei cittadini nei confronti della trasformazione in Stato federale dell'Unione né come espressione di una generica mancanza di fiducia, né come la manifestazione di semplice nazionalismo, né, ancora, come un bieco sentimento xenofobo nei confronti degli altri popoli, bensì come il riconoscimento delle conquiste storiche incarnate negli Stati in quanto Stati democratici di diritto. In tal senso, si tratta di «conquiste permanenti e figure viventi di una “giustizia esistente”»¹⁴¹ e risulta giustificato l'interesse che i cittadini europei avrebbero a che il loro Stato nazionale, in quanto membro dell'Unione, «continui a svolgere (...) lo sperimentato ruolo di garante del diritto e della libertà»¹⁴². Poiché uno Stato federale avrebbe l'effetto di neutralizzare, inglobandoli e subordinandoli al piano federale, gli Stati membri, diventa indispensabile pensare ad una differente forma politica capace di mantenere l'autonomia politica dei membri: «Questa volontà di autoaffermazione democratica – questo l'aspetto interessante – non è solo un motivo empirico, ma è anche una implicita ragione giustificativa che, nelle circostanze date, incide a favore del tentativo di fondare una democrazia sovranazionale»¹⁴³. Pensare la Federazione implica pensare la conservazione della pluralità degli Stati ed è in questa direzione che procede Habermas

¹³⁹ J. Habermas, *Una costituzione politica per la società pluralistica mondiale?*, cit., p. 218.

¹⁴⁰ J. Habermas, *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea in una democrazia transnazionale*, «*Phenomenology and Mind*», n. 8, 2015, p. 33. Cfr. CUE, p. 70.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ J. Habermas, *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea*, cit., p. 33.

facendo leva su alcuni elementi “costituzionali” già presenti, riconoscendo insomma anche «la qualità democratica della forma che l’Unione ha ormai assunto con il Trattato di Lisbona»¹⁴⁴.

Una prima innovazione essenziale presente in esso è ravvisata da Habermas nella preminenza di applicazione¹⁴⁵ del diritto europeo che si tratta di decifrare congiuntamente sia al permanere del monopolio della violenza legittima al livello degli Stati sia all’assenza del criterio della decisione in ultima istanza al livello Europeo (*Kompetenz-Kompetenz*). Il potenziale di questa “innovazione” è legato alla scissione tra il momento di produzione giuridica e quello della sua attuazione, che nell’Unione Europea si trovano dislocati su piani differenti. Questo, secondo Habermas, permette di configurare la possibilità di un controllo e di una sanzione nei confronti di chi detiene i mezzi coercitivi. L’Unione Europea, infatti, «lega assieme gli Stati membri come organi esecutivi, senza disporre dei loro potenziali sanzionatori. E i monopolisti del potere statale consentono di farsi ingaggiare per l’attuazione di un diritto europeo che deve essere “convertito” in termini nazionali»¹⁴⁶. La peculiare struttura formale del diritto europeo, prodotto a livello dell’Unione e attuato dai singoli Stati, sarebbe così portatrice di un potenziale civilizzatore, nel senso che sembra rivelarsi in grado di ridurre ulteriormente in modo strutturale gli elementi di arbitrio e violenza del potere. La questione da dirimere resta tuttavia quella relativa ad una preminenza applicativa che non deriva da una preminenza di validità¹⁴⁷ ed esattamente di questo singolare aspetto intende dare una giustificazione Habermas: in effetti, osserva, «sciogliendosi la comunità costituzionale dei cittadini europei dai nuclei organizzativi degli Stati membri, tutte le componenti entrano in una costellazione nuova»¹⁴⁸.

Per cercare di venire a capo dell’esigenza in base alla quale gli Stati, diventando membri dell’Unione, devono continuare «a fungere da garanti del già raggiunto livello di giustizia e libertà», coniugandola con il costituirsi di una comunità soprannazionale democratica che superi la dicotomia di Stato federale e Confederazione di Stati, Habermas non si serve di un recupero dottrinale dei concetti classici della teoria costituzionale, bensì di un esperimento mentale funzionale a illuminare la peculiare composizione del potere costituente. Al contempo, Habermas si serve dell’esempio rappresentato, in particolare, dal processo costituente americano come cartina di tornasole utile a mostrare le differenze del processo costituente europeo, nella misura

¹⁴⁴ CUE, p. 51.

¹⁴⁵ CUE, p. 56.

¹⁴⁶ CUE, p. 55.

¹⁴⁷ CUE, p. 56.

¹⁴⁸ CUE, pp. 58-59.

in cui il *telos* che orienta quest'ultimo diverge dallo Stato federale. Quello presentato da Habermas è un processo costituente razionalmente ricostruito dal punto di vista dei partecipanti alla prassi costituente stessa. Lo slittamento argomentativo operato da Habermas in direzione del “metalivello” del potere costituente e della sua peculiare composizione appare necessario per comprendere la genesi democratica della comunità federale destatalizzata avente le caratteristiche sopra enunciate, andando al di là della lettera delle rigide disposizioni giuridiche vigenti dell'ordinamento “costituzionale” europeo e dell'effettivo processo storico di formazione delle Comunità e dell'Unione.

L'operazione non consiste in una mera trasposizione che farebbe slittare l'attribuzione del potere costituente dal piano nazionale a quello sovranazionale, quanto piuttosto nella ristrutturazione del potere costituente che deriva dal considerarlo a partire dal livello sovranazionale. I termini in cui Habermas descrive l'esperimento mentale sono così i seguenti:

Immaginiamo un'Unione europea democraticamente sviluppata, la cui Costituzione sia posta in essere da un *doppio potere sovrano*. Il potere costituente dovrebbe così essere *composto*, da un lato, dalla *totalità dei cittadini europei* e, dall'altro, dai *popoli europei*, in modo che già durante il processo di legislazione costituzionale una parte possa intervenire nella discussione con l'altra con l'obiettivo di equilibrare gli interessi menzionati. La relazione eterarchica tra cittadini europei e i popoli degli Stati europei strutturerrebbe allora lo stesso processo fondativo¹⁴⁹.

Il recupero della tradizionale categoria di potere costituente risulta pertanto andare di pari passo col tentativo (ancora una volta) di ridefinirla radicalmente, proprio perché l'entità politica a cui si tratta di dare forma non è uno Stato. L'esperimento mentale propone di immaginare la formazione dell'Unione Europea come se la costituzione di quest'ultima fosse il prodotto di un doppio sovrano. La cifra essenziale di tale unità politica non sta pertanto nell'auto-affermazione di un soggetto sovrano, come nel caso degli Stati federali, bensì nella presunta divisione del soggetto costituente, ovvero nella presenza di due soggetti costituenti, che devono dare vita alla comunità da costituire. La proposta di Habermas consiste nell'immaginare un potere costituente che si divide e che viene condiviso tra la totalità dei cittadini dell'Unione e un numero limitato di popoli (costituenti). Egli introduce perciò contestualmente il concetto di «sovranità divisa»¹⁵⁰ (alla radice), mediante il quale sarebbe possibile attribuire agli Stati membri della democrazia

¹⁴⁹ J. Habermas, *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea*, cit., p. 34.

¹⁵⁰ CUE, p. 67.

sopranazionale da costituire una funzione costituente che ne renderebbe non solo plausibile, ma doverosa la conservazione entro la comunità costituita. In tal modo, per un verso, le parti che compongono la comunità sovranazionale non regrediscono a parti costituite da parte di un sovrano indiviso, per altro verso, si spiega la subordinazione al diritto europeo. La divisione della sovranità, infatti, prevedendo una cooperazione dei soggetti costituenti che informa di sé il processo costituente, si rifletterebbe conseguentemente nella costitutiva relazione orizzontale, ovvero eterarchica, tra i piani dell’ordinamento – il che, va da sé, comporta in ogni caso che le disposizioni dei trattati siano sovraordinate.

Sebbene a prima vista un costrutto teorico di questo tipo sembri implicare l’attribuzione della funzione costituente anche a soggetti collettivi, Habermas mette in evidenza come esso non comporti in realtà il venir meno del fondamento individualistico tipico di tutti gli ordinamenti giuridici moderni. Benché nel processo costituente siano inclusi dei soggetti collettivi – i popoli degli Stati –, è sufficiente, in un certo senso, capovolgere la prospettiva per recuperare il fondamento individualistico. Si dovrebbe, cioè, immaginare che siano le singole persone giuridiche a sdoppiarsi nel ruolo di cittadini dell’Unione e in quello dei singoli Stati. La titolarità del «*pouvoir constituant mixte*»¹⁵¹ è vista tradursi così nella divisione dell’identità politica dei singoli; gli individui, dunque, sono e considerano sé stessi come sovrani dei rispettivi Stati nazionali di appartenenza e come cittadini dell’Unione da costituire, coniugando assieme le loro identità, non subordinandone una all’altra.

6. Autodeterminazione e sovranità divisa: limiti della proposta habermasiana per l’Europa

Per avviarsi a una conclusione è fondamentale, a questo punto, chiedersi se il concetto di sovranità divisa consenta davvero di pensare la sovranità – e la politica – in termini nuovi capaci di dare ragione del carattere non statale della Federazione europea. Le stesse oscillazioni lessicali presenti nei testi, in realtà, non consentono di risolvere fino in fondo una questione rilevante a tal proposito, ovvero se, teoricamente, Habermas alluda effettivamente a due soggetti costituenti differenti o piuttosto al dividersi e sdoppiarsi di un soggetto comunque unitario (per quanto invece l’ipotesi di un raddoppiamento puramente quantitativo si possa escludere). L’ambiguità si produce nello slittamento dal punto di vista individuale (doppia personalità dell’individuo) a quello degli interessi, che sono diversi, di cui sono portatori i soggetti. Con

¹⁵¹ CUE, p. 65.

l’idea di una sovranità divisa, sostiene tuttavia Habermas, «il concetto classico di sovranità popolare viene a cambiare, ma non per via della natura collettiva dei popoli già statalmente organizzati. Infatti anche i governi nazionali – attraverso cui soltanto i popoli-di-Stato possono agire – operano già sempre su incarico dei loro cittadini. *Inedito è piuttosto il fatto che questo sovrano raddoppiato non possa più decidere in maniera totalmente “sovranà”*»¹⁵².

Al di là di una puntuale identificazione delle disposizioni già vigenti nei trattati che troverebbero il loro coerente quadro di intelligibilità dalla prospettiva teorica del *pouvoir constituant mixte*, l’abbozzo di proposte di riforma dei trattati che Habermas fa discendere immediatamente sempre in tale prospettiva concernono tutte e tre le principali istituzioni dell’Unione coinvolte *nel processo legislativo*. Il Parlamento dovrebbe diventare l’assemblea legislativa dei cittadini europei (tramite l’attribuzione del diritto di iniziativa legislativa, un sistema elettorale unificato e un sistema dei partiti europeizzati) e collocato in una posizione paritetica a quella del Consiglio Europeo (che dovrebbe essere, dunque, “incorporato” nel Consiglio dei ministri e convertito in una seconda camera). La Commissione infine dovrebbe assumere il ruolo di un esecutivo che è egualmente responsabile nei confronti di Parlamento e Consiglio¹⁵³. A tale riguardo non si può non notare come la traduzione istituzionale dell’idea habermasiana culminerebbe essenzialmente in un rafforzamento delle prerogative del Parlamento europeo e della sua funzione legislativa. Ma questo appare essere più funzionale alla messa in forma istituzionale di un popolo europeo (assente) che non all’espressione di un’entità composita e articolata su più livelli come sembrerebbe lasciare intendere la figura di un’«*insolita comunità federale*»¹⁵⁴. In tal senso, inoltre, poiché a partire dall’idea di un potere costituente diviso la legittimità dell’Unione europea sembra non poter affatto prescindere dalla legittimazione degli Stati membri (ovvero dai loro popoli), ci si potrebbe chiedere se non sia esattamente l’organo europeo che rappresenta questi ultimi, ovvero il Consiglio, a dover mantenere una posizione privilegiata – che non dovrebbe pertanto essere ridotto a una sorta di seconda camera. In altri termini, appare difficile non notare come le implicazioni che Habermas fa discendere dalla sua differente concezione del potere costituente possano risultare tutt’altro che di immediata evidenza e prestarsi anche ad una differente lettura. Da un punto di

¹⁵² J. Habermas, *Per una democrazia transnazionale*, cit., p. 23 (corsivo mio).

¹⁵³ Cfr. CUE, pp. 71-72; J. Habermas, *Per una democrazia transnazionale*, cit., p. 24; Id., *Perché è necessaria e com’è possibile la trasformazione dell’Unione Europea*, cit., p. 35. Per diverse conclusioni a partire dalla riflessione habermasiana, cfr. F. Pizzolato, *Rappresentanza politica e Unione Europea*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», vol. 23, n. 2, 2013, pp. 397-398.

¹⁵⁴ CUE, p. 59.

vista istituzionale e organizzativo – al netto della schematicità delle indicazioni habermasiane – comprendere come una comunità federale sovranazionale (non statale) si differenzi da uno Stato federale tradizionale appare perlomeno di non immediata evidenza.

Un’impressione in parte diversa emerge in base alla trattazione di un’altra tematica rispetto alla quale Habermas ha cercato di rendere operativa l’ipotesi di una sovranità divisa – esercitata dagli individui sdoppiati in due persone. Egli ha infatti rivolto in modo particolare la propria attenzione alla struttura del Parlamento europeo e alla sua peculiare organizzazione “rappresentativa” alla luce del criterio di proporzionalità degressiva. Come noto, sulla base di tale principio, il numero di seggi spettanti a ciascuno Stato nel Parlamento europeo dipende dalla popolazione, ma non secondo un criterio meramente proporzionale. Stati di dimensione più piccola ricevono un numero di seggi maggiore di quello che spetterebbe loro sotto il profilo puramente proporzionale, violando il principio di uguaglianza democratica¹⁵⁵. Habermas ritiene che in questi termini la questione non sia adeguatamente posta. La proporzionalità degressiva, infatti, può e deve essere vista come risultato coerente del modo in cui si forma democraticamente una volontà comune all’interno di un’assemblea costituente composta da membri diversi tra loro – cioè rappresentanti di popoli e Stati con dimensioni, interessi e pesi demografici differenti – e «in cui i cittadini europei (o i loro rappresentanti) devono, in una certa misura, trovare una soluzione reciprocamente soddisfacente con sé stessi in quanto rappresentanti degli interessi dei rispettivi Stati nazionali su tutte le questioni riguardanti l’integrità della sostanza democratica e costituzionale incarnata negli Stati membri»¹⁵⁶. Nel criterio della proporzionalità degressiva, insomma, il principio tipico delle democrazie rappresentative dell’uguaglianza dei cittadini si trova coniugato con quello dell’uguaglianza degli Stati. A differenza della configurazione tipica degli Stati federali, in cui l’eguale rappresentanza degli Stati troverebbe

¹⁵⁵ Nel *Lissabon-Urteil*, il *Bundesverfassungsgericht* si è espresso sulla peculiarità di questo assetto in termini di «*Überföderalisierung*» (“iperfederalizzazione”), nel senso di un “eccesso di federalizzazione”, che genera una significativa discrepanza nella rappresentanza dei cittadini degli Stati membri, violando il principio di parità di voto.

¹⁵⁶ J. Habermas, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen*, cit., p. 186. Analoghe base giustificativa hanno: - il famigerato diritto di recesso; - il diritto di verifica delle corti costituzionali; - il principio di attribuzione; - le competenze rafforzate degli Stati membri nell’implementazione delle risoluzioni europee; - la preminenza applicativa del diritto europeo; - il monopolio della violenza in capo agli Stati; - il principio di sussidiarietà.

espressione esclusivamente nella seconda camera, essa in un certo senso informa di sé anche il parlamento (in senso stretto)¹⁵⁷.

La proposta habermasiana di declinare la questione della costituzione e della democrazia sopranazionale muovendo dalla considerazione e, come visto, dalla ridefinizione del potere costituente proprio di una Federazione non statale è passata tutt'altro che inosservata ed ha generato immediatamente a ridosso della pubblicazione di *Zur Verfassung Europas* un vivace dibattito. Alla luce della diatriba della metà degli anni Novanta, può non sorprendere che tra i primi ad essersi interessati alle riflessioni habermasiane ci sia proprio Dieter Grimm. È in un saggio al cui centro si colloca l'interrogativo «chi è sovrano nell'Unione Europea?»¹⁵⁸ che il giurista tedesco si è occupato della teoria della sovranità divisa, sollevando una questione che concerne l'impianto complessivo dell'argomentazione habermasiana, specie per come questa è esposta nel saggio sulla crisi e la costituzione del 2011. La struttura sdoppiata del potere costituente si giustifica ricostruttivamente, perlomeno in parte, a partire dall'attuale “costituzione giuridica” dell'Europa. Sulla base del Trattato e considerate in modo particolare le procedure di revisione (sia quella ordinaria sia le due semplici), tuttavia, unicamente gli Stati membri possono essere indicati coerentemente come eventuali depositari di un ipotetico “potere costituente” – e altrettanto si può dire in relazione alla procedura di approvazione del Trattato. Questo perché neanche a seguito delle novità introdotte in quest'ultimo, l'Unione deriverebbe da sé stessa il proprio fondamento giuridico: «La costruzione di Habermas rimane degna di discussione, ma non come descrizione dell'attuale situazione giuridica ai sensi del Trattato di Lisbona, ma come modello teorico per la costruzione della sovranità in *un'unità politica composta da Stati*»¹⁵⁹, conclude perciò Grimm. Sebbene questa affermazione miri evidentemente a valorizzare l'ambiziosa costruzione habermasiana, essa non può che spingere a ridimensionare proprio quell'intento “ricostruttivo” che definisce la specificità dell'approccio alla questione del potere costituente europeo. La teoria del *pouvoir constituant mixte* decadrebbe così a un modello puramente normativo.

Più di recente Grimm si è però spinto oltre, evidenziando come tale impostazione teorica sollevi, a ben vedere, interrogativi non solo in merito alla sua distanza dalla realtà giuridica vigente, ma anche circa la sua effettiva

¹⁵⁷ In realtà, da un punto di vista del diritto comparato, di questa differenza si deve dubitare; cfr. C. Schönberger, *Die Europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon Urteil des Bundesverfassungsgericht*, «Der Staat», vol. 48, n. 4, 2009, pp. 548-558.

¹⁵⁸ Cfr. D. Grimm, *Europa ja – aber welches?*, cit., p. 49-69.

¹⁵⁹ Ivi, p. 63.

coerenza interna e praticabilità¹⁶⁰. Come visto, Habermas tenta di superare la mancanza di un popolo europeo unitario proponendo una concezione del potere costituente condiviso tra cittadini dell’Unione e cittadini degli Stati membri. Tuttavia, poiché si tratta delle stesse persone che voterebbero in duplice veste, si giunge a una costruzione istituzionale altamente artificiosa, nella quale, segnala Grimm, l’elettore dovrebbe esprimersi due volte sulla medesima questione – ad esempio, in occasione di un referendum su un trattato – con esiti potenzialmente divergenti. Questa duplicità non solo rende problematica l’attuazione pratica del modello, ma rischia di produrre una sovranità asimmetrica o «claudicante», in cui uno dei due livelli (nazionale o sovranazionale) finirebbe per prevalere sull’altro, minando così i presupposti stessi di equa rappresentanza e legittimazione democratica¹⁶¹. La proposta habermasiana, se spinta alle sue estreme conseguenze, si rivela dunque fragile sia sul piano teorico che su quello istituzionale, lasciando irrisolto il nodo di una legittimazione effettiva dell’Unione che non si riduca alla mera somma delle volontà statali.

Una seconda questione che è stata sollevata concerne la tensione esistente tra il modello di democrazia transnazionale proposto da Habermas e le trasformazioni materiali prodotte in particolare dalla crisi finanziaria del 2008. Un autore come Étienne Balibar, che con Habermas condivide l’impegno politico per la causa europea, ha insistito sul fatto che il modello habermasiano non fa adeguatamente i conti con la congiuntura ed arrivi insomma fuori tempo massimo. Pur avendo numerosi meriti, primo fra tutti quello di pensare politicamente l’Europa senza trascurare l’analisi delle dimensioni economica e sociale, nella sua argomentazione Habermas fa come se la crisi – che non solamente rappresenta l’occasione dichiarata degli scritti più recenti, ma assume giustamente un ruolo centrale per ripensare la forma politica europea – non avesse mutato il quadro della realtà politica e fosse ancora possibile «realizzare ora quel che sarebbe stato necessario fare per

¹⁶⁰ Cfr. M. Bozzon, *Europa sovrana? Intervista a Dieter Grimm*, «Pandora Rivista», 13 luglio 2023 (<https://www.pandorarivista.it/articoli/europa-sovrana-intervista-a-dieter-grimma> – ultimo accesso il 27/08/2025).

¹⁶¹ Spingendosi oltre quanto sostenuto da Grimm, si potrebbe rilevare che, se si dovesse realmente preservare la duplice identità dell’elettore – in quanto cittadino di uno Stato membro e dell’Unione –, questi non tanto potrebbe, ma dovrebbe necessariamente esprimersi in modo divergente. Solo così il potere costituente (con)diviso assumerebbe un significato effettivo. La coerenza interna del modello habermasiano impone che la duplice identità dell’elettore si traduca in due voti distinti non solo formalmente, ma anche sostanzialmente: se i voti coincidessero, la distinzione tra le due soggettività politiche evaporerrebbe, rendendo il potere costituente (con)diviso un artificio privo di fondamento. Ne segue, tuttavia, che la Federazione europea, pensata come fondata su tale sdoppiamento, si rivela strutturalmente impossibile.

evitarla»¹⁶². La conseguenza, e questo è il secondo elemento di debolezza ravvisato da Balibar, è che culmina riproponendo un modello di democrazia eccessivamente formale, incapace di confrontarsi direttamente e in modo radicale con le dimensioni nuove della partecipazione e del conflitto che contrassegnano il complesso della prassi democratica al di là della rappresentazione. L'idea di uno sdoppiamento della sovranità popolare, letta come il raddoppiamento delle strutture rappresentative, non aiuterebbe, cioè, anzitutto a intercettare la molteplicità delle forme di soggettivazione politica "europee". Al contrario, secondo Balibar, è fondamentale pensare a forme alternative di democrazia o, meglio, a un processo di democratizzazione delle istituzioni politiche, poiché questa è la via per superare le note contraddizioni legate al demos europeo. Come spiega lo stesso Balibar, «il demos non preesiste, come sua condizione, alla democrazia: ne deriva, come suo effetto costante. Ma a sua volta la democrazia esiste soltanto nel corso e nelle forme di differenti pratiche di democratizzazione. (...) Queste forme costituiscono un equilibrio instabile, che si allontana da un costituzionalismo normativo. Non possono essere realizzate con decisioni prescrittive, quale che sia il loro modo di legittimazione»¹⁶³.

Una terza e ultima questione che è stata sollevata concerne la coerenza delle premesse teoriche habermasiane, in particolare la volontà di mantenere fermo il concetto di democrazia come autodeterminazione, con l'esito di un potere costituente diviso. Secondo Erik Oddvar Eriksen, infatti, «il termine "Federazione degli Stati nazionali" si trova a disagio con l'idea di democrazia come cittadinanza che si autogoverna, così come con l'affermazione di Habermas che non dovremmo sostanzializzare "il popolo" o "la nazione". (...) Dal punto di vista dell'autogoverno democratico, la sovranità dei cittadini non può essere divisa o condivisa con qualcun altro»¹⁶⁴. In questo senso, viene messa direttamente in questione la possibilità di una transnazionalizzazione della democrazia nella forma di una Federazione non statale secondo una "geometria variabile". Il problema ravvisato da Eriksen, in considerazione della premessa habermasiana di intendere la democrazia come autodeterminazione, è duplice: da un lato, la garanzia dell'autonomia dei cittadini è vista collidere con quella (collettiva) degli Stati che sarebbe altrettanto necessario salvaguardare; dall'altro lato, la comunità federale europea non solo non supererebbe l'assetto degli Stati sovrani, ma l'effetto della costruzione habermasiana è proprio quello di una paradossale sostanzializzazione della sovranità degli Stati. Nonostante l'analisi habermasiana pervenga a

¹⁶² É. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, Bollati Boringhieri, Torino 2016, p. 199.

¹⁶³ Ivi, p. 202-203.

¹⁶⁴ E.O. Eriksen, *The Normativity of the European Union*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2014, p. 92.

identificare un soggetto identitario – la totalità degli individui con una doppia personalità –, la divisione originaria della soggettività politica impedisce quel movimento di auto-autorizzazione senza cui è ben difficile immaginare l’identità tra autori e destinatari del comando politico postulata da principio.

Rispetto a quest’ultimo plesso problematico, per terminare, vorrei cercare di chiarire la difficoltà che connota l’impostazione dell’approccio di Habermas, se l’obiettivo è quello di valorizzare la novità che caratterizza i recenti sviluppi della sua riflessione sull’Europa. Si è cercato di mettere in rilievo precedentemente come essa consista nel tentativo di pensare una forma politico-costituzionale diversa da quella dello Stato (federale), intendendola come Federazione in cui i membri conservano la capacità di agire politicamente. La proposta habermasiana mira a confrontare immediatamente quest’ultima col problema della legittimità democratica – intendendo la democrazia nell’accezione precisa di autodeterminazione. Da un punto di vista concettuale – e tenendo conto degli aspetti dilemmatici che giustamente suggerisce l’analisi di Eriksen – la domanda che si impone è se al tentativo di pensare una comunità federale sovranazionale destatalizzata sia appropriato il concetto di autodeterminazione democratica.

Negli esiti dell’esperimento mentale elaborato da Habermas, per cui gli individui presenterebbero una duplice identità parimenti costitutiva – ovvero né momentanea né ordinabile gerarchicamente al suo interno – si può rilevare come in realtà questa duplicità non sia di per sé deducibile dalla logica dell’autodeterminazione stessa. Non a caso, lo sforzo habermasiano è esattamente quello di giustificare razionalmente tale divisione attraverso la considerazione degli Stati nazionali come Stati costituzionali che divengono garanti dei livelli già raggiunti di giustizia e libertà. Ma se nella nuova entità politica che prende forma deve trovare realizzazione innanzitutto l’idea di autodeterminazione, perché gli individui dovrebbero decidere di conservare indefinitamente questa duplicità? Non dovrebbero tendere piuttosto al suo superamento proprio in vista di una forma federale statuale? L’autonomia della categoria habermasiana di Federazione sembra così di nuovo venire meno. Affinché essa possa conservare il suo carattere non statale appare necessario ripensare radicalmente il significato della democrazia in modo tale che la dimensione costituzionale del patto e della cooperazione tra parti che si federano non sia neutralizzata, vale a dire intendendo l’unità federale non come il prodotto del nesso di rappresentanza e sovranità del popolo, ma dell’accordo di membri differenti che si ritrovano in un orizzonte comune e di condivisione.

3. La pluralità contesa: critica al contratto sociale europeo nella teoria del Verfassungsverbund

1. Il paradosso del contratto sociale nell'Europa multilivello

L'apertura delle costituzioni nazionali all'integrazione sovranazionale rappresenta, nella prospettiva di Ingolf Pernice, un evento del tutto inedito sotto il profilo storico e concettuale. Nel secondo dopoguerra, essa segnerebbe concretamente il superamento del paradigma statuale moderno, fondato sulla sovranità indivisibile e sull'autonomia degli Stati europei nel disporre di sé stessi, in virtù dell'adesione a un processo di unificazione che – a partire dalle iniziative di Monnet e dal piano Schuman – scaturisce da esigenze di pacificazione e razionalizzazione politica. Tale apertura, resa possibile da specifiche clausole costituzionali di autorizzazione al trasferimento dell'esercizio di prerogative sovrane, non si limita ad abilitare la cooperazione tra Stati: essa introduce piuttosto una trasformazione più profonda dell'ordine giuridico, incidendo sulla struttura stessa della legittimità costituzionale. Queste clausole che, nelle costituzioni, prevedono il trasferimento (dell'esercizio) di prerogative sovrane, in particolare, «consentono l'integrazione degli Stati interessati in un *Verfassungsverbund* sovranazionale, nel quale il livello statale perde la competenza sulla competenza, e il distacco da valori costituzionali fondamentali, sebbene non formalmente escluso, incontrerà comunque una resistenza di tipo "comunitario"»¹.

¹ I. Pernice, *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung* (1995), in Id., *Der Europäische Verfassungsverbund. Ausgewählte Schriften zur verfassungstheoretischen Begründung und Entwicklung der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2020, p. 394. D'ora in avanti, quest'ultimo volume (che raccoglie larga parte degli scritti di Ingolf Pernice «sulla fondazione e lo sviluppo teorico-costituzionale dell'Unione Europea» al cui cuore si situa quel concetto di *Verfassungsverbund* che appare per la prima volta nel testo appena citato) verrà indicato con EV seguito dall'indicazione della pagina, mentre la data originaria di apparizione dello scritto citato è posta tra parentesi dopo il titolo. Le traduzioni dei passi citati dal tedesco e dall'inglese che compaiono di seguito sono a cura dell'autore.

È in questo contesto, in cui a essere a tema è la «salvaguardia della permanenza delle costituzioni», che prende forma il concetto di *Verfassungsverbund*, inteso da Pernice come configurazione normativa in cui le costituzioni degli Stati membri e l'ordinamento comunitario non si giustappongono in modo gerarchico o meramente conflittuale, ma si co-determinano entro un sistema di reciproco condizionamento e stabilizzazione. Le costituzioni nazionali, attraverso le clausole di integrazione, non solo consentono l'accesso degli Stati in un ordine sovranazionale, ma contribuiscono a fissare i limiti materiali di tale ordine, vincolandolo al rispetto di principi fondamentali condivisi. Questa dinamica genererebbe un effetto duplice: da un lato, la possibilità per l'ordinamento europeo di intervenire a tutela dei valori costituzionali in caso di “regressioni” a livello interno degli Stati membri; dall'altro, la capacità delle costituzioni nazionali di imprimere una direzione normativa all'integrazione, fungendo da fattori di controllo, correzione e continuità. Il *Verfassungsverbund* si configura dunque come un'architettura giuridico-politica fondata su una logica di interdipendenza istituzionale e assunzione reciproca di responsabilità costituzionale, che rompe con l'autoreferenzialità del costituzionalismo statale e inaugura una forma post-nazionale di ordinamento plurale.

Il concetto di *Verfassungsverbund* (letteralmente “unione costituzionale” nel senso di un “sistema costituzionale cooperativo”) – espressione che trova corrispondenza nella formula, ormai diffusa anche in ambito internazionale, di *multilevel constitutionalism* – costituisce il fulcro della riflessione teorica di Ingolf Pernice sull'architettura costituzionale dell'Unione Europea². Con

² Il termine “costituzionalismo multilivello” è qui utilizzato “in senso stretto”, secondo l'accezione sviluppata nel contesto tedesco (cfr. N. Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, in K. Tuori, S. Sankari (eds), *The Many Constitutions of Europe*, Routledge, New York 2010, pp. 143-164). Non verranno dunque considerate le teorie affini elaborate al di fuori di tale contesto, per le quali si rinvia comunque al saggio appena citato. L'espressione inglese *multilevel constitutionalism* è da intendersi a sua volta come una traduzione non letterale, ma “esplicativa”, connotata in senso descrittivo e funzionalistico del tedesco *Verfassungsverbund*. Cfr. I. Pernice, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration*, in E. Riedel (ed.), *German Reports on Public Law*, Nomos, Baden-Baden 1998, nota 1 di p. 40 e p. 43, dove la scelta del lemma inglese è attribuita agli assistenti F.C. Mayer e C.-O. Pahl. Una traduzione letterale di *Verfassungsverbund* sarebbe, come indicato, “unione costituzionale”, ma anche “complesso di costituzioni” (in inglese anche “compound of constitutions”). In francese, Pernice propone la traduzione «*constitution composée*» (cfr. I. Pernice, F.C. Mayer, *De la constitution composée de l'Europe*, «*Revue trimestrielle de droit européen*», vol. 36, n. 4, 2000, pp. 623-647), mentre in italiano sono state adottate varianti quali «costituzione integrata», «costituzione composita» o «federazione costituzionale» (cfr. I. Pernice, F.C. Mayer, *La costituzione integrata dell'Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza,

esso si designa un sistema composito di componenti costituzionali complementari, costituite anzitutto dalle costituzioni degli Stati membri e dall'ordinamento giuridico dell'Unione, che si co-determinano in modo strutturalmente intrecciato, non gerarchico ma pluralistico. Questi elementi, che si vincolano reciprocamente in un rapporto di stabilizzazione e controllo incrociato e traggono legittimazione direttamente dai cittadini, mirano dunque, a superare una rigida separazione concettuale tra Stato e Unione, interpretando quest'ultima come una forma di auto-organizzazione politica dei cittadini europei, fondata sulle strutture costituzionali nazionali, ma nondimeno volta a integrarle e a trascenderle. L'Unione assume così la funzione di strumento integrativo e trasversale per il perseguitamento di fini condivisi – pace, sicurezza, libertà, prosperità, sostenibilità – che non sono (più) raggiungibili da parte dei singoli Stati nella misura in cui agiscono individualmente³.

È importante rilevare che l'ambizione di Pernice non si limita alla proposta di un modello normativo: egli intende piuttosto fornire una chiave concettuale per comprendere e orientare l'evoluzione dell'ordinamento europeo. In linea con le preoccupazioni espresse da Habermas, egli individua nella carenza di strumenti teorici adeguati una delle cause principali della crisi di legittimazione che attraversa il processo d'integrazione⁴. Il concetto di *Verfassungsverbund*, o *multilevel constitutionalism*, si propone pertanto come tentativo di concettualizzare un ordine giuridico post-statuale, caratterizzato da un'interdipendenza istituzionale e da un'assunzione reciproca di responsabilità “costituzionale”. L'Europa si configura così come un'entità politico-giuridica che, pur in divenire, è fondata su una legittimità distribuita e su un equilibrio dinamico tra ordinamenti. In questo senso, il *Verfassungsverbund* non solo rompe con l'autoreferenzialità del costituzionalismo statale

Roma-Bari 2003, pp. 43-68). L'espressione *Verfassungsverbund* compare per la prima volta nello scritto citato nell'incipit del presente capitolo. Per una ricostruzione della genesi del concetto si veda anche, F.C. Mayer, M. Wendel, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, in M. Avbelj, J. Komárek (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford 2012, pp. 127-135. La molteplicità delle traduzioni di *Verfassungsverbund* segnala la densità concettuale del termine e la difficoltà di racchiudere in una sola espressione una struttura costituzionale articolata, dinamica, “democratica” e fondata sulla cooperazione tra diversi livelli di governo. Koen Lenaerts ha osservato come il concetto di *Verfassungsverbund* costituisca una rara, ma significativa eccezione alla consueta prassi della scienza giuridica, che tende a non associare i concetti teorici ai nomi dei loro autori. In questo caso, l'elaborazione di Ingolf Pernice è esplicitamente riconosciuta e legata al suo nome, segnando un momento peculiare di personalizzazione teorica in un ambito caratterizzato da una costruzione concettuale generalmente diffusa, condivisa e meno formalmente codificata rispetto alle scienze naturali. Cfr. K. Lenaerts, *Vorwort*, in EV, p. 5.

³ Per una sintesi di questi aspetti, cfr. I. Pernice, *Verfassungsverbund* (2010), in EV, p. 666.

⁴ Cfr. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, «European Constitutional Law Review», vol. 11, n. 3, 2015, p. 542.

moderno, ma inaugura una nuova forma di costituzionalismo plurale, in grado di riflettere la natura composita e cooperativa dell'integrazione europea. Esso è dunque inteso in questa sede *in primis* come tentativo di concettualizzare il costituzionalismo europeo "oltre" lo Stato e in quanto tale è preso in considerazione e attraversato criticamente.

Dopo aver presentato e discusso criticamente la genesi della teoria del costituzionalismo multilivello, nonché gli elementi teorici che la configurano come un tentativo sistematico di pensare la costituzione oltre lo Stato – in particolare in relazione a un ripensamento della partecipazione democratica – si tratta di provare ad interrogarne alcuni aspetti problematici, muovendo da una considerazione al contempo filosofica e storico-concettuale, che permane tuttavia all'interno del quadro teorico stesso delineato da Pernice. A questo proposito, è centrale l'esplicito tentativo di fondare una forma di costituzionalismo "democratico" oltre lo Stato attraverso il ricorso al modello del "contratto sociale tra le cittadine e i cittadini europei". Si tratta di un nodo teorico sul quale Pernice ha insistito con particolare vigore: «Il costituzionalismo multilivello concettualizza la costituzione composita dell'Europa come un sistema *fondato sulla volontà dei cittadini*. (...) Il concetto di un contratto sociale europeo è impiegato per sottolineare la natura *pattizia* della legittimità, in ampia misura basata sul consenso, dell'autorità pubblica sovranazionale così costituita»⁵.

Lungi dall'avere una funzione meramente simbolica o retorica⁶, nell'approccio di Pernice il concetto di un contratto sociale europeo assume un ruolo teorico primario: esso funge da costruzione giuridico-normativa che dovrebbe rendere conto, all'interno della struttura articolata, plurale e multilivello dell'Unione, del ruolo attivo dei cittadini e della legittimità democratica del potere sovranazionale. Esso è impiegato anzitutto per rendere intelligibile, in termini democratici, la legittimazione del potere pubblico europeo in assenza di uno Stato europeo. Non solo, ma si tratta di una costruzione giuridico-normativa che opera *anche* secondo la logica del "come se": la costituzione europea viene pensata come se si fondasse su un contratto tra tutte le cittadine e i cittadini, non tanto in assenza di un evento costituente formale,

⁵ Ivi, p. 551 (corsivi miei). Cfr. inoltre I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Editions A. Pedone, Paris 2004, pp. 26-30. Va tenuto presente che, al di là del richiamo a elaborazioni specifiche (come quelle di Locke e Rousseau, ad esempio), parlando di contratto sociale Pernice si riferisce in generale alle dottrine contrattualistiche "moderne", concentrandosi sugli elementi strutturali comuni e lasciando in secondo piano gli aspetti peculiari dei singoli autori; rispetto a questi ultimi e, soprattutto, per la logica determinata che connota la costruzione contrattualistica nel giusnaturalismo moderno, cfr. G. Duso (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, FrancoAngeli, Milano 1987.

⁶ È in questo senso che si muove, per esempio, la critica di A. Carrino, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Dedalo, Bari 2005, pp. 81-92.

ma nella permanenza del “*sich vertragen*”, ovvero dell’accordarsi tra le cittadine e i cittadini. In tal senso, la finzione teorica del contratto sociale consente di ancorare anche idealmente alla volontà dei cittadini un ordine giuridico sovranazionale che nasce in forma derivata e incrementale. A riprova della centralità del riferimento alla figura del contratto sociale, va ricordato che nella recente raccolta degli scritti di Pernice dedicati dal *Verfassungsverbund* europeo è stato incluso un manoscritto finora inedito, la cui stesura risale al 2002, dal titolo significativo *Die Verfassung Europas als dynamischer contrat social européen. Zum Grundverständnis der Europäischen Verfassung*⁷ («La costituzione dell’Europa come *contrat social européen* dinamico. Per una comprensione fondamentale della costituzione europea»).

Che si faccia ricorso a tale modello per fondare la legittimità di un potere europeo può non stupire, se si considera – come già emerso nel capitolo dedicato a Grimm – che nelle moderne dottrine del contratto sociale è iscritta la matrice logica delle costituzioni democratiche e del principio di legittimazione del potere politico. Ciò che va interrogato, tuttavia, è la funzione che il modello del contratto sociale può effettivamente svolgere all’interno di un progetto teorico volto a delineare un costituzionalismo post-nazionale o, meglio, *oltre lo Stato* – dove l’“oltre” non indica una dimensione spaziale o temporale diversa, ma una modalità differente di pensare il costituzionalismo stesso. Al di là della praticabilità empirica e della capacità descrittiva della teoria rispetto alla realtà dell’Unione europea – aspetti frequentemente oggetto di critica –, ciò che qui preme indagare sono la coerenza interna della teoria e le eventuali tensioni tra i suoi presupposti e i suoi sviluppi⁸. In particolare, se nella natura plurale e dinamica dell’“unione costituzionale” europea è ravvisabile l’elemento che rende necessario ripensare la costituzione oltre lo Stato (una costituzione che, secondo Pernice, è già presente, sebbene

⁷ Cfr. EV, pp. 531-545.

⁸ Tra i tentativi di elaborare una lettura “critica” della teoria del costituzionalismo multilivello – sebbene da prospettive differenti rispetto a quella adottata in questa sede – meritano particolare attenzione gli interventi di Mattias Jestaedt e René Barents. Il primo analizza la teoria di Pernice a partire da presupposti kelseniani, mettendone in luce le incoerenze; il secondo, in un contributo più recente, arriva a definirla una vera e propria “fallacia”, sostenendo che si fondi su premesse logicamente contraddittorie. Cfr., rispettivamente, M. Jestaedt, *Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation*, in C. Callies (hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, pp. 93-127; e R. Barents, *The Fallacy of Multilevel Constitutionalism*, in M. Avbelj, J. Komárek (eds), *Constitutional Pluralism*, cit., pp. 153-184. In entrambi i casi, la teoria viene respinta senza che gli autori sviluppino un approccio alternativo in positivo al costituzionalismo dell’Unione Europea. Le repliche di Pernice a tali critiche si trovano, rispettivamente, in: *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes* (2007), in EV, pp. 638 ss., e *Multilevel Constitutionalism*, cit., pp. 547 ss.

in divenire), la domanda centrale diventa se tale costruzione possa fondarsi su un'unità concepita come totalità dei cittadini europei *uti singuli*, in linea con il paradigma del contratto sociale. In che misura tale modello consente di pensare il protagonismo politico delle cittadine e dei cittadini a partire dalle loro appartenenze, esigenze e bisogni differenziati? E come si rapporta con il carattere plurale e cangiante della costituzione stessa? Non si tratta insomma solo di verificare, dall'interno, la necessità e la plausibilità teorica del postulato di un contratto sociale europeo per una teoria del costituzionalismo multilivello, ma anche di valutare la sua tenuta e le implicazioni che ne derivano rispetto alle pretese normative che tale teoria avanza. In tal senso, l'obiettivo non è quello di rigettare la teoria, ma di metterne in evidenza le tensioni interne, al fine di offrire strumenti critici utili per un suo ripensamento in direzione degli elementi “di innovazione” che la connotano.

L'assenza di consequenzialità interna che, come vedremo, si manifesta, nonché la difficoltà, se non l'impossibilità, di intendere determinatamente l'altra presunta valenza del contratto sociale – quella legata al “contrattare” e all’“accordarsi” – laddove questa venga declinata in chiave individualistica, conducono anzitutto a una posizione paradossale dell'idea stessa di contratto sociale. Da un lato, se intesa in senso radicale – come già intravisto nel capitolo dedicato a Grimm – essa sembra non solo rendere impensabile una struttura politicamente plurale e articolata, quale quella che dovrebbe costituire l'architettura europea, ma ricade in una forma di pensiero a ragione definibile come statocentrica, dominata cioè da un elemento unitario e monistico. Ciò avviene nonostante il tentativo preliminare di disgiungere costituzione e Stato (in virtù del fatto che in quest'ultimo la contrattazione risulta neutralizzata). Dall'altro, se intesa in modo più debole – nel senso che il ricorso all'idea di contratto sociale non culmina necessariamente nella logica della rappresentanza, non prevede, cioè, l'alienazione totale della libertà dei singoli affinché questa si realizzi effettivamente attraverso la costruzione del corpo sociale – essa finisce per apparire come una costruzione superflua, accessoria, marginale, rivelando elementi di incongruenza concettuale⁹. In tal modo, non solo viene meno ogni pregnanza concettuale, ma resta opaca proprio la diversa articolazione della relazione tra unità e pluralità che la teoria del costituzionalismo multilivello si proponeva, programmaticamente, di ridefinire in termini positivi. L'interrogativo, in altri termini, è se – e in che

⁹ Questo esito non farebbe che confermare, in realtà, l'esaurimento della forma moderna del contratto sociale come paradigma capace di pensare un ordine politico e giuridico costitutivamente plurale (e in divenire). Sul punto, si vedano in particolare: G. Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, «Quaderni fiorentini», vol. 31, t. 1, 2002, pp. 109-139; H. Hofmann, *Nascita, sviluppo e crisi del concetto di Costituzione*, in Id., *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della costituzione*, a cura di A. Carrino, Guida, Napoli 2009, pp. 7-24.

misura – l’idea di contratto sociale sia in grado non solo di offrire un’alternativa forte al modello degli Stati come *Herren der Verträge*, ma anche di configurare una costituzione *oltre lo Stato* coerente con le caratteristiche che essa stessa afferma di assumere.

La proposta di Ingolf Pernice di postulare un “nuovo contratto sociale europeo” sembra inscriversi in una sorta di vuoto rappresentato dalla mancanza originaria di fondazione politica degli assetti giuridico-istituzionali delle Comunità europee prima e dell’Unione poi, nella misura in cui esse si strutturano attraverso costituzioni parziali e funzionali, sprovviste di una coerenza normativa che nella modernità politica è da ricondurre al modello razionale del contratto sociale. Ora, il contratto sociale del giusnaturalismo moderno aveva un carattere eminentemente politico, in quanto volto a delegittimare l’ordinamento cetual-feudale, rendendo possibile una nuova forma di ordine fondato sull’individuo e sull’autonomia soggettiva: la sua forza stava nella capacità di disarticolare l’ordine esistente per fonderne uno nuovo su basi razionali. Di contro, il *contrat social* europeo evocato da Pernice si trova rispetto a tutto questo in una posizione assai distante non tanto perché non mette in discussione l’articolazione statual-nazionale dell’Europa, ma perché mira a produrne un ripensamento che non ne implica l’azzeramento. In tale ottica è stata giustamente sollevata la questione se un contratto sociale, che non culmina in una radicale rottura dell’ordine esistente, possa assolvere la funzione originaria dello stesso come principio costruttivo di un nuovo ordine politico¹⁰. In tal modo, tuttavia, al di là di ridursi a un postulato scientifico privo della forza normativa e trasformativa che ne caratterizzava l’archetipo ricavabile dalle moderne dottrine giusnaturalistiche – e che può essere rubricato a mera «costruzione giuridica ausiliaria di portata limitata»¹¹ – esso si rivela, paradossalmente, ciò che occorre superare per dar vita a un costituzionalismo capace di valorizzare democraticamente, anziché neutralizzarlo, quell’elemento della pluralità che lo connota in senso innovativo.

Come noto, nella vasta produzione che Ingolf Pernice ha dedicato – a partire dalla seconda metà degli anni Novanta – alla costituzione dell’Europa, a cominciare dall’introduzione dei concetti di *Verfassungsverbund* e *Bürgerverbund*, in contrapposizione allo *Staatenverbund* adottato dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza sul Trattato di Maastricht, non si rinvie una trattazione sistematica e compiuta del concetto, né lo sviluppo di una costruzione teorica organica che ne fissi in modo stabile i fondamenti e le implicazioni. Il modo di procedere è invece multiforme, procede per accumulo e intreccia l’esposizione di elementi teorici con l’analisi di novità

¹⁰ Cfr. H. Hofmann, *Nascita, sviluppo e crisi del concetto di Costituzione*, cit., p. 24.

¹¹ *Ibidem* (nota 53).

istituzionali concrete – spesso legate alla ratifica dei trattati, a pronunce giurisprudenziali o altri più o meno potenziali sviluppi del processo di integrazione. In ciò non va riconosciuto un elemento di debolezza o un limite tout court della teoria stessa, bensì un “limite costituente”: una condizione che consente alla riflessione di mantenere un legame vivo e dinamico con il processo aperto di costituzionalizzazione europea che cerca di definire. La prestazione specifica di questa teoria – ovvero i suoi elementi costanti, rispetto a variabili che, sia detto con chiarezza, non vanno considerate meri accidenti – può essere desunta, ed è in questa direzione che si è cercato di procedere, attraverso un confronto ragionato tra i testi. Sebbene i riscontri testuali riportati restino inevitabilmente circoscritti, tratti da una selezione di contributi del giurista tedesco tra i più significativi sul concetto di *Verfassungsverbund*, si è cercato di precisare il più possibile eventuali corrispondenze, o – laddove presenti – le difformità, all’interno delle note.

2. La costituzione oltre lo Stato come *Verfassungsverbund*

La proposta di una teoria del costituzionalismo multilivello da parte di Ingolf Pernice prende esplicitamente le mosse dalla consapevolezza che le categorie convenzionali della dottrina dello Stato e della costituzione non sono più in grado di fornire una griglia concettuale e interpretativa adeguata alla classificazione – si potrebbe dire alla “misurazione” – del nuovo fenomeno politico-giuridico rappresentato dall’Unione Europea¹². La necessità di una autentica liberazione dalla concettualità statocentrica non va intesa come un espediente retorico, ma costituisce la condizione imprescindibile

¹² È da notare come sotto tale profilo emerga un singolare accordo con approcci alla realtà sovranazionale per molti versi collocati agli antipodi. Cfr. J. Isensee, *Europa – die politische Erfindung eines Erdeils*, in Id. (hrsg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Duncker & Humblot, Berlin 1993, p. 139, dove si afferma: «La Comunità Europea vive del fascino dell’incapacità». Isensee descrive la Comunità Europea come una costruzione giuridica sospesa in uno stato di perenne transitarietà, il cui tratto distintivo è il carattere dinamico. Essa tende ad accrescere i membri, competenze, densità normativa e strutturazione interna. Più che come un’istituzione stabilita, essa è concepita come un processo in divenire: più integrazione che istituzione, più unificazione che unità. Le sue forme giuridiche hanno valore solo provvisorio. L’assenza stessa di una finalità condivisa è in tal senso determinante: coesistono visioni tra loro inconciliabili su cosa debba diventare l’Europa – una Confederazione, una Federazione, uno Stato funzionale, un’entità *sui generis* o un’imitazione del modello statunitense. E proprio per questo, la sua forma giuridica attuale non trova posto negli schemi concettuali tradizionali della dottrina generale dello Stato e sfugge a ogni tentativo di definizione giuridica rigorosa. Isensee tratteggia così un quadro dell’integrazione europea come realtà giuridico-politica non riconducibile a modelli prestabiliti, priva di una forma definitiva e perciò teoricamente elusiva.

per descrivere e comprendere giuridicamente l’Unione Europea. Nel tentativo di introdurre e definire il termine-concetto di *Verfassungsverbund*, impiegato a partire dalla metà degli anni ’90 per caratterizzare l’Unione come una forma giuridica autonoma e innovativa, Pernice osserva recisamente:

Dobbiamo liberarci dalla camicia di forza della terminologia modellata sull’analogia con lo Stato, (...) se vogliamo descrivere in modo adeguato l’entità Unione Europea. (...) La nostra concettualità è plasmata dal diritto pubblico statuale. Se non vogliamo che ci riconduca costantemente allo Stato, dobbiamo chiarirne il mutamento di significato oppure elaborare nuovi concetti. (...) E in quanto giuristi, non dovremmo limitarci a descrivere l’Unione Europea, ma renderla comprensibile come un ordine normativo¹³.

L’esigenza di emanciparsi da una terminologia che assume lo Stato come riferimento intrascendibile è, dunque, accompagnata dalla consapevolezza che la nostra stessa concettualità resta ancora segnata dagli schemi tradizionali del diritto pubblico statale. L’intento non è quello di contrapporre semplicemente un modello a un altro, rischiando così di assumere come presupposto proprio la concettualità statale che si intende mettere in discussione. Tale concettualità esercita infatti un potere paralizzante, poiché riconduce sistematicamente allo Stato una realtà che può essere definita solo in negativo rispetto alle qualità che a quest’ultimo vengono usualmente attribuite. In quanto tale, l’esigenza di superarla si configura come un compito teorico che impone una messa in questione programmatica dei concetti consolidati. Assumendo come oggetto di studio l’Unione Europea, emerge la consapevolezza del fatto che l’alternativa teorica consiste tra il chiarire il mutamento di significato dei concetti veicolati da parole che sono rimaste invariate e l’elaborare nuovi termini capaci di designare concetti differenti, nei quali del mutamento venga data ragione. Anche le parole apparentemente ancora dotate di un significato certo, a un esame più attento si rivelano imprecise, o comunque bisognose di un supplemento esplicativo. Da ciò consegue che il costituzionalismo multilivello esclude una trasposizione diretta del concetto tradizionale di costituzione dal piano nazionale a quello sovranazionale.

In questa prospettiva, la teoria del costituzionalismo multilivello si colloca pienamente nel solco di una linea di ricerca avviata – non solo in Germania – da Peter Häberle (di cui Pernice è allievo¹⁴) volta allo sviluppo programmatico di una “europäische Verfassungslehre” svincolata dai modelli centrati sullo Stato nazionale, ma in grado di attingere criticamente e

¹³ I. Pernice, *Verfassungsverbund* (2010), cit., p. 663.

¹⁴ Cfr. I. Pernice, *Peter Häberle: Der Europäische Jurist*, A. Blankenagel, I. Pernice, H. Schulze-Fielitz (hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 3-13.

selettivamente alle “risorse teoriche” e al “patrimonio di esperienze” di quest’ultimo¹⁵. La consapevolezza della necessità di categorie che non derivino “immediatamente” dall’esperienza storica degli Stati nazionali è quindi intrinseca all’approccio teorico di Pernice: in esso tale consapevolezza trova espressione sistematica e si configura come condizione necessaria per una comprensione giuridica e politica delle forme complesse di unità oltre lo Stato. Pernice, che adotta una prospettiva giuridica, impiega il termine-concetto di *Verfassungsverbund* non solo per spiegare il diritto dell’Unione Europea, ma soprattutto per chiarire la relazione costitutiva tra quest’ultimo e i diritti costituzionali degli Stati membri. Il nesso tra le costituzioni nazionali e il diritto primario europeo, in quanto parti di un sistema giuridico integrato, individuano un nucleo chiave su cui si incentra la teoria. In altri termini, solo attraverso l’analisi dell’interazione tra ordinamenti è possibile comprendere il senso delle disposizioni normative in essi contenute. Accanto al superamento delle categorie tradizionali della dottrina dello Stato, in tal senso, è altrettanto centrale la critica che Pernice rivolge alle concezioni dell’Unione come mera organizzazione di diritto internazionale. Un simile approccio conserva una certa plausibilità soltanto se riferito alla fase istitutiva – tanto delle Comunità europee nel secondo dopoguerra quanto, più tardi, dell’Unione – ma risulterebbe da subito inadeguato, rivelandosi una costruzione meramente formale, non appena si consideri la concreta articolazione dell’autorità

¹⁵ Cfr. R. Wahl, *Erklären staatstheoretische Leibbegriffe die Europäische Union?*, «JuristenZeitung», vol. 60, n. 19, 2005, p. 917. Per quanto riguarda Peter Häberle – che non sarà oggetto diretto di trattazione nel presente lavoro – si tenga presente l’ottava e più recente edizione della *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, Baden-Baden 2016 (coautore M. Kotzur). Si tratta di un’impostazione condivisa anche da Pernice, il quale tuttavia tende talvolta a sovrapporre parola e concetto, con effetti paradossali. Egli afferma infatti che: «La creazione di nuove parole per oggetti che sono nuovi e astratti, e che quindi non possiamo percepire se non attraverso concetti con significato fisso e tradizionale, non può evocare alcuna rappresentazione del nuovo. Possiamo dunque lavorare solo con variazioni di concetti e immagini noti» (I. Pernice, *Verfassungsverbund* 2010, cit., p. 664). L’impostazione del problema in questi termini genera una duplice difficoltà: da un lato, se fosse possibile lavorare esclusivamente con “variazioni di concetti conosciuti”, risulterebbe logicamente impossibile rispettare l’esigenza di superare la «terminologia modellata sull’analoga con lo Stato»; dall’altro lato, il *novum* della costruzione europea resterebbe privo di una propria positività e, dunque, in ultima analisi, indeterminabile senza fare riferimento allo Stato. Altro è l’esigenza di una nuova concettualità, altro è l’uso di parole diverse per esprimerla. In tal senso, più che di una “variazione”, si potrebbe parlare di una vera e propria rottura con la concettualità tramandata, entro cui tuttavia si è chiamati a operare. A sostegno di tale possibile lettura, si consideri anche il riferimento che Pernice fa a C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, «Archiv des öffentlichen Rechts», vol. 129, n. 1, 2004, p. 81-120 (per un approfondimento della proposta di Christoph Schönberger si rinvia al capitolo quarto del presente lavoro). Più in generale, sul tema si veda S. Chignola, G. Duso, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell’Europa*, FrancoAngeli, Milano 2005, p. 7-12.

pubblica che tali assetti hanno effettivamente prodotto. Malgrado questi chiarimenti, può risultare ancora paradossale che Pernice si serva di un concetto, quale quello di “costituzione” (e, nella variante inglese, di “constitutionalism”), carico sotto il profilo storico e profondamente intrecciato con la vicenda dello Stato nazionale. Parlare di “costituzione” in riferimento all’Unione Europea significa infatti optare per un concetto tanto “tradizionale” e connotato quanto quello stesso di Stato. Tuttavia, se il concetto di Stato (nazionale) è, per Pernice, evidentemente inadeguato a comprendere l’UE in quanto comunità politico-giuridica, lo stesso non vale per il concetto di costituzione. Per potersene servire in tale ambito, è necessario però sganciarlo preliminarmente proprio dal contesto storico-moderno dello Stato nazionale. Qual è allora la ragione che giustifica e rende fruttuoso una simile operazione?

La risposta a questo interrogativo evidenzia un ulteriore debito teorico nei confronti di Häberle, dal quale Pernice riprende l’idea secondo cui lo Stato non è altro – e non può essere di più – rispetto a ciò che viene costituito dalla costituzione. La chiave per separare concettualmente costituzione e Stato risiederebbe allora nel riconoscimento della priorità logica della prima rispetto al secondo. Poiché il nesso tra Stato e costituzione non è di implicazione reciproca, bensì di derivazione, la costituzione può valere anche in riferimento a forme politico-giuridiche diverse dallo Stato, purché dotate di una legittimità propria in quanto espressioni di autorità pubblica. Lo Stato, e con esso gli atti statali, non esistono che in quanto istituiti – prima ancora che disciplinati – dalla costituzione. La costituzione, in tal senso, può essere lo strumento giuridico attraverso cui non solo un popolo si auto-organizza politicamente, ma una pluralità di popoli può darsi istituzioni comuni con autorità pubblica, senza che ciò implichi la creazione di un’entità sovraordinata rispetto alle componenti politiche partecipanti. Inoltre, il significato specifico della costituzione non rimanda primariamente all’istituzione di un potere assoluto, ma a quell’accordarsi reciproco (*sich vertragen*) tra cittadini, che, secondo Pernice, giustifica il ricorso all’idea di un contratto sociale europeo, nella prospettiva di conferire una sistematicità unitaria alla teoria del costituzionalismo multilivello. Ma su questo punto si tornerà più avanti in modo più approfondito.

Sebbene – è utile ricordarlo – l’osservazione di Häberle fosse originariamente finalizzata a chiarire il concetto di Stato costituzionale di diritto (*Verfassungsstaatlichkeit*), con il rischio di assumere i tratti di un’affermazione tautologica, essa acquista nel discorso di Pernice una funzione immediatamente decostruttiva rispetto agli argomenti avanzati dai già menzionati sostenitori della tesi no-demos nel dibattito costituzionale europeo. Se assunta e portata alle sue estreme conseguenze, la tesi della priorità della costituzione

implica infatti non solo che lo Stato non possa essere concepito come unità politica preesistente rispetto ad essa, ma nemmeno il popolo possa esserlo: entrambi possono avere, al più, uno statuto ideale, ma non un'esistenza concreta. L'idea schmittiana, alla base del principio di identità espresso nella *Verfassungslehre* (1928), secondo cui non vi è Stato senza popolo – essendo lo Stato lo *status* dell'unità politica di un popolo, e il popolo tale in quanto immediatamente presente – viene così esplicitamente rifiutata a favore della tesi per cui Stato e popolo esistono esclusivamente in quanto costituiti, ovvero – forzando l'espressione – resi presenti e messi in forma dalla costituzione. In senso più generale, la costituzione viene intesa come fondamento di ogni forma di potere che pretenda legittimità nelle condizioni delle società complesse. E nel caso di realtà politiche come l'Unione Europea, ciò pone l'esigenza di comprendere una moltiplicazione di tale potere su piani molteplici – un tratto che il processo stesso di integrazione europea ha storicamente esemplificato anche *de facto*.

Oltre alla significativa funzione critica che l'attribuzione di una valenza originaria alla costituzione assume in questo contesto teorico, è opportuno interrogarsi se tale spostamento – dalla centralità dello Stato a quella della costituzione – sia di per sé sufficiente a pensare la costituzione *oltre lo Stato*, oppure se non si possa individuare un presupposto concettuale comune a entrambi, che merita a sua volta di essere sottoposto a un'attenta analisi. In quanto figura storica, ma anche in quanto tipologia, lo Stato costituzionale si inserisce nella vicenda del costituzionalismo moderno del secondo Novecento, segnato dall'emergere del controllo di legittimità costituzionale e dal ruolo centrale delle corti costituzionali nazionali. Come ha osservato Hasso Hofmann, «in questo processo, la funzione di idea-guida e di concetto fondamentale sistematico all'interno della teoria della comunità politica è passata (di nuovo) dal concetto di Stato a quello di Costituzione»¹⁶. Questo passaggio segna una rottura rispetto al positivismo giuridico dello Stato di diritto e alla dottrina della sovranità statale della prima metà del Novecento (si pensi alla *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek), ma riattualizza al contempo problemi già discussi nella dottrina dello Stato weimariana e riprende motivi presenti nel costituzionalismo rivoluzionario di fine Settecento. Non a caso, esso sembra trovare un denominatore comune nel concetto moderno di sovranità. Se non è la rappresentazione dello Stato a determinare la costituzione, ma è piuttosto la tesi comprensiva secondo cui è la costituzione a determinare lo Stato, allora si può coerentemente affermare che non è lo Stato

¹⁶ H. Hofmann, *Nascita, sviluppo e crisi del concetto di Costituzione*, cit., p. 18.

ad essere sovrano, bensì la costituzione¹⁷. La tesi della priorità della costituzione rimarrebbe dunque perfettamente inscritta nell’orizzonte della sovranità moderna.

La consapevolezza della problematicità di questo presupposto non è affatto estranea alla riflessione di Pernice. Tuttavia, egli non sembra adottare la via indicata da un costituzionalista come Martin Kriele, il quale – a partire da una considerazione interna della premessa del primato costituzionale e in forza della logica stessa della costituzione moderna – conclude che «nello Stato costituzionale non c’è alcun sovrano»¹⁸. Tale affermazione non comporta in effetti un superamento di una concezione unitaria della sovranità. Nel contesto dello Stato costituzionale, la sovranità non risiede direttamente nella società ma è esercitata dallo Stato, inteso come l’insieme degli organi e del diritto che lo struttura – e ciò comporta che è il diritto pubblico a organizzare e regolare l’esercizio del potere, ponendosi in una posizione di superiorità normativa rispetto alla società¹⁹. In modo analogo a quanto visto nel caso di Habermas – che, pur partendo dalla concezione procedurale della sovranità, si spinge oltre nel trattare della costituzione europea – anche Pernice si muove nella direzione di una sovranità pensata come divisa o sdoppiata, alla luce delle dinamiche stesse del processo d’integrazione²⁰. (Si tornerà su questo punto più avanti, per esaminare in particolare il rapporto con l’ipotesi di un contratto sociale tra cittadini e cittadine d’Europa).

Nel caso specifico del costituzionalismo multilivello di Pernice, la comprensione della peculiare costituzione dell’Europa non può prescindere da una teoria dell’integrazione europea che non consideri le Comunità europee e l’Unione Europea come semplici fasi preparatorie in direzione di uno Stato federale, ma piuttosto come una «forma diversa di governo complesso»²¹.

¹⁷ Cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1994, pp. 121 ss.

¹⁸ Ivi, p. 122

¹⁹ Cfr. *Ibidem*.

²⁰ È proprio in Pernice che si può riconoscere una delle principali fonti teoriche cui Habermas si è ispirato nel formulare l’idea recente di “sovranità divisa” (cfr. il precedente capitolo).

²¹ L’espressione («*andere Form komplexen Regierens*») è di Anne Peters (*Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker & Humblot, Berlin 2001, p. 205). In questa prospettiva, le ragioni che spingono a prendere le distanze dal presunto continuum tra Stato federale e Confederazione di Stati affondano nella storia complessa del processo d’integrazione avviato nel secondo dopoguerra. In particolare, è nell’intento, formulato nel preambolo del Trattato di Roma del 25 marzo 1957, di «porre le fondamenta di un’unione sempre più stretta tra i popoli europei» che andrebbe colta l’esplicita volontà di orientare l’integrazione europea lungo una traiettoria diversa rispetto a quella della formazione di uno Stato nazionale. Essa si

Come è stato notato, il *Verfassungsverbund* si configura infatti come una «Federazione di costituzioni che legittimano il governo ai diversi livelli e la partecipazione dei singoli a esso»²². Il riferimento a una teoria del processo di integrazione risulta tutt’altro che marginale, proprio se si considera il carattere al tempo stesso innovativo e incompiuto di tale processo, nonché la valenza “costituzionale” che gli viene attribuita²³. Nella costruzione di entità giuridiche sovranazionali capaci di agire politicamente si concretizzano – e trovano al contempo risposta – esigenze effettive che non riguardano entità astratte come gli Stati, bensì soggetti concreti. Questa corrispondenza tra processo di integrazione europeo e processo costituzionale produce due conseguenze principali: la prima è che l’approccio teorico del costituzionalismo multilivello non risulta smentito, ad esempio, dalla mancata ratifica del Trattato che adottava una Costituzione per l’Europa, giacché – secondo una delle premesse fondamentali del discorso di Pernice – la costituzione europea è presente già da prima e, per così dire, sopravvive a quel fallimento²⁴; la seconda è rappresentata da uno specifico effetto di indeterminatezza o incompiutezza concettuale, da cui è dipesa in parte la forza attrattiva e la fortuna teorica dell’idea stessa di *Verfassungsverbund*²⁵.

L’introduzione del concetto di *Verfassungsverbund* è accompagnata così, nel complesso, dall’intento esplicito di delineare una “teoria della costituzione postnazionale”, volta a superare la “restrizione statalistica” e a comprendere tanto il diritto costituzionale nazionale quanto quello europeo, assicurando al contempo condizioni strutturali per una partecipazione

configura fin dall’inizio come una proposta differente, concepita in reazione alle tragedie che hanno segnato la prima metà del Novecento. Sulla modalità in cui tale alternativa trova concreta articolazione si ritornerà in seguito.

²² G. Zagrebelsky, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, cit., p. IX.

²³ Cfr. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, cit., pp. 547-548 («Il processo di integrazione politica europea può essere ricostruito come un processo costituzionale iniziato nei primi anni ’50, che ha coinvolto sia il livello costituzionale nazionale che quello europeo»).

²⁴ Sulla possibilità e il significato di una costituzionalizzazione dell’UE pur in assenza di un trattato costituzionale, cfr. A. Peters, *The Constitutionalisation of the European Union – Without the Constitutional Treaty*, in S. Puntscher Riekmann, W. Wessels (eds), *The Making of a European Constitution. Dynamics and Limits of the Convention Experience*, VS Verlag, Wiesbaden 2006, pp. 37-53.

²⁵ Cfr. M. Jestaedt, *Der Europäische Verfassungsverbund*, cit., p. 100, dove si osserva peraltro come ciò non costituisca un ostacolo per chiedersi se e in che misura il concetto è in sé coerente. Inoltre, proprio la teoria del costituzionalismo di Pernice è stata vista come l’emblema di un’evoluzione delle teorie giuridiche «per accumulazione piuttosto che per drastici cambiamenti», G. Della Cananea, *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, 2010, «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», vol. 70, n. 2, 2010, p. 285.

democratica effettiva²⁶. In tale prospettiva, la ridefinizione del rapporto tra unità e pluralità – inteso come relazione di cooperazione e interazione tra le parti –, la natura differenziata della pluralità istituzionale e normativa²⁷, nonché il carattere dinamico della costituzione, vengono indicati da Pernice come elementi decisivi per un approccio alla questione della costituzione oltre lo Stato. Muovendo da queste premesse, il *Verfassungsverbund* non risulta collocabile lungo il continuum concettuale che collega lo Stato federale e la Federazione di Stati, come invece accade per il concetto, ben più diffuso in dottrina, di *Staatenverbund*, il quale, pur nascendo da presupposti teorici affini, si pone in contrasto con l'impostazione di Pernice e ne rappresenta, per così dire, l'alternativa concettuale principale²⁸.

Prima di trattare più nel dettaglio il concetto poc'anzi evocato di *Staatenverbund* e la differenza che lo caratterizza rispetto al *Verfassungsverbund*, è opportuno riassumere l'insieme delle istanze teoriche e dei tratti definitori che, nelle molteplici formulazioni di Pernice, concorrono a delineare la struttura concettuale della costituzione in riferimento all'Unione Europea. Si possono in tal senso individuare sei elementi fondamentali:

1- Il carattere originario della costituzione: la costituzione è concepita come condizione costitutiva dell'esistenza di una *Rechtsgemeinschaft* (comunità di diritto), che non è di per sé ri(con)ducibile alla forma statuale. L'Unione non sorge da uno Stato né tende necessariamente a costituirne uno, ma si fonda su una configurazione giuridica autonoma che istituisce un ordine normativo proprio.

2- La struttura multilivello della costituzione europea: essa si articola su piani distinti e coordinati, in particolare il livello delle costituzioni statali e quello del diritto primario dell'Unione. Questi livelli sono da intendersi come costituzioni “parziali” che, nella loro interazione, compongono un assetto costituzionale complesso e integrato.

3- Il carattere costituzionale del legame tra ordinamenti: l'interazione tra le diverse costituzioni (nazionali ed europea) assume un significato

²⁶ Cfr. I. Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht* (2001), cit., p. 488.

²⁷ Cfr. A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, cit., pp. 55-56 («Il *Verfassungsverbund*, in cui la costituzione europea e quelle degli Stati membri interagiscono, è un esempio di pluralismo costituzionale e di codificazione parziale, anziché totale»).

²⁸ Di diverso avviso Armin von Bogdandy, il quale nei suoi *Grundprinzipien* (in A. von Bogdandy, J. Bast (hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlin-Heidelberg 2009, pp. 50-51) ha tentato a sua volta di sviluppare autonomamente il concetto *Verbund* e ha proposto di superare la stessa contrapposizione tra *Staatenverbund* e *Verfassungsverbund*: se il primo risulta prossimo alla figura tradizionale della Confederazione di Stati, il secondo appare nondimeno tendere verso lo Stato federale. Che ciò, almeno nelle intenzioni, non corrisponda al proposito di Pernice è quanto dovrebbe essere emerso finora.

costitutivo per l'organizzazione del potere politico. Tale legame non è meramente funzionale o derivato, ma è esso stesso parte dell'architettura costituzionale dell'Europa.

4- La presenza di una pluralità di livelli di governo: questi livelli non si sovrappongono in modo gerarchico, ma comunicano e cooperano tra loro. Tale interazione orizzontale riflette una nuova forma di esercizio del potere pubblico, fondata sulla condivisione delle competenze e sulla costruzione di decisioni comuni.

5- Il carattere dinamico e processuale della costituzione: la costituzione europea non è un testo statico né una struttura chiusa, ma si sviluppa attraverso il processo stesso di integrazione. In tal senso, l'integrazione europea si configura come un vero e proprio processo di costituzionalizzazione in atto, che evolve nel tempo e si ridefinisce in base ai mutamenti politici, giuridici e sociali.

6- Il fondamento democratico della validità dell'ordine multilivello: la legittimità dei vari ordinamenti che compongono il sistema multilivello trova il suo fondamento nelle cittadine e nei cittadini d'Europa. Pernice attribuisce un ruolo decisivo all'elemento del *sich vertragen* – l'intendersi, il trovare un accordo – come presupposto costitutivo di una comunità politica fondata sulla reciproca accettazione e sull'integrazione democratica. Non è un'entità astratta a fondare l'ordine giuridico, ma il riconoscimento reciproco tra individui concreti.

3. *Pluriversum der Staaten*: alcune aporie dello *Staatenverbund*

La scelta del termine *Verfassungsverbund* è stata motivata, in primo luogo, dal tentativo (in un certo senso di natura polemica) di prendere le distanze dall'impiego, da parte della Corte costituzionale federale tedesca, di un diverso neologismo e concetto, quello di *Staatenverbund* – “associazione”²⁹, “connessione” o “unione” di Stati (sovrauni)³⁰. Quest'ultimo è stato utilizzato nella celebre sentenza sul Trattato di Maastricht (1993) per

²⁹ “Associazione di Stati” è la traduzione che ricorre più di frequente: si tratta di una resa accettabile nella misura in cui si intenda il termine in senso lato – non legato alla dimensione del sociale come contrapposto allo Stato.

³⁰ Nell'introduzione a EV (p. 18), Pernice ha precisato che il suo intento non era quello di contrapporsi allo *Staatenverbund*, bensì di offrirne una diversa prospettiva, ponendo l'accento sull'aspetto costituzionale e sul ruolo centrale delle cittadine e dei cittadini.

designare la forma giuridica dell’Unione Europea³¹. Secondo la Corte, infatti, «il trattato istituisce uno *Staatenverbund* sostenuto dagli Stati membri e rispettoso della loro identità nazionale; esso riguarda l’adesione della Germania a organizzazioni sovranazionali, non l’appartenenza a uno Stato europeo»³². L’introduzione del concetto serve a chiarire la natura di organizzazione internazionale fondata mediante il Trattato, distinguendola nettamente dallo Stato federale. Di conseguenza, vengono preciseate due differenti forme del “far parte” (adesione-appartenenza), e la Corte ritiene che l’adesione degli Stati avvenga in qualità di signori dei trattati, vale a dire mediante l’accordo unanime delle parti contraenti, con, tra l’altro, la possibilità di recedere liberamente³³.

Il potere comunitario proprio di questa associazione di Stati deve pertanto essere derivato dagli Stati membri, i quali restano i legittimi titolari della sovranità: il che implica l’assenza di un fondamento democratico *autonomo* dell’Unione secondo il modello statale. Una delle questioni, se non la questione centrale, affrontata dalla sentenza concerne, in particolare, la compatibilità dell’integrazione europea con il principio democratico sancito dall’articolo 38, comma 1, del *Grundgesetz*³⁴, operante a livello nazionale. Il parere favorevole della Corte si fonda sulla legittimazione e sull’influenza popolare all’interno dello *Staatenverbund*, che sarebbero garantite sia dal controllo *ex*

³¹ Che non ci si trovi di fronte semplicemente a una mera schermaglia di ordine terminologico è stato sovente ribadito. Cfr. M. Jestaedt, *Der Europäische Verfassungsverbund*, cit., pp. 99-100; N. Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, cit., pp. 3-6; G. Della Cannea, *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, cit., p. 295-300.

³² BVerfGE 89, 155 (Maastricht-Urteil); nel contesto della sentenza il concetto di *Staatenverbund* designa una forma di cooperazione sovranazionale tra Stati sovrani, nella quale il potere degli organi europei deriva da deleghe statali e resta vincolato alla legittimazione democratica garantita dai parlamenti nazionali. La sovranità permane negli Stati membri, che restano i “signori dei trattati”, e la partecipazione alla volontà collettiva dell’Unione avviene secondo procedure concordate, i cui esiti vincolano anche se non riconducibili direttamente alla volontà del singolo Stato. L’UE non è uno Stato fondato su un popolo europeo, ma una comunità tra popoli organizzati in Stati, nella quale la legittimazione democratica si articola tra rappresentanza nazionale e Parlamento europeo. Lo *Staatenverbund*, dunque, esclude una sovranità autonoma dell’Unione, affermando la priorità del diritto costituzionale nazionale quale fondamento della validità del diritto europeo all’interno del territorio tedesco.

³³ Sul diritto di recesso nel contesto unionale, ci sia consentito rimandare a M. Bozzon, *Unità politica e «secessione» oltre lo Stato. Considerazioni a partire dalla Brexit*, «Filosofia politica», vol. 33, n. 2, 2019, pp. 445-469; sulla problematica complessiva della “secessione” in chiave storico-dottrinale, imprescindibile C. Margiotta, *L’ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, il Mulino, Bologna 2005.

³⁴ «I deputati del *Bundestag* tedesco sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Essi sono rappresentanti di tutto il popolo, non vincolati da mandati o istruzioni e soggetti soltanto alla propria coscienza».

ante che vincola l’azione degli organi comunitari ai parlamenti nazionali, sia dalla (seppur limitata) rappresentanza assicurata dal Parlamento europeo. È proprio nella derivazione della struttura sovranazionale dagli Stati – costantemente qualificati come titolari della sovranità – che risiede la ragione principale per cui la sentenza è stata letta in dottrina, complessivamente, come un’(anacronistica) riaffermazione dell’autorità sovrana dello Stato³⁵.

Il termine-concetto di *Staatenverbund* era stato in realtà coniato, prima della sentenza, dallo stesso giudice relatore della Corte, Paul Kirchhof, in un contributo teorico in cui veniva proposto come una terza via rispetto all’alternativa tradizionale tra Stato federale e Confederazione di Stati – pur situandosi più in prossimità di quest’ultimo che non del primo³⁶. In precedenza, Kirchhof aveva utilizzato in via transitoria anche l’espressione *Staatenverband*³⁷: la scelta finale a favore di *Staatenverbund* è stata interpretata sia come un modo per evitare l’accezione privatistica del *Verband*, tipica di tale forma giuridica, sia come un tentativo di attenuare il carattere innovativo dell’Unione Europea come nuova forma costituzionale, sottolineandone piuttosto i contorni sfumati³⁸. In entrambi i casi, ciò su cui si pone l’accento è il riferimento agli Stati, declinati al plurale, come punto saldo e imprescindibile del progetto e dello sviluppo dell’Unione.

È utile soffermarsi, seppur brevemente, su tale proposta, che, da un lato, rigetta l’alternativa binaria Confederazione di Stati-Stato federale e, dall’altro lato, si configura come formula di compromesso, finalizzata a mantenere il riferimento allo Stato – o, più precisamente, agli Stati nazionali esistenti – per metterne in luce le persistenti ambiguità concettuali³⁹. A dispetto delle differenze che verranno analizzate in seguito, il termine-concetto

³⁵ Cfr. N. Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, cit., p. 143.

³⁶ Si tenga presente che anche i contributi di Kirchhof sull’Europa prendono le mosse dall’idea che l’UE presenti un carattere del tutto inedito, non afferribile con le categorie tradizionali. Cfr., in particolare, P. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 7, C.F. Müller, Heidelberg 1992, p. 886; Id., *Der europäische Staatenverbund*, in A. von Bogdandy, J. Bast (hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., p. 1016.

³⁷ P. Kirchhof, *Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, in P. Kirchhof, C.-D. Ehlermann (hrsg.), *Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, Nomos, Baden-Baden 1991, p. 16.

³⁸ Cfr. F.C. Mayer, M. Wendel, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, cit.

³⁹ È esplicitamente dal punto di vista della dottrina generale dello Stato che è necessario sviluppare un’immaginazione che superi l’alternativa Confederazione di Stati-Stato federale. Cfr. P. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., p. 886. È convinzione di Kirchhof infatti che l’Europa richieda un pensiero sullo Stato e non contro lo Stato. Al contrario, Pernice tenta di proporre (e ritiene che l’Europa richieda) un pensiero “oltre lo Stato”.

Staatenverbund condivide con *Verfassungsverbund* l'opzione di principio contro l'affermazione del carattere statale dell'Unione. Il ricorso a un neologismo serve in entrambi i casi a suffragare tale presa di distanza, ma deve anche mostrare una capacità esplicativa positiva, che superi la mera determinazione in negativo (ovvero che vada oltre la mera ripetizione della distanza che la separa dallo Stato, e consenta di pensare l'unità politica europea come realtà autonoma rispetto allo Stato)⁴⁰. La “terza via” rappresentata da *Staatenverbund* deriverebbe, come si è già accennato, tanto dall'assenza di un fondamento democratico autonomo dell'Unione quanto dalla conservazione della sovranità da parte degli Stati aderenti, i quali, in quanto Stati costituzionali, devono fungere essi stessi da fondamento del potere comunitario⁴¹. Secondo Kirchhof, tale condizione verrebbe meno nel caso di una trasformazione dell'Unione in uno Stato federale, poiché ciò comporterebbe l'immediata perdita delle qualità statali dei membri («*Entstaatlichung*»)⁴². Al contrario, afferma Kirchhof, «il presente non richiede lo scioglimento degli Stati esistenti in Europa, bensì lo sviluppo di uno *Staatenverbund*»⁴³: lo sviluppo dell’“associazione” di Stati deve quindi procedere in parallelo con la conservazione degli Stati esistenti. Kirchhof prosegue sostenendo che la statualità che preesiste va valorizzata quale base di una comunità di Stati capace di rendere possibile la libertà e quale presidio di un ordine giuridico pacifico, così da consolidare la garanzia del diritto costituzionale, intensificare la cooperazione tra gli Stati dell'intero continente europeo, e conferire legittimazione e impulso allo sviluppo delle istituzioni interstatali⁴⁴. La statualità già presente non va conservata, dunque, in virtù della sua mera esistenza fattuale,

⁴⁰ Su questo si veda C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit.; inoltre, R. Wahl, *Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*, cit., p. 920

⁴¹ Cfr. P. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., p. 879-881, dove si legge: «La dottrina generale dello Stato dovrà sviluppare la propria immaginazione per superare l’alternativa tra Confederazione di Stati o Stato federale». Più di recente Kirchhof ha definito l’UE in questi termini subito dopo aver chiarito il significato della democrazia in accordo con la dottrina dello Stato e la non immediata trasferibilità di quest’ultima rispetto all’Unione: mancando un popolo europeo inteso come soggetto unitario, la legittimazione democratica non può essere semplicemente “copiata” dai modelli statali nazionali. Lo *Staatenverbund* è inteso come una comunità di Stati strettamente uniti tra loro, nella quale i membri svolgono insieme parte dei loro compiti e condividono l’esercizio di una parte delle loro prerogative sovrane (cfr. P. Kirchhof, *Der europäische Staatenverbund*, cit. 1011-1012).

⁴² Cfr. P. Kirchhof, *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, in J. Isensee (hrsg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, cit., pp. 93, 95 e ss. (qui Kirchhof situa lo *Staatenverbund* a metà strada tra Confederazione di Stati e destatalizzazione, dove quest’ultima è intesa come equivalente della formazione di uno Stato federale europeo).

⁴³ P. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., p. 881.

⁴⁴ *Ibidem*.

ma in ragione della sua normatività: essa costituisce infatti il presupposto per la libertà individuale e per il mantenimento di un ordinamento giuridico orientato alla pace.

In tale proposta, la conservazione degli Stati nazionali risulta costitutiva per poter definire l'Unione Europea come *Staatenverbund*, e ciò che si tratta di sviluppare è una comunità giuridica e di azione di Stati europei funzionalmente definita. Questa deve garantire anzitutto «le condizioni di base per una circolazione senza ostacoli di persone, merci e informazioni attraverso i confini nazionali», promuovere e facilitare lo «scambio e incontro tra europei», ma soprattutto assicurare «la dignità umana, la libertà e la pace in Europa»⁴⁵. Se da un lato il mantenimento della sovranità in capo agli Stati sembra, almeno in prima istanza, rendere plausibile l'impiego della categoria tradizionale di Confederazione di Stati⁴⁶, è invece nella determinazione dei fini – garanzia e promozione dei diritti e della pace – che si radicherebbe la specificità irriducibile dello *Staatenverbund* rispetto alla dicotomia classica tra Stato federale e Confederazione di Stati.

Nel *Verbund*, nella forma stessa dello “stare insieme”, gli Stati non rinunciano alla propria autonomia, la quale si configura anzi come condizione di possibilità del carattere plurale della comunità:

Lo *Staatenverbund* rimane una comunità giuridica e d'azione di Stati autonomi, che è orientata a un'unità europea nella diversità regionale e nelle specificità individuali, a una pluralità di comunità e compiti statali consolidati, a un'appartenenza comune di diversi popoli europei. Questa unione preserva le conquiste degli Stati costituzionali, ma apre la statualità ai diritti umani inviolabili e agli obblighi di pace e vincola gli Stati in una comunità d'azione europea⁴⁷.

Il passo mette in evidenza – da un lato – come anche nella posizione di Kirchhof e nel concetto di *Staatenverbund* la pluralità risulti presupposto costitutivo, e come l'unità politico-giuridica vada intesa proprio in quanto strutturalmente plurale. La stessa scelta terminologica non solo sottolinea, ma sembra deliberatamente privilegiare la pluralità nell'unità, come suggerisce

⁴⁵ Ivi, p. 882.

⁴⁶ Non a caso la similarità tra *Staatenverbund* e Confederazione di Stati a livello contenutistico, sistematico e di finalità è stata sostenuta da alcuni interpreti. Cfr., in particolare, B. Kahl, *Europäische Union: Bundesstaat - Staatenbund- Staatenverbund? Zum Urteil des BVerfG vom 12. Oktober 1993*, «Der Staat», vol. 33, n. 2, 1994, pp. 245-250 e 257; inoltre, A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 92. La prossimità tra le due categorie traspare anche da alcuni passaggi delle trattazioni di Kirchhof (a titolo d'esempio, cfr. *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., p. 886).

⁴⁷ *Ibidem*.

la costruzione *Staaten-verbund*. Dall’altro lato, tuttavia, rimane problematica la modalità in cui tale presupposto viene concretamente articolato nel concetto di “associazione” di Stati: questi ultimi continuano infatti a sussistere come sovranamente autonomi e tale autonomia viene posta come condizione di esistenza della comunità stessa. La comunità giuridica e d’azione europea presuppone l’autonomia sovrana degli Stati, e in essa trova anche il proprio limite: lo *Staatenverbund* rimane, appunto, una comunità giuridica e di azione derivata. Questa forma di associazione di Stati, se assunta in senso radicale, appare allora come una forma di associazione nella dissociazione: la relazione tra gli Stati si pone nel momento stesso in cui si nega e si nega nel momento in cui si pone. Ogni ipotesi di associazione che trasformasse dialetticamente le costituzioni degli Stati membri non risulterebbe dunque pensabile, poiché finirebbe col mettere in discussione la condizione stessa di possibilità della comunità: la persistenza di Stati sovrani autonomi.

Che attraverso *Staatenverbund* si intenda forse designare anche qualcosa di diverso – e che, tuttavia, una certa ambiguità permanga – sembra confermato con particolare evidenza là dove Kirchhof distingue esplicitamente tale configurazione proprio da quella di *Verfassungsverbund*:

Lo *Staatenverbund* non è un *Verfassungsverbund*. È vero che l’ordinamento fondamentale europeo, insieme alle costituzioni degli Stati membri e alla CEDU, mira a fondare un ordinamento giuridico paneuropeo in cui le diverse fonti di origine e di conoscenza di tale diritto si sostengono, rafforzano e sviluppano a vicenda. Tuttavia, questa unione giuridica è concepita precisamente per attribuire, attraverso la distinzione tra costituzioni, trattato sull’Unione europea, trattato CE e CEDU, compiti, competenze e poteri, e così responsabilità giuridiche, per legittimare i poteri sovrani e per fondare le responsabilità di controllo. *Gli Stati sono connessi nella loro struttura costituzionale autonoma – e, in tal senso, non connessi*⁴⁸.

Qui la distinzione è netta: lo *Staatenverbund* non coincide con il *Verfassungsverbund*, anche se l’ordine giuridico europeo – nella sua interazione con le costituzioni nazionali e la CEDU – mira alla costruzione di un sistema normativo comune in cui le diverse fonti di legittimazione si sostengono reciprocamente. L’associazione giuridica, tuttavia, è finalizzata a delimitare, mediante la distinzione tra le diverse basi normative (costituzioni, trattati dell’Unione, Cedu), le competenze, i poteri e le responsabilità giuridiche, legittimando le autorità sovrane e fondando i corrispondenti meccanismi di controllo. Gli Stati rimangono connessi solo in quanto formalmente distinti – e, proprio in tal senso, sono non connessi nella loro struttura costituzionale.

⁴⁸ P. Kirchhof, *Der europäische Staatenverbund*, cit., p. 1017 (corsivo mio).

Pur senza costituire una critica sistematica alla teoria del *Verfassungsverbund*, dalle considerazioni di Kirchhof emerge con chiarezza l’obiezione a un’eccessiva tendenza alla totalizzazione: vale a dire, alla riconduzione della molteplicità degli ordinamenti giuridici esistenti entro un ordine costituzionale unitario, che il concetto introdotto da Pernice sembra suggerire impropriamente. L’ordinamento giuridico fondamentale dell’Europa, secondo Kirchhof, non dispone di una fondazione unitaria e forte; esso va piuttosto inteso come un processo cooperativo tra ordinamenti distinti, i quali si «sostengono, rafforzano e sviluppano reciprocamente». In altri termini – ed è qui che si collocherebbe, per Kirchhof, il limite della proposta di Pernice – l’idea di *Verfassungsverbund* implicherebbe un fondamento monistico non giustificabile, non tanto in nome di un’apologia dello Stato nazionale come entità empirica, quanto piuttosto in ragione del suo valore normativo (in quanto Stato costituzionale). È proprio questo slittamento che rischia, da una prospettiva immanente alla teoria stessa, di metterne in discussione alcuni presupposti fondamentali. Su questo nodo si concentrerà, di seguito, l’analisi critica del *multilevel constitutionalism*.

Per quanto riguarda la proposta di Kirchhof, l’ultimo segmento del passo citato evidenzia la problematicità della struttura formale della relazione tra Stati, nella misura in cui questi permangono come “Stati autonomi” («gli Stati sono connessi nella loro struttura costituzionale autonoma – e, in tal senso, non connessi»). Il modo in cui pluralità e relazione possano costituire positivamente un ordine giuridico sembra non necessitare di ulteriori chiarimenti, poiché la pluralità è pensata come pluralità di entità “uguali”, e la relazione come garanzia dell’autonomia: ovvero, come assenza di relazione sostanziale. La struttura costituzionale autonoma caratterizza in modo equivalente tutti gli Stati – e soltanto essi – al punto che l’associazione si fonda, paradossalmente, sulla loro dissociazione. L’immagine di sfondo sembra per certi aspetti riecheggiare quella dello stato di natura, in cui si tratta di concepire la coesistenza di individui ugualmente liberi come entità pre-politiche autonome.

In realtà, Kirchhof è lunghi dal ritenere gli Stati come entità chiuse verso l’esterno⁴⁹. Al contrario, essi risultano aperti agli obblighi di diritto internazionale per ragioni immanenti alla propria struttura costituzionale, in particolare per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali all’interno e dei diritti umani e della pace all’esterno. Tuttavia, questa apertura – lunghi dal dischiudere un senso diverso della pluralità e della relazione – finisce per rendere al contempo indispensabile e contingente l’esistenza

⁴⁹ Cfr. P. Kirchhof, *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 100.

dell’associazione sovranazionale. Questa tensione riemerge con forza se si considera il compito specifico che Kirchhof attribuisce all’Europa e al processo di integrazione europea. Già in un saggio del 1993 sul rapporto tra unificazione europea e Stato costituzionale, egli rilevava quanto segue: «Il compito attuale dell’Europa consiste nel fare di tutti gli Stati europei degli Stati costituzionali e, in tal modo, vincolarli – nella loro propria conformazione costituzionale – ai principi dello Stato di diritto, della democrazia e dello Stato sociale»⁵⁰. Il passo introduce una significativa inversione rispetto a quanto finora emerso: da condizione di possibilità per l’esistenza della comunità giuridica e d’azione a livello sovranazionale, lo Stato costituzionale – con il suo vincolo allo Stato di diritto, alla democrazia e allo Stato sociale – si rovescia qui nel compito affidato all’Europa. Si tratta di un orientamento (di impronta “kelseniana”) che, in recenti riflessioni sul diritto internazionale, è stato spesso contrapposto alla visione classica secondo cui l’ordinamento internazionale presuppone Stati autosufficienti come monadi giuridiche, trascurando il fatto che l’effettività del diritto costituzionale presuppone, logicamente, l’esistenza del diritto internazionale, e non viceversa. Tuttavia, una volta stabilito che l’Europa non può essere uno Stato, sorge una domanda inevitabile: come può essa adempiere effettivamente al compito di effettiva trasformazione costituzionale, se non limitandosi a non agire, rinunciando a intervenire e sperando che siano gli Stati a fare ciò che sarebbe necessario? In altri termini, se l’Unione non dispone né di una sovranità propria né di un fondamento costituzionale forte, il compito stesso che le viene attribuito rischia di eccedere le sue capacità costitutive, collocandosi in una zona d’indeterminatezza normativa e politica che, più che aprire a un ordine nuovo, riproduce la paralisi strutturale dell’associazione europea come *Verbund*.

4. Dagli Stati alle cittadine e ai cittadini d’Europa

Al di là dell’opposizione al carattere “statocentrico” della sentenza della Corte costituzionale tedesca, la questione sollevata da Pernice riguarda innanzitutto le modalità con cui il *Verbund* viene declinato e, in particolare, la possibilità di pensare la pluralità in un’accezione diversa rispetto a quella della mera coesistenza di Stati sovrani, o di una cooperazione comunque ridotta al minimo, intesa cioè come funzionale esclusivamente alla tutela dell’autonomia presa sovrana delle parti. Proprio in riferimento all’utilizzo, da parte della Corte costituzionale federale tedesca, del concetto di *Staatenverbund* – e prima di avanzare quello di *Verfassungsverbund* per

⁵⁰ Ivi, p. 101.

concettualizzare in modo più adeguato l’Unione Europea –, Pernice parlerà di «problemi definitori»⁵¹ derivanti dall’assunzione e dalla valorizzazione esclusiva degli Stati pensati a partire dalla loro sovraa autonoma. Ne risulterebbe non solo un indebolimento dell’elemento di unità politica a livello sovranazionale, ma l’incapacità stessa di dare conto di ciò che rende l’Unione qualcosa di peculiare: ossia, il proposito dei Paesi membri di dar vita a un’unione sempre più stretta tra i popoli⁵². L’elemento pattizio, infatti, resta integralmente condizionato dalle categorie del diritto internazionale tradizionale. La debolezza del concetto di *Staatenverbund* sarebbe dunque, prima di tutto, di ordine descrittivo: esso coglie solo l’atto formale di nascita dell’Unione e, rimanendo vincolato alla tradizionale dottrina dello Stato, risulta incapace di pensare la specifica natura giuridica dell’Unione, che diventerebbe intelligibile solo oltrepassando tale orizzonte teorico⁵³.

Per cogliere tale specificità, l’approccio di Pernice esige preliminarmente un capovolgimento del punto di vista da cui osservare – anche storicamente – la formazione e lo sviluppo delle Comunità europee. Ciò che risulta determinante è la modalità attraverso cui Pernice ritiene possibile il superamento della presupposta autonomia sovraa degli Stati: se è vero che sono questi ad aver inizialmente promosso il processo di unificazione, il significato e i compiti della comunità sovranazionale si rivolgono *direttamente* alle cittadine e i cittadini dell’Unione, eccedendo gli atti statali sovrani che l’hanno posta in essere. Ma se sono le cittadine e i cittadini, e non gli Stati membri, i destinatari originari del diritto comunitario, al tempo stesso, essi sono anche da considerarsi propriamente come i suoi autori.

Come è possibile intendere, da questa prospettiva, l’aspetto di novità che caratterizza l’integrazione europea? Pernice osserva come, a partire dalla ratifica del Trattato di Maastricht, diventi evidente come sia

determinante che siano i popoli degli Stati membri, nell’esercizio della loro sovranità popolare comune, a costituire e sviluppare un livello d’azione sovranazionale, unendosi in una comunità di nuovo tipo, che si fonda sull’organizzazione statale, ma che, con l’ampliarsi delle sue competenze e la legittimazione democratica diretta dei suoi atti attraverso il Parlamento europeo, va oltre questa. Essa dev’essere compresa come una forma organizzativa dei cittadini europei che integra, vincolandole, le strutture statali, per la realizzazione dei loro interessi comuni, per mezzo della quale essi si sono garantiti libertà, diritti e strumenti d’azione, indipendentemente dai confini nazionali⁵⁴.

⁵¹ I. Pernice, *Deutschland in der EU – Zur Wiedererlangung der staatlichen Einheit auf dem Weg zum Vereinten Europa* (1995), in EV, p. 349.

⁵² Cfr. Ivi, p. 350.

⁵³ Cfr. Ivi, p. 350-351

⁵⁴ Ivi, p. 350.

In questa formulazione è ben evidente come, assumendo il punto di vista dell’Unione, Pernice relativizzi immediatamente il ruolo degli Stati quali autori e attori del processo di integrazione. Il significato delle costituzioni nazionali risulta così condizionato dal fatto che esse sono le costituzioni di Stati che hanno scelto di far parte di una comunità. La cessione di competenze da parte degli Stati delinea, in tal senso, un processo irreversibile, che non implica la perdita di significato delle costituzioni nazionali, ma il loro ridislocamento, in quanto esse si trovano affiancate da un ulteriore potere pubblico da ritenere non meno democraticamente legittimato.

Proprio perché all’origine dell’integrazione si colloca un atto di volontà sovrana degli Stati, e poiché questi sono Stati costituzionali, democratici e rappresentativi, gli autori ultimi di tale volontà vanno identificati nei popoli e, attraverso di essi, negli individui che li compongono. Il fondamento democratico dell’Unione sarebbe, dunque, una conseguenza logica, ancor prima che storica o contingente, di una dinamica interna all’associarsi tra Stati democratici: essa rinvia all’idea che siano i cittadini – non lo Stato – i veri autori delle azioni statali. Pernice sostiene pertanto che il potere dell’Unione non solo possa, ma debba essere ricondotto alle cittadine e ai cittadini, i quali ne diventano la fonte primaria di legittimazione. Non gli Stati, ma le cittadine e i cittadini sono dunque gli autori legittimi dello stesso processo d’integrazione. E, almeno nelle intenzioni, l’obiettivo principale di una simile attribuzione è quella di togliere la parvenza di astrattezza e di distanza dagli interessi concreti dei cittadini che solitamente è ritenuta caratterizzare un’organizzazione come l’Unione⁵⁵.

Si tratta di un aspetto – quello della possibilità di ricondurre (immediatamente) ai cittadini *uti singuli* il fondamento di validità delle Comunità europee, prima, e dell’Unione, poi – sulla cui problematicità ha insistito, non a caso, soprattutto Dieter Grimm attraverso una critica che appare rilevante per cercare di comprendere il significato plurale della “costituzione” dell’Unione. Grimm ha sostenuto che il concetto di *Verfassungsverbund* può essere accettabile solo se inteso nel senso preciso in cui, all’interno dello *Staatenverbund* europeo, la pretesa di regolazione integrale del potere – propria della costituzione in senso moderno – può risultare, al limite, solo dalla considerazione congiunta delle costituzioni parziali nazionali e del

⁵⁵ Descrivere l’Unione Europea come un prodotto di Stati sovrani comporterebbe inevitabilmente, secondo Pernice, il fatto che «l’UE è una questione che riguarda gli Stati, organismi politici astratti che hanno istituito un’organizzazione ancora più astratta per perseguire i propri obiettivi» (I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, cit., p. 543).

fondamento giuridico, anch'esso parziale, dell'Unione⁵⁶. Nella misura in cui la capacità di esercitare autorità legittima trae origine dagli Stati, gli Stati, nella loro differenza, hanno assicurato un diritto di partecipazione rispetto alla produzione del diritto dell'Unione. Tuttavia, il fatto che gli Stati membri siano democratici non conferisce di per sé alcuna legittimazione democratica alla base giuridica dell'Unione in quanto tale, così come non ne deriva che i cittadini siano soggetti unicamente a quegli atti di potere ai quali, attraverso procedure democratiche, i rispettivi Stati hanno prestato il loro consenso. Sebbene le costituzioni nazionali non possano più vantare una regolazione esaustiva del potere all'interno dei loro territori, esse mantengono un ruolo irrinunciabile: evitare che si riducano a costituzioni "regionali" all'interno di uno Stato federale – ovvero a meri enti subordinati alla Federazione. Se infatti il significato delle costituzioni nazionali è effettivamente determinato dal loro essere parte integrante di un'entità europea, il collocarsi all'origine dell'integrazione di una molteplicità di atti di volontà di diversi Stati diventa nondimeno la leva affinché complessivamente non si produca quella gerarchizzazione di piani tipica degli Stati federali.

Nell'ipotesi interpretativa di Pernice – secondo cui, nel processo di associazione tra Stati democratici, la sovranità popolare degli Stati coinvolti continua necessariamente a rinviare ai cittadini, che restano i soggetti ultimi da cui emana la legittimità – sembra dissolversi non solo il problema della legittimazione, ma, a causa dell'inevitabile appiattimento delle distinzioni analitiche su cui fa leva Grimm, anche la possibilità stessa di pensare a una partecipazione effettiva e articolata delle diverse parti. In relazione al nesso strutturale che lega il processo di integrazione europea al concetto di *Verfassungsverbund*, la radicalizzazione della tesi di Pernice sembra produrre implicazioni teoricamente controverse, che possono essere rese visibili attraverso il confronto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di primato del diritto dell'Unione (e, correlativamente, di effetto diretto): si tratta di quelle pronunce comunemente considerate espresive della cosiddetta "costituzionalizzazione dei trattati"⁵⁷. Se, come sostiene Pernice, i cittadini dell'Unione costituiscono la fonte primaria della legittimazione del potere sovranazionale e ogni atto degli organi dell'Unione deve essere inteso come espressione diretta della sovranità popolare, allora il significato attribuito a tali sentenze rischia di risultare problematico. Più

⁵⁶ Cfr. D. Grimm, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, C.H. Beck, München 2016, p. 181. Come visto nel primo capitolo del presente lavoro, l'europeizzazione comporta, secondo Grimm, che la costituzione non sia più in grado di garantire la sua pretesa costitutiva che il potere esercitato entro il suo ambito di validità sia integralmente riconducibile al popolo e riceva da esso la propria legittimazione.

⁵⁷ Cfr. *supra*, pp. 64-66.

precisamente, esse sembrerebbero superflue in quanto tese a sancire un principio – quello del primato e dell’effetto diretto – che, nella logica della teoria, dovrebbe essere già garantito dalla struttura originaria dell’ordinamento. In tal senso, ci si potrebbe chiedere: che bisogno vi sarebbe stato dell’intervento giurisprudenziale della Corte, se la superiorità del diritto dell’Unione derivasse immediatamente dal fondamento democratico conferito dai cittadini?

Dal punto di vista del processo di integrazione, l’immediatezza con cui Pernice riconduce ai cittadini la fonte di legittimazione dell’Unione, nel tentativo di qualificare il carattere democratico, genera così non solo le difficoltà appena richiamate, ma anche quelle ragioni che sembrano motivare, fin dalle prime formulazioni, il ricorso al modello del contratto sociale. A proposito della fase del processo inaugurata dalla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, Pernice – nel tentativo di mostrare come essa si iscriva coerentemente nel quadro analitico della sua teoria – osserva che la questione non è più quella «di come debba essere organizzata una qualche organizzazione internazionale, una Unione di Stati, bensì della graduale evoluzione di un’auto-organizzazione della società che relativizza lo Stato, che lo decentra, di una società che si definisce sempre più europea, senza che per questo vengano sacrificate le identità nazionali, regionali e locali dei cittadini»⁵⁸. La mossa teorica del costituzionalismo multilivello, volta a pensare la costituzione composita e dinamica dell’Europa come un sistema fondato sulla volontà dei cittadini – e, pertanto, giustificabile mediante il ricorso all’idea di un contratto sociale europeo – richiede a questo punto di essere interrogata criticamente al fine di comprendere non solo se tale costruzione risulti coerente nei suoi passaggi e nei nessi interni, ma anche se essa possa effettivamente servire a pensare la «pluralità delle comunità di appartenenza»⁵⁹ all’interno di una struttura non gerarchica, bensì eterarchica. In che modo, dunque, l’idea di un contratto sociale europeo sarebbe in grado di dare conto della natura composita – e cioè plurale – e dinamica della costituzione post-nazionale europea? E in che misura permette di fondare l’idea di una pluralità di comunità di appartenenza, non gerarchizzate, a partire dalla volontà dei cittadini?

⁵⁸ I. Pernice, *Sovranità, diritti umani e costituzione europea*, in A. Carrino (a cura di), *L’Europa e il futuro della politica*, Società Libera, Milano 2002, pp. 89-110.

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *Introduzione*, cit., p. X, dove la direttrice teorica di Pernice e Mayer è sintetizzata come segue: «La proposta potrebbe tradursi, in un modo che è familiare ai giuristi italiani, in termini di pluralità delle comunità di appartenenza. Ogni persona appartiene a più cerchie costituzionali, è portatrice di valenze o “cittadinanze” molteplici e in ciascuna di esse trova il luogo di espansione della propria personalità e della propria libertà, anche se ciò può dare luogo a una difficoltà, derivante dalla simultanea vigenza di più di un ordinamento giuridico nel medesimo ambito, non solo nel caso di divergenze».

5. Il modello del contratto sociale nella teoria del *Verfassungsverbund*: sulla necessità di un superamento

Come si è appena cercato di fare emergere, l’ipotesi di un contratto sociale europeo si fonda sull’idea che la legittimità e l’applicazione del diritto europeo negli Stati membri non risiedano, in ultima istanza, negli Stati – ossia nelle procedure di approvazione dei Trattati previste dalle loro costituzioni – bensì nei popoli, e quindi nei cittadini. Attraverso questa ricostruzione del processo costituente, Pernice si distanzia dalla concezione dell’Unione Europea come semplice *Staatenverbund*. Lo stesso passaggio dalla sovranità statale di diritto internazionale porterebbe verso una forma di sovranità fondata non più sugli Stati, ma sui soggetti direttamente coinvolti nelle decisioni politiche, cosicché il concetto di “popolo” verrebbe superato perché ritenuto ambiguo o superfluo: esso è sostituito con quello di “sovranità delle cittadine e dei cittadini”, intesa come legittimazione democratica basata sulla partecipazione individuale di chi è effettivamente toccato dalle decisioni. Il fondamento giuridico dell’Unione, infatti, non è nella disponibilità degli Stati membri: esso riguarda piuttosto le cittadine e i cittadini europei, non soltanto in quanto destinatari, ma in quanto autori del diritto dell’Unione. Il loro ruolo attivo e concreto – intesi non come meri destinatari, ma come soggetti partecipi del potere pubblico europeo – rappresenta per Pernice un punto cruciale, anche se egli non insiste sulla distinzione concettuale tra queste due posizioni. Ciò che conta davvero, nella sua prospettiva, è che le procedure di approvazione dei Trattati siano interpretate come strumenti attraverso cui i cittadini – e non gli Stati – prendono parte all’intesa europea. In questa luce, i Trattati non sono semplici atti interstatali, ma espressione di un vero e proprio contratto sociale stipulato tra i cittadini dell’Unione. Il riconoscimento dei cittadini europei come attori del processo di integrazione segna quindi il passaggio da quella che è additata come un’astrazione giuridica a una partecipazione concreta. Se l’idea di un contratto sociale può apparire, a prima vista, come una finzione teorica necessaria per pensare i cittadini come elementi fondanti dell’ordine politico europeo, per Pernice si tratta di una finzione carica di effetti reali: una costruzione, sì, ma dotata di una rilevanza concreta nel definire la legittimità e l’architettura dell’Unione.

Ora, come si è visto, per elaborare il concetto di *Verfassungsverbund* e, in particolare, per coglierne il carattere composito e plurale, Pernice ricorre a un concetto estensivo e funzionale di costituzione. Il *Verfassungsverbund* europeo è formato dalla costituzione dell’Unione, dalle costituzioni degli Stati membri e dal loro reciproco intreccio: le costituzioni parziali formano un tutto unitario solo in virtù della relazione che le lega, senza per questo disolversi o perdere la loro autonomia. La costituzione, dunque, non è più

legata in modo necessario allo Stato, come vorrebbe la concezione tradizionale e può essere impiegata per immaginare forme alternative di autorità pubblica legittima. Come viene chiarito programmaticamente da Pernice in relazione alla struttura giuridica dell'Europa:

La finalità dell'approccio qui propugnato consiste nella conciliazione degli elementi costituzionali presenti nell'approccio sovranazionale con l'esistenza incontestabile e persistente degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. In modo speculare a quanto avviene con le costituzioni degli Stati membri, che non possono essere comprese nella loro totalità senza tener conto del diritto comunitario, il diritto primario dell'Unione Europea non funziona né si spiega nella sua natura e struttura senza riferimento alle costituzioni nazionali⁶⁰.

Il primo interrogativo che sorge nei confronti del ricorso al modello del contratto sociale, dunque, riguarda non tanto la capacità di legittimazione del potere che esso offre in generale, quanto la possibilità di pensare la composizione plurale della costituzione europea mediante di esso: un ordine nel quale sono presenti istanze di potere diverse e nel quale le parti – e la relazione che le struttura – non vengono neutralizzate in un'unità superiore. Anche se l'attenzione di Pernice è rivolta al sistema costituzionale nel suo complesso, al *Verfassungsverbund* come struttura integrata, ciò non toglie che il fondamento della legittimità debba essere in grado di rendere conto proprio di quella articolazione interna che differenzia radicalmente l'Unione da uno Stato nazionale. Ci si deve quindi chiedere: in che modo e in che misura l'intreccio e l'interazione tra costituzioni parziali all'interno di un ordinamento giuridico unitario sono spiegati a partire dagli individui come fondamento della legittimazione?

Rispetto a tale questione, che è centrale per valutare la coerenza interna della teoria del costituzionalismo multilivello, l'analisi dei testi di Pernice non sembra fornire una risposta pienamente risolutiva. Emblematica, a questo proposito, è la formulazione con cui egli introduce gli «elementi del concetto di *Verfassungsverbund*»:

Il concetto di *Verfassungsverbund* prende le mosse dall'individuo, dalle cittadine e dai cittadini dell'Unione. In questa prospettiva, la costituzione europea è un sistema multilivello, formato e strutturato da coloro che ne sono di volta in volta direttamente interessati, secondo compiti differenziati, nel senso del *multilevel constitutionalism*. I livelli costituzionali regionale, nazionale ed europeo si connettono, nella loro reciproca interdipendenza, in un sistema unitario⁶¹.

⁶⁰ I. Pernice, F.C. Mayer, *La costituzione integrata dell'Europa*, cit., p. 48.

⁶¹ I. Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes* (2007), cit., p. 628.

Il passo evidenzia l'impossibilità di determinare quale sia la scansione che permetta di comprendere come dai singoli si arrivi alla costituzione composita. Che il riferimento all'individuo debba consentire di configurare una costituzione europea come sistema a più livelli, con compiti differenziati e in cui i piani sono connessi tra loro è quanto viene asserito, ma il perché e il come ciò sia anche solo possibile rimane privo di risposta e determinazione. Il problema, almeno in prima battuta, non riguarda tanto l'adozione del modello del contratto sociale come fondamento di legittimità, quanto la capacità dello stesso di dar conto della struttura plurale e composita dell'Unione.

Questo aspetto trova una significativa conferma proprio nel saggio inedito di Pernice, menzionato all'inizio, *Die Verfassung Europas als dynamischer contrat social européen* (dove viene assunta la dottrina di John Locke come riferimento paradigmatico). Se l'idea di fondare la legittimità dell'Unione Europea sull'individuo, anziché sullo Stato o sul popolo, sembra introdurre una rottura teorica radicale, al contempo essa apre a una serie di questioni. In primo luogo, il passaggio dagli individui ai gruppi – che nel contesto europeo si traduce nel salto da soggetti singolari a un assetto istituzionale multilivello – viene anche qui solo assunto, restando privo di giustificazione normativa solida. Pernice prima parla di cittadini, in quanto singoli individui, e subito dopo di una pluralità di forze che si accordano in un processo aperto di compromesso⁶², lasciando non chiarito quale sia il principio regolativo che consenta di strutturare questo passaggio. In modo simile, la dissoluzione del concetto di “popolo” a favore della sovranità dei cittadini e della “sovranità dei destinatari” tenta di emanciparsi dalle categorie statuali e identitarie della modernità, ma lascia in tal modo aperta la questione su chi effettivamente possa parlare, decidere, rappresentare. Senza una teoria delle soggettività politiche collettive, basata su pratiche istituzionali riconoscibili, il contratto sociale si svuota della sua funzione ordinatrice e resta affidato a un intendersi (*sich-vertragen*) che tuttavia rimane indeterminato, privo di garanzie di articolazione e coerenza⁶³.

Questo si lega direttamente alla tensione tra legittimazione *ex ante* ed *ex post* che viene associata all'idea di contratto sociale⁶⁴. Pernice riconosce che, nel contesto europeo, il consenso non può mai essere pienamente presunto in anticipo, ma si manifesta anzitutto retrospettivamente, nella prassi, attraverso revisioni e ratifiche. Tuttavia, l'integrazione di questi due piani – contratto originario e verifica posteriore – compromette la forza normativa di entrambi. Se l'autorità del patto si relativizza, trasformandosi in una serie di

⁶² Cfr. I. Pernice, *Die Verfassung Europas als dynamischer contrat social européen* (2002), cit., p. 535.

⁶³ Ivi, p. 532.

⁶⁴ Ivi, p. 542.

adattamenti successivi, la partecipazione democratica si riduce a meccanismo di convalida, più che a momento costituente. La cittadinanza europea rischia così di fondarsi su una forma debole di auto-obbligazione, sospesa tra senso di appartenenza e lealtà giuridica, ma priva di un contenuto politico condiviso. In definitiva, l'indeterminatezza del *sich-vertragen* – pensato a partire dall'individuo isolato – rende fragile il modello di legittimazione proposto: senza un chiaro passaggio all'articolazione collettiva plurale, senza un criterio di delimitazione del *demos* e senza una temporalità del contratto politicamente efficace, la legittimità si frantuma in processi informali, difficilmente riconducibili a un principio democratico coerente.

Il confronto con altri passaggi in cui Pernice chiarisce la funzione del contratto sociale, anziché dimostrare un nesso cogente tra l'individuo e la natura composita della costituzione europea, conferma piuttosto che tale rapporto è assunto in assenza di una giustificazione concettuale: più che dimostrato, esso appare semplicemente presupposto. In tal senso, si legge, ad esempio, che «la costituzione di un simile contratto sociale può assumere forme e procedure differenti»⁶⁵, ma la sua durata e la sua efficacia come fondamento dell'ordine politico dipendono dal fatto che la maggioranza dei cittadini continui a riconoscerne la legittimità. Questo riconoscimento deve nascere da un patto reciproco tra individui liberi ed eguali, in cui ciascuno si vincola all'altro in nome di un impegno condiviso: è in questa dimensione intersoggettiva che la costituzione trova la sua forza vincolante e la sua autorità normativa. La legittimità e la stabilità di una costituzione fondata su un contratto sociale, dunque, non dipenderebbero tanto dalla forma o dalle procedure con cui essa viene istituita, quanto dal riconoscimento costante da parte dei cittadini. Questo riconoscimento, tuttavia, non può essere passivo o semplicemente imposto dall'alto: deve essere contrattuale, cioè fondato su un principio di reciprocità tra cittadini che si riconoscono come eguali e co-autori dell'ordine politico. È proprio questa dinamica orizzontale, e non l'autorità di uno Stato sovrano, a conferire forza vincolante alla costituzione. Se è chiaro che Pernice assegna così alla cittadinanza un ruolo attivo nella produzione della legittimità, resta implicita – ma non del tutto giustificata – l'idea che questa reciprocità si realizzi effettivamente nella struttura multilivello dell'Unione.

La finzione del contratto sociale viene così caricata di una funzione normativa forte, ma rimane priva di un fondamento concettuale pienamente articolato. Da qui si possono ricavare almeno tre osservazioni critiche: 1- anche ammettendo che il contratto sociale possa assumere forme e procedure

⁶⁵ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in Action*, «The Columbia Journal of European Law», vol. 15, n. 3, 2009, p. 366.

differenti non chiarisce perché dovrebbe assumere quelle proprie di una costituzione composita; al contrario, ciò riapre il problema di come, all'interno di quest'ultima, i soggetti del potere possano essere concepiti esclusivamente come individui; 2- il contratto sociale, in questo contesto, non appare come una struttura originaria e fondativa, ma come qualcosa che è legato a un riconoscimento anzitutto a posteriori, da parte della maggioranza dei cittadini; 3- sebbene questo riconoscimento sia espresso dalla maggioranza e si fondi sulla reciprocità tra i cittadini che vi aderiscono, esso produce effetti vincolanti anche per coloro che non vi partecipano attivamente. Ma proprio questa dinamica finisce per rivelare una tensione rispetto al principio dell'autodeterminazione democratica, che presuppone la partecipazione libera ed eguale di *tutti* i soggetti alla formazione del potere: se il vincolo nasce da un contratto tra alcuni, come può essere vincolante per tutti? L'applicazione del modello del contratto sociale risulta così scontare la circostanza che in realtà non sono individui liberi e uguali (tra loro indifferenti) che si autodeterminano, ma, al limite, individui determinati, portatori di specifiche e variabili identità parziali (regionali e nazionali), che cercano di organizzare la loro vita in comune su un piano europeo che non è sovraordinato ad esse, ma con esse si intreccia⁶⁶. La domanda centrale è quindi come si possa giustificare questa differenza e in che modo essa possa essere riconciliata con l'idea di autodeterminazione democratica, tema che paradossalmente rimane non risolto quando si interpreta il *Verfassungsverbund* a partire dal modello del contratto sociale europeo⁶⁷.

Ulteriori difficoltà emergono considerando non solo il rapporto tra individuo e la natura composita del *Verfassungsverbund* oltre lo Stato, ma anche il carattere dinamico e in divenire che lo contraddistingue. In che senso il modello del contratto sociale europeo è in grado di dare ragione di questo aspetto? Le indicazioni offerte da Pernice, pur essendo più precise, non

⁶⁶ Che proprio la differenza delle appartenenze – che poi dovrebbero tradursi nella struttura composita della costituzione – non sia derivabile in alcun modo dall'idea di contratto sociale in quanto tale è aspetto implicitamente confermato da Pernice anche laddove afferma: «Il costituzionalismo multilivello concettualizza la costituzione europea come un sistema basato sulla volontà dei cittadini. Esso *presuppone* una doppia identità politica, nazionale ed europea, di ciascun cittadino» (I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, cit., p. 550, corsivo mio). La teoria, dunque, si limita ad assumere la duplice identità politica del cittadino europeo come dato, senza poterne dedurre le condizioni di possibilità dal contratto sociale in quanto tale.

⁶⁷ Quando viene asserito, da parte di Pernice e Mayer, che «sottolineando il carattere fondante di una Costituzione (...) proponiamo di individuare la legittimità del potere pubblico europeo nell'idea di un "contratto sociale" europeo sul quale sia basata l'integrazione dell'Europa», ciò di cui non si riesce a dare conto sono anzitutto i tratti specifici che differenzierebbero il potere pubblico europeo da quello statale. cfr. I. Pernice, F.C. Mayer, *La costituzione integrata dell'Europa*, cit., p. 51.

risultano meno problematiche. Come già evidenziato, egli sostiene che «i trattati europei sono (...) espressione di un contratto sociale europeo»; a questa tesi è fatta seguire l'idea che la costituzione «vada concepita non come concezione statica, bensì piuttosto come processo pubblico». Tale concezione richiama l'idea, mutuata da Häberle, della costituzione come «un continuo accordarsi e tollerarsi reciproco di tutti i cittadini»⁶⁸.

Al di là del significato specifico che questa visione ha nel contesto della riflessione häberiana, questi passaggi impongono una distinzione tra due modalità in cui si manifesta il carattere dinamico della costituzione: una interna, consistente nell'«accordarsi» e nel «tollerarsi» reciproco dei cittadini; e una esterna, riferita alla possibilità di concepire i trattati europei come espressione di un contratto sociale europeo che si rinnova continuamente. Rispetto a questa seconda modalità, appare chiaro come la dinamicità non derivi dalle caratteristiche strutturali del modello del contratto sociale in sé, bensì dal presupposto che esista un rapporto di espressione tra i trattati e il contratto sociale, ossia che i trattati europei rappresentino una manifestazione del contratto sociale europeo.

Questo non comporta il venir meno del carattere in divenire e dinamico del *Verfassungsverbund* – ovvero l'idea che esso non designi solo un'architettura costituzionale, ma anche un processo permanente di trasformazione –, ma dimostra cionondimeno che non è il modello del contratto sociale che permette di comprenderlo.

Prima di concludere, è necessario soffermarsi brevemente su un ulteriore elemento di complessità derivante dal richiamo esplicito che Pernice fa a Rousseau.

Pernice sostiene che dall'idea di contratto sociale non derivi necessariamente uno Stato unitario, ma che essa consenta piuttosto di configurare forme diverse di potere pubblico legittimo⁶⁹. Solo in questo modo, infatti, il concetto può risultare utile per pensare una comunità politico-giuridica innovativa come l'Unione europea.

Tuttavia, resta da chiarire in che modo sia possibile trarre conclusioni differenti e cosa rimanga, nel contratto sociale europeo di Pernice, della struttura rousseauiana.

⁶⁸ I. Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes* (2007), cit., pp. 631-632 (anche per le citazioni che precedono).

⁶⁹ Cfr. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European Constitution-Making Revisited?*, «Common Market Law Review», vol. 36, n. 4, p. 709; cfr., inoltre, Id., *Der Europäische Verfassungsverbund in der Bewährung* (2014), in EV, p. 1347-1348 (dove si precisa che l'interesse non è per il contratto sociale di Rousseau come matrice della sovranità, bensì per quella che sarebbe l'idea, in esso già implicita, di un accordo continuo tra individui che scelgono di convivere come membri di una comunità politica).

Il contrattualismo moderno, e in particolare quello di Rousseau, svolge una funzione legittimante in modo “ricostruttivo”: poiché lo si pensa a partire da uno stato di natura che prevede solo individui liberi e uguali, il potere politico richiede legittimazione e può dirsi valido solo nella misura in cui consente di spiegare la genesi stessa del corpo politico.

Il problema della sovranità e quello dell’unità politica costituiscono, dunque, il referente fondamentale del ragionamento dell’opera *Du contrat social*. In particolare, affinché nessuno possa usare il diritto e il potere a proprio vantaggio contro gli altri o esercitare una funzione di giudice in conflitti interni, è richiesta l’alienazione totale dei singoli nei confronti del corpo comune, ma questa alienazione avviene necessariamente in favore di sé stessi: i singoli cedono i propri diritti, ma rimangono al tempo stesso destinatari di tale alienazione.

La volontà generale non può essere delegata a nessuno, spettando esclusivamente al corpo sovrano.

Poiché lo scopo del contratto sociale è la costruzione di un corpo politico sovrano, l’atto fondante è l’alienazione integrale della libertà individuale e, proprio per questo, la dimensione pattizia e contrattuale – che Pernice invece considera costitutiva del concetto di contratto sociale e fondamentale per legittimare l’autorità sovranazionale⁷⁰ – viene meno in Rousseau.

Se è l’aspetto pattizio quello determinante, tuttavia, il senso del contratto sociale non muta semplicemente di significato, ma sembra dischiudere una modalità completamente diversa di pensare la politica che non può che mettere in crisi il valore fondante del singolo e la sua assolutizzazione.

La questione è allora quella di una politica dell’accordo tra molteplici soggetti che non si risolve nella neutralizzazione delle differenze attraverso la formazione di un corpo sovrano unitario. Per questo è necessario che la natura dei molti assuma una forma diversa da quella prevista dal contrattualismo moderno.

I molti non possono essere considerati come una moltitudine indefinita di individui, bensì come gruppi o parti determinate, preesistenti al patto e permanenti anche dopo di esso. Inoltre, affinché possa esservi un accordo che si rinnova continuamente, la politica deve essere una politica basata sull’accordo tra queste parti.

⁷⁰ Cfr. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, cit., p. 551.

Che la necessaria conseguenza affinché il patto sia pensabile consista nel superamento della dimensione fondante dell’individuo e della sua volontà, e che sia solo accedendo a un piano non meramente teorico, ma del concreto della relazione e della produzione di soggettività, che una pluralità di questo tipo possa trovare la sua determinazione, è quanto si cercherà di mostrare nel prossimo della tesi relativa al concetto di Federazione, in particolare, in relazione alla struttura del patto federativo e alla Federazione come istituzione.

4. Oltre la sovranità: la Federazione come unità politica costitutivamente plurale

1. Sovranità e federalismo: due concetti antinomici

Tra i tentativi di tematizzare il costituzionalismo in chiave sovranazionale, coniugandolo con una problematizzazione sistematica delle categorie politico-giuridiche tradizionali al fine di pensare in positivo l’Unione europea, le “teorie della Federazione” si sono affermate come una delle direttive interpretative più significative, godendo dell’attenzione critica anche di studiosi provenienti da orientamenti teorici diversi. Come discusso nel primo capitolo dedicato a Dieter Grimm, fin da *Braucht Europa eine Verfassung?* (1995), il costituzionalista tedesco ha avanzato con forza l’esigenza di comprendere (e sviluppare) l’Unione nella sua peculiarità di istituzione sovranazionale. Nella sua riflessione sull’integrazione europea come risposta a problemi regolativi transnazionali, Grimm ha riconosciuto anche che «l’Unione europea sarà sempre un’entità federale»¹, senza però potersi identificare né con una mera forma di cooperazione intergovernativa né con una piena statualità federale. La nozione di “entità federale”, così come mobilitata da Grimm in relazione all’Europa, rinvia piuttosto a una forma ibrida e innovativa (proprio perché non statale), capace di articolare il

¹ D. Grimm, *Europa ja – aber welches?*, in Id., *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, C.H. Beck, München 2016, p. 24. Cfr. inoltre all’interno dello stesso volume, *Souveränität in der Europäischen Union*, pp. 63-64 (con riferimento alla dottrina costituzionale del *Bund* di Carl Schmitt); infine, M. Bozzon, *Europa sovrana? Intervista a Dieter Grimm*, «Pandora Rivista», 13 luglio 2023 (<https://www.pandorarivista.it/articoli/europa-sovrana-intervista-a-dieter-grimm/> – ultimo accesso il 27/08/2025): «L’UE è un’entità federale straordinariamente innovativa, che non rientra nello schema della Confederazione e dello Stato federale. Questo è ciò che ho sempre sottolineato. Ma questa struttura non è organizzata come uno Stato: è proprio qui che sta l’aspetto innovativo. Tuttavia, ciò si traduce anche in un limite per l’intensificazione dell’elemento federale (se questo va a detrimento dell’esistenza politica degli Stati membri)» (corsivo mio). Le traduzioni dei passi citati dal tedesco e dal francese che compaiono di seguito sono a cura dell’autore.

potere su più livelli, senza recidere il legame con le identità statuali dei membri. La comunitarizzazione, in effetti, non può regredire senza indebolire la capacità di affrontare problemi comuni, ma non può neppure avanzare indefinitamente senza trovare appoggio su un qualche consenso democratico effettivo. Grimm propone, in questo senso, una sorta di legittimazione funzionale – e non identitaria – del potere europeo: l’Unione è giustificata anzitutto nella misura in cui accresce la capacità di risoluzione dei problemi collettivi, ma questa giustificazione deve esprimersi in un *modus* politico, cioè democratico, pena una frattura strutturale tra decisione e legittimazione. Il federalismo che ne emerge non è una teleologia costituzionale, bensì un principio strutturale che organizza il potere, evitando sia l’unilateralismo tecnocratico, spesso associato all’UE, sia la paralisi decisionale tipica di una cooperazione interstatale puramente consensuale, valorizzando la presenza e la conservazione degli Stati membri, dove le condizioni sociali per la democrazia appaiono più forti.

Nel capitolo dedicato a Jürgen Habermas si è visto poi come la riflessione più recente del filosofo abbia attinto direttamente al dibattito sulla Federazione per pensare l’Europa come comunità politico-costituzionale sovranazionale, al di là tanto delle sterili opzioni rappresentate da uno Stato federale europeo e dagli Stati nazionali, quanto di un rimando a un concetto incerto di federalismo. Al tempo stesso, egli ha inteso problematizzarne l’architettura introducendo le questioni della legittimità democratica e del potere costituente (diviso) al fine di coniugare il federalismo con una transnazionalizzazione della democrazia. Nel capitolo su Pernice, infine, si è evidenziata la necessità di emanciparsi da una concettualità ancorata all’analoga statuale per comprendere l’Unione Europea come *Verfassungsverbund*, ossia come un’unione costituzionale plurale, nell’ambito di una prospettiva anzitutto giuridica che si riallaccia esplicitamente – almeno da una certa fase in avanti – proprio al contributo teorico del dibattito sulla Federazione².

² Cfr. I. Pernice, *Verfassungsverbund* (2010), in Id., *Der Europäische Verfassungsverbund. Ausgewählte Schriften zur verfassungstheoretischen Begründung und Entwicklung der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2020, pp. 679-681, dove si evidenziano significative convergenze con la teoria del *Bund*, come la trasformazione costituzionale degli Stati membri e i principi di dualità, parità e pluralità; essa va però distinta dalla teoria del *Verfassungsverbund* in quanto non assumerebbe «la prospettiva del cittadino», restando ancorata a categorie statuali e internazionalistiche al di là delle intenzioni dichiarate. Per ulteriori riscontri in relazione all’influenza assunta dalla riflessione sul tema della Federazione nell’ambito del dibattito tedesco sull’Europa, si tengano presenti inoltre: R. Wahl, *Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*, «JuristenZeitung», vol. 60, n. 19, 2005, p. 920; U.K. Preuss, *Das Politische im Europarecht*, in C. Franzius, F.C. Mayer, J. Neyer (hrsg.), *Strukturfragen*

Ora, nel contesto degli approcci che hanno insistito sul concetto di “Federazione”, proprio l’esigenza di individuare categorie adeguate per comprendere l’Unione Europea come entità politico-giuridica – e per ridefinirne la costituzione in senso ampio – si intreccia non solo con la questione dell’assetto formale di un’entità non assimilabile a uno Stato, ma anche con quella dell’organizzazione del comando politico e della democrazia in un ordine strutturalmente plurale. Questa esigenza procede dal riconoscimento dell’inadeguatezza di trasporre il “principio di unità politica” statale-nazionale al piano europeo e dal compito di pensare costituzionalmente un’unità stabilmente composta di parti distinte che non intendono rinunciare alla loro capacità di agire politicamente. Nel contesto del dibattito tedesco sulla difficile qualificazione giuridica dell’UE, un punto di riferimento privilegiato per provare a inquadrare il complesso di problematiche con le quali si confronta la concettualizzazione dell’Unione come Federazione è rappresentato dal saggio di Christoph Schönberger sul tema «l’Unione Europea come Federazione», il quale è esplicitamente inteso al contempo come «un contributo al congedo dallo schema Confederazione di Stati-Stato Federale»³. L’obiettivo dichiarato dell’Autore è dimostrare come una dottrina della Federazione che concepisca l’Unione come una forma di unione federativa consenta una categorizzazione (giuridicamente

der Europäischen Union, Nomos, Baden-Baden 2010, pp. 332-335; C. Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, pp. 61-68. In questo recupero, un ruolo di primo piano – specie in chiave polemica – è svolto dall’opposizione della Corte Costituzionale Federale Tedesca, da ultimo nella sentenza su Lisbona, alla trasformazione dell’UE in uno Stato federale, congiunta al riconoscimento dell’autonomia politica dell’Unione, che quantomeno relativizza l’idea degli Stati membri come *Herren der Verträge* (cfr. il cap. 3 del presente lavoro).

³ C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabsiedlung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, «Archiv des öffentlichen Rechts», vol. 129, n. 1, 2004, p. 81-120; cfr. inoltre Id., *Bundeslehre und Europäische Union*, in C. Franzius, F.C. Mayer, J. Neyer (hrsg.), *Strukturfragen*, cit., pp. 87-96. Ci riferiamo, in questa parte iniziale, a questi contributi sia per la proposta esplicita della categoria di *Bund* in rapporto all’Unione, sia per la sistematicità dell’impostazione. Argomenti pressoché identici sono rintracciabili già in O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, «Der Staat», vol. 35, n. 1, 1996, p. 45-66. Va inoltre ricordato che l’esigenza di recuperare il concetto di *Bund* e sviluppare una teoria della Federazione per pensare giuridicamente e politicamente l’Europa era già stata posta da Beaud all’indomani del Trattato di Maastricht, nella conclusione di *La puissance de l’État* (Puf, Paris 1994, p. 457-491). Per quanto riguarda il panorama italiano è rilevante il contributo teorico di Sergio Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino 1993. In chiave critica, ma affine, per il superamento della dicotomia Stato federale-Confederazione e del concetto di sovranità, si segnalano i tre capitoli, dedicati al federalismo “oltre lo Stato” come chiave per ripensare la democrazia, che formano la seconda parte di G. Duso, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all’agire politico dei governati*, FrancoAngeli, Milano 2022, pp. 227-334.

adeguata) del fenomeno europeo⁴. Tuttavia, ciò richiede la consapevolezza del fatto che l'adozione del concetto di Federazione implica il contestuale superamento della classica dicotomia tra Confederazione e Stato federale. La rilevanza teorica di questo contributo risalta non solo per l'attenzione rivolta alle aporie generate dall'applicazione delle categorie classiche della dottrina dello Stato a un'entità federale, ma anche per il recupero esplicito della definizione schmittiana di *Bund* (“Federazione”, appunto). E proprio quest'ultima trova impiego anche all'interno di quello che costituisce, a tutt'oggi, la trattazione più completa e teoricamente articolata sul concetto di Federazione, ovvero la *Théorie de la Fédération* di Olivier Beaud⁵. Anche per il giurista francese – sul cui contributo si tornerà in seguito – la Federazione è, in primo luogo, un «*ordre politique sans souveraineté*»⁶ e l'interesse per la dottrina costituzionale della Federazione di Carl Schmitt risiede, anzitutto, nella sua consapevole e radicale opposizione alla distinzione convenzionale tra Confederazione e Stato federale⁷.

La questione primaria sollevata nel saggio di Christoph Schönberger poc'anzi menzionato concerne le ragioni che giustificano – e rendono al contempo necessario – il ricorso alla categoria di *Bund*. Da un lato, si tratta di elaborare “in positivo” forme di unità politico-giuridica che sfuggono alle polarità classiche della dicotomia Stato federale-Confederazione di Stati, ovvero che non sono intelligibili attraverso le categorie tradizionali della *Staatlichkeit*. Dall'altro, l'intento è di rendere concettualmente afferrabile il significato specifico del fenomeno federale e, più in particolare, di quella forma istituzionale *sui generis* che l'Unione Europea incarna. In realtà, le difficoltà nel comprendere la natura giuridica dell'Unione emergono con particolare evidenza proprio nel momento in cui ci si affida a questa formula

⁴ In relazione al tema specifico della “cittadinanza federale”, cfr. C. Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, pp. 1-12.

⁵ Cfr. O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Puf, Paris 2007, pp. 35-97 (d'ora in avanti TF seguito dall'indicazione di pagina), dove la problematica affrontata dall'autore riguarda le ragioni e le modalità per pensare «lo sganciamento della Federazione dall'orbita dello Stato». L'importanza di superare la rigida distinzione tra Stato federale e Confederazione, come condizione per recuperare il concetto di Federazione, era già stata evidenziata in Id., *La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération*, in J.-F. Kervégan, H. Mohnhaupt (hrsg.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1999, p. 204-226, dove Beaud analizza il “patto federativo” per mostrare come la sua natura costituzionale sfugga a tale dicotomia. Su quest'ultimo tema, cfr. ora l'approfondita monografia *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, Dalloz, Paris 2022.

⁶ TF, p. 6; cfr. D. Grimm, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, a cura di G. Preterossi e O. Malatesta, pp. 113-114.

⁷ O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 50.

(l'UE come *organizzazione sui generis*), largamente diffusa nel dibattito – non solo giuridico – sull'Europa⁸. Una tale caratterizzazione pretende di cogliere l'originalità dell'Unione attraverso il semplice riconoscimento dell'impossibilità di ricondurla alle due categorie canoniche – lo Stato e l'organizzazione internazionale. Tuttavia, tale designazione rivela immediatamente un limitato apporto conoscitivo, poiché, lungi dal chiarire la natura dell'Unione, essa finisce per configurarsi come una tautologia priva di contenuto positivo: l'UE è detta *sui generis* in quanto non è né uno Stato né un'organizzazione internazionale, senza che si aggiunga alcun elemento informativo concreto⁹. La formula *sui generis*, in tal modo, finisce col presupporre, ma, soprattutto, riprodurre, proprio nel momento in cui pretende di negarle, le categorie che intende superare¹⁰. Essa rimane ancorata all'orizzonte concettuale definito dall'opposizione Stato-organizzazione internazionale e non riesce ad affrancarsene in modo autentico nonostante le intenzioni.

Come osserva Schönberger, insomma, «la diffusa formula del *sui generis* supera solo in apparenza il mondo concettuale della classica dicotomia tra Confederazione e Stato federale. In realtà, perpetua esattamente quel sistema categoriale»¹¹. Il superamento della dicotomia è puramente illusorio: la formula *sui generis* fallisce nell'articolare una comprensione positiva del fenomeno e anzi finisce per confermare implicitamente la centralità del paradigma statuale come unico punto di riferimento teorico, in un certo senso intrascendibile¹². Come sottolinea ancora Schönberger, «categorie autonome

⁸ Cfr. J.E. Fossum, A.J. Menéndez, *The Constitution's Gift. A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Rowman & Littlefield, London 2011, pp. 1-16. Gli autori evi-denziano che «if the *sui generis* position appears credible, it is because it starts from a correct observation. The Union is not (...) a full-blown state. And the Union has not followed the constitutional paths characteristically transited by states» (ivi, p. 19). Sui limiti che comporta la definizione dell'Unione come organizzazione *sui generis*, cfr. R. Schütze, *European Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 67-68.

⁹ Cfr. C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., pp. 82-83.

¹⁰ Cfr. Ivi, p. 88.

¹¹ Ivi, p. 83.

¹² Schönberger ritiene che un'obiezione analoga investa la definizione di «federalismo soprnazionale» proposta da Armin von Bogdandy, sebbene quest'ultimo tenti una qualifica-zione che non sia meramente in negativo (cfr. A. von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Nomos, Baden-Baden 1999). L'Unione è intesa come una nuova forma di potere, nuova proprio perché non statale; tuttavia, i criteri di ridefinizione adottati da Bogdandy restano ancorati a categorie statuali, come territorio e cittadinanza. L'UE verrebbe così rappresentata come un «non-Stato analogo allo Stato» (più precisamente come un «non-Stato federale analogo a uno Stato federale»): cfr. C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 84. Un'impostazione diversa mi pare sia ricavabile dal confronto con altri testi,

per la comprensione di un’entità federale al di là dello Stato non nascono in questo modo»¹³ – laddove, in questo contesto, «al di là dello Stato» non rinvia tanto a una collocazione sul piano soprastatale, quanto piuttosto all’esigenza di una logica e di categorie che non siano significanti solo in riferimento allo Stato e alla sovranità. La critica ai limiti della definizione *sui generis* consente, per converso, di illuminare anche i rischi insiti in una concezione dell’Unione come “ordinamento federale”. Non solo le rappresentazioni dell’UE come *organizzazione sui generis* restano impigliate in una concettualità di matrice statocentrica, ma anche lo stesso riferimento alla Federazione e al federalismo sembra, almeno a prima vista, doversi inscrivere necessariamente entro i confini teorici della dottrina dello Stato¹⁴. Infatti, anche nei tentativi che propongono una lettura federale dell’Unione, la tendenza dominante è quella di declinare il federalismo esclusivamente secondo le due configurazioni tradizionali: da un lato, lo Stato federale, dall’altro lato, la Confederazione di Stati. Si dà per scontato che evocare il federalismo implichi inevitabilmente l’adesione a una di queste due forme, come se non esistesse un’alternativa concettuale al binarismo che ne ha segnato la storia teorica. Se il limite delle definizioni *sui generis* è quello di restare subordinate a una dicotomia di cui non riescono a liberarsi, l’ambizione di pensare l’Unione Europea attraverso il concetto di Federazione impone, per essere teoricamente fondata, una decostruzione radicale di quella stessa dicotomia. È necessario, dunque, mostrare non solo che la contrapposizione Stato federale-Confederazione di Stati è inadeguata a descrivere l’assetto istituzionale e la finalità dell’UE, ma anche che essa ostacola una comprensione autentica del significato politico-giuridico del federalismo. In questo senso, la “delegittimazione” delle categorie tradizionali costituisce sì un passaggio teorico preliminare indispensabile, ma da sola non è sufficiente.

La possibilità di una ridefinizione teorica – giuridica e politica – del concetto di Federazione dipende infatti dalla capacità di sviluppare un confronto critico che non si limiti a smantellare le opposizioni classiche, ma

cfr. A. von Bogdandy, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus. Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatstheoretischer Perspektive*, «Integration», vol. 16, n. 4, 1993, p. 219, e Id., *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011.

¹³ C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 84.

¹⁴ Cfr. S. Oeter, *Souveränität und Demokratie als Probleme in der “Verfassungsentwicklung” der Europäischen Union*, «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», vol. 55, 1995; in questo contributo, lo stesso Oeter sottolinea l’utilità di interpretare federalisticamente l’Europa, ma evidenzia al contempo la problematicità di un dibattito – in particolare quello tedesco – ancora ancorato a una concezione “antiquata” di Stato federale, riconducibile alle discussioni di fine Ottocento.

che elabori positivamente una teoria costituzionale della Federazione in grado di offrire una griglia analitica coerente con l'oggetto che si vuole comprendere. Un simile approccio dovrebbe non solo liberarsi dall'assunto che il federalismo sia decifrabile esclusivamente mediante i concetti di Stato e sovranità, ma anche chiarire perché e in che modo il federalismo consenta di pensare il diritto e la politica secondo una logica differente. In tal senso, il compito teorico che si impone è duplice: da una parte, superare un approccio meramente negativo e analogico al problema; dall'altra, sviluppare un linguaggio teorico autonomo, capace di esprimere in positivo ciò che una forma federale al di là dello Stato implica, senza per questo ricadere nell'indeterminatezza tautologica della formula *sui-generis*¹⁵. Il primo interrogativo da affrontare, nell'ottica della decostruzione della dicotomia classica Stato federale-Confederazione di Stati, concerne le ragioni per cui tale schema non consente di cogliere in modo adeguato la specificità del fenomeno federale.

Più che riguardare, in prima istanza, l'analisi comparativa di disposizioni giuridiche o l'osservazione delle forme organizzative concrete, la questione va inquadrata a un livello concettuale apparentemente più astratto: quello del rapporto tra unità e pluralità¹⁶. È a partire da questa tensione fondamentale che si evidenziano i limiti del paradigma dicotomico. L'assunzione della dicotomia Stato federale-Confederazione di Stati non offre infatti categorie capaci di esprimere appropriatamente «il classico problema del federalismo: l'unità nella diversità e, viceversa, la diversità nell'unità»¹⁷. Tale binarismo, al contrario, rende concepibile il fenomeno federale in modo riduttivo e rigido: attribuendo strettamente il principio di unità allo Stato federale e quello di pluralità alla Confederazione, esso dissolve la complessità originaria del problema nella contrapposizione esclusiva tra due forme alternative. La difficoltà risiede nella logica stessa di categorizzazione che soggiace a tale dicotomia, una logica fondata in ultima istanza sul concetto moderno di sovranità, il quale opera come criterio discriminante essenziale tra le due forme¹⁸. Nella costruzione teorica dello Stato federale, la sovranità è assegnata al livello centrale – lo Stato federale propriamente detto – che si pone in posizione sovraordinata rispetto agli Stati membri. Al contrario, nel caso della Confederazione, la sovranità è integralmente preservata dagli Stati

¹⁵ Analogi movimenti sono rinvenibili nella prima parte di *Théorie de la Fédération* (cfr. TF, pp. 37-97).

¹⁶ La declinazione del problema in termini generali sulla base del rapporto logico-costituzionale tra unità e pluralità per evidenziare i deficit teorici della dicotomia Stato federale-Confederazione di Stati, da un lato, e per determinare in positivo la struttura della Federazione, dall'altro lato, è sviluppata soprattutto in C. Schönberger, *Bundeslehre*, cit., pp. 87-92.

¹⁷ Ivi, p. 89.

¹⁸ Cfr. O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 50.

confederati, e l'entità comune non dispone di poteri propri se non per delega consensuale, risultando priva di una effettiva unità. Questa configurazione consente, sul piano concettuale, l'elaborazione di una griglia analitica apparentemente chiara, organizzata attorno a una serie di coppie opposte: Confederazione di Stati-Stato federale, diritto internazionale-diritto statale, rapporto giuridico-soggetto di diritto, trattato-costituzione, mediazione giuridica-sottomissione diretta all'autorità centrale – alle quali si possono aggiungere ulteriori distinzioni: unanimità-maggioranza, sovranità dei singoli Stati-sovranità federale, interno-esterno, pluralità-unità, appunto¹⁹. Tuttavia, questa chiarezza classificatoria sconta il fatto di scaturire non da un'effettiva comprensione delle strutture federali, bensì da una modalità di pensiero autoreferenziale e riduzionistica in senso formalistico.

Nella cristallina architettura logica di una categorizzazione di questo tipo, si esplicita, secondo Schönberger, non solamente un manifesto impoverimento concettuale, ma anche una distanza dalla realtà che si può in un certo senso spiegare alla luce della costellazione storicamente determinata in cui apparve, ovvero considerando l'origine storica di questa concettualizzazione classica della dottrina generale dello Stato risalente al tardo XIX secolo. L'origine storica di questa dicotomia, e delle sue rigidità concettuali, non è neutra: essa riflette un preciso contesto ideologico. Schönberger ne riconduce l'affermazione anzitutto al periodo successivo alla fondazione della Confederazione Germanica del Nord (1867) e, poi, alla proclamazione dell'Impero tedesco nel 1871²⁰. In quel contesto, la dottrina giuspubblicistica tedesca, influenzata da una sensibilità nazional-liberale e orientata all'unificazione, avvertì l'esigenza di concettualizzare il nuovo *Reich* come uno Stato federale “forte”, in netta discontinuità rispetto alle precedenti esperienze federali tedesche, e in particolare rispetto al *Deutscher Bund*, percepito come inefficace e frammentario. In tale cornice, l'impostazione categoriale Stato federale-Confederazione divenne uno strumento per affermare e legittimare una precisa configurazione del potere statuale, piuttosto che uno strumento euristico effettivo. L'apparente asetticità classificatoria nasconderebbe una funzione polemica e costitutivamente ideologica ed è proprio questo “elemento ideologico” a

¹⁹ Cfr. C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 89.

²⁰ Cfr. *Ibidem*; inoltre, S. Oeter, »Föderation« oder »Bund« als Oberbegriff. Erscheinungsformen des Föderalen jenseits von Bundesstaat und Staatenbund, in E.M. Hausteiner (hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Nomos, Baden-Baden 2016, p. 235. Cfr. la voce “Bund. Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat” curata da R. Koselleck in O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1, Klett-Cotta, Stuttgart 1972-1992, pp. 649-670 (degne di nota sono inoltre le considerazioni dell'*Einleitung*, pp. 582-583, circa il fatto che, in corrispondenza della cosiddetta *Sattelzeit* moderna, il termine-concetto *Bund* diviene intelligibile a partire dal suo nesso con quello di *Staat*).

determinare quella “percezione distorta”²¹ delle realtà federali, che le categorie vorrebbero invece descrivere²². Le concretizzazioni storiche e istituzionali designate come “federali” si rivelano, alla prova dei fatti, delle eccezioni rispetto ai confini teorici che la dicotomia presume di tracciare con chiarezza. Ma tale discrepanza non è da intendersi come semplice disallineamento tra teoria e realtà, bensì come l’effetto strutturale di un paradigma teorico inadeguato, di un “errore” nella forma stessa di categorizzazione²³.

Non è possibile soffermarsi qui in modo dettagliato su tutte le carenze descrittive e sugli effetti distorsivi che derivano dall’assunzione rigida di questa logica classificatoria²⁴. L’aspetto concettualmente rilevante è la possibilità di individuare in definitiva un’unica ragione teorica che determina le distorsioni che non permettono di comprendere la realtà federale: come afferma Schönberger, «la spiegazione di queste distorsioni risiede nel fatto che lo schema classico descrive il rapporto tra Federazione e Stati membri utilizzando categorie di sovranità e gerarchia mutuate dallo Stato»²⁵. In altri termini, l’intero impianto concettuale riposa su un’assunzione paradossale: per pensare il *Bund*, si ricorre a concetti – sovranità e gerarchia – che sono propri della dottrina dello Stato e funzionali alla sua riproduzione, ma non alla comprensione delle strutture federali. La questione fondamentale, allora, può essere così formulata: perché proprio le categorie di sovranità e di

²¹ Cfr. C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., pp. 91-97.

²² Cfr. O. Beaud, *La notion de pacte fédératif*, cit., 206-218.

²³ La percezione distorta deriverebbe da un’esagerazione unilaterale: dell’elemento unitario, nel caso dello Stato federale, e di quello plurale, nella Confederazione di Stati. Le ricadute sull’architettura istituzionale sono molteplici. Emblematica, in tal senso, è la critica di Kelsen alla dicotomia *Staatenbund-Bundesstaat* nell’ambito delle *Staatenverbindungen*: l’idea che la differenza risieda nel possesso (Stato federale) o nell’assenza (Confederazione) di organi propri è per lui insostenibile: anche la Confederazione non può che disporre di organi propri, vale a dire di un’istanza mista distinta dagli Stati. Entrambi i modelli, in effetti, presentano tratti strutturali dell’altro. Cfr. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin 1925, pp. 172-174.

²⁴ Le critiche avanzate riguardano, per esempio, nel caso della Confederazione, la difficoltà di chiarire le classiche capacità d’azione che la caratterizzano (per esempio il diritto di guerra), così come le competenze di applicazione del diritto e la presenza di organi confederali, se l’unità sul piano confederale è intesa in maniera debole. Si tratta di aspetti già ben presenti anche all’interno della riflessione schmittiana e kelseniana, ma che non ha impedito il seguito che ha avuto la distinzione. Cfr. A. Scalzone, *L’ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*, Polimetrica, Monza 2011, pp. 323-332 – anche per quel che riguarda il riferimento ai testi degli autori in questione. Per quel che concerne Schmitt in particolare, si veda anche: J.L. Cohen, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 120 e ss.

²⁵ C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 97.

gerarchia, che sembrano fornire il fondamento della comprensibilità politica e giuridica nella modernità, risultano invece inadatte a comprendere la Federazione? La risposta implica un ulteriore passaggio, nella misura in cui si tratta di mostrare che la Federazione – se concepita non come derivato imperfetto dello Stato, ma come forma politica autonoma – esige una logica alternativa, non riconducibile alla sintassi concettuale dello Stato sovrano. Solo fuoriuscendo da questa logica è possibile pensare la Federazione non come eccezione, ma come forma originaria e distinta della coesistenza politica. Secondo Schönberger, per poter comprendere correttamente il concetto di Federazione è pertanto imprescindibile superare il paradigma della sovranità. Quest’ultima, infatti, può stabilire la relazione tra unità e pluralità esclusivamente in termini gerarchici, imponendo una logica oppositiva che rende impossibile pensare l’unità se non come negazione della pluralità, e viceversa – o c’è unità, o c’è pluralità²⁶. In questo senso, diventa possibile proporre una prima definizione positiva degli ordinamenti federali: essi non si fondano strutturalmente sulla gerarchia, ma sulla coordinazione («Gli ordinamenti federali, nella loro struttura di base, non sono ordinamenti gerarchici, bensì ordinamenti di coordinazione»²⁷).

La relazione di coordinazione non solo è concettualmente più ampia rispetto a quella gerarchica, ma sembra dimostrarsi anche irriducibile ad essa, in quanto implica un ordine che nasce dallo stare insieme di elementi differenti, ciascuno dei quali mantiene la capacità di esprimersi nell’ambito dell’insieme ordinato cui concorre. Tuttavia, pur riconoscendo tale distinzione, Schönberger considera la relazione gerarchica una sorta di forma-limite della coordinazione, una sua espressione estrema²⁸. In ogni caso, proprio questa si rivela una delle difficoltà principali nell’applicare il modello dello Stato federale all’Unione Europea: gli strumenti analitici tradizionali sono costruiti su una logica di tipo esclusivamente gerarchico²⁹. Se si assume invece la coordinazione come struttura di base, diventa possibile immaginare un assetto politico-giuridico come quello dell’UE che, pur possedendo una dimensione unitaria, non annulli né assorba le singole componenti che la costituiscono. Una realtà che, proprio perché compresa federalisticamente e dotata di una dimensione unitaria, non si configura come uno Stato federale. In quanto “ordinamento di coordinazione”, la Federazione si colloca in modo particolare agli antipodi dello Stato

²⁶ Cfr. Ivi, p. 89.

²⁷ Ivi, p. 98. Cfr. TF, p. 32.

²⁸ La relazione gerarchica non è esclusa, ma, come tale, nelle Federazioni rappresenta l’eccezione, non la regola, cfr. C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 98.

²⁹ *Ibidem*. Per le ricadute di quest’idea rispetto allo specifico tema della cittadinanza, cfr. C. Schönberger, *Unionsbürger*, cit., pp. 31-50.

democratico contemporaneo, il quale è generalmente fondato su un assetto giuridico gerarchico derivante da una legittimità unitaria³⁰. Al contrario, la struttura federale si fonda su una coordinazione tra Stati membri e livello federale, implicando un diverso modo di pensare l'unità politica: non come superamento o annullamento della pluralità, ma come espressione che si realizza solo attraverso di essa. Col termine Federazione e la proposta di una teoria della Federazione, ci si riferisce allora a una modalità di pensare la politica e il diritto in cui l'unità della realtà politica è pensabile solo attraverso la pluralità. In che modo, la tesi che sia necessario andare oltre il concetto di sovranità per pensare il federalismo è sviluppata a questo punto?

È su questo sfondo teorico che Schönberger, in linea con Beaud, propone di ricorrere alla dottrina costituzionale schmittiana della Federazione e, in particolare, alla definizione del *Bund* elaborata nella *Verfassungslehre*³¹. In quest'ultima si legge: «La Federazione è un'associazione permanente, che serve al comune fine di autoconservazione politica di tutti i membri della Federazione e basata sul libero accordo, mediante la quale lo *status* politico complessivo di ogni singolo membro è modificato in vista di uno scopo comune»³². Non solo, ma in consonanza con la critica alla dicotomia di Stato federale e Confederazione di Stati, Schmitt medesimo precisa risolutamente subito dopo: «Le caratteristiche e le conseguenze di questo concetto di Federazione devono essere sviluppate senza riguardo alla distinzione fra Confederazione di Stati e Stato federale»³³. Alla luce di quanto si è cercato di chiarire fin qui e in vista delle questioni che si affronteranno nel seguito, per cogliere fino in fondo l'importanza della dottrina schmittiana della Federazione nello sforzo di autori come Schönberger e Beaud di illuminare le questioni della configurazione politico-giuridica (ovvero per un'appropriata determinazione della struttura costituzionale dell'Unione) e della finalità poste dal processo d'integrazione europea, è utile tenere ben presente quanto Schmitt fa discendere dalla determinazione concettuale della Federazione:

1. La Federazione racchiude ogni Stato membro nella sua esistenza complessiva in quanto unità politica e lo inserisce come un tutto in un'unione che esiste politicamente. (...)
2. Il trattato federale mira ad un ordinamento permanente, non semplicemente ad una regolamentazione transitoria. (...)
3. Il contratto federale è un

³⁰ C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 87.

³¹ Cfr. O. Beaud, *La puissance de l'État*, cit., p. 489; TF, p. 18. Per quanto attiene la definizione di "Federazione", autori altrettanto rilevanti sono indicati in Samuel Pufendorf e Pellegrino Rossi.

³² C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, p. 477.

³³ Ivi, p. 477 (trad. mod.).

contratto di specie particolare, cioè un contratto costituzionale. (...) 4. La Federazione ha per scopo il mantenimento dell'esistenza politica di tutti i membri nell'ambito della Federazione³⁴.

Nel capitolo del presente lavoro dedicato ad Habermas, si è visto come secondo il filosofo tedesco il problema del ricorso alla riflessione schmittiana sul *Bund* consiste nel fatto che essa rifugge sistematicamente dalla questione della legittimazione, ovvero del potere costituente, che invece a suo giudizio è determinante³⁵. Sulla base di ragioni analoghe, ma per giungere a un sistematico rigetto della pertinenza del riferimento alla definizione schmittiana di *Bund* per comprendere la realtà europea, Hauke Brunkhorst, invece, ha sottolineato il fatto che la Federazione – schmittianamente intesa – è solo Federazione di Stati, mentre l'Europa è una «Confederazione di Stati e popoli» («*a confederation of states and peoples*»)³⁶. Secondo Brunkhorst, resta dunque imprescindibile ricorrere a una nozione di «sovranità popolare procedurale e intersoggettiva»³⁷ per comprendere la forma costituzionale dell'Unione. Tali critiche sono certo pertinenti, soprattutto se si considerano i presupposti teorici da cui muovono. Tuttavia, dal momento che la sovranità procedurale non costituisce un effettivo superamento del concetto classico di sovranità, ma piuttosto un suo riorientamento volto a renderlo compatibile con le dinamiche delle società complesse, anche questo approccio appare esposto alle stesse aporie messe in luce da Schönberger. In altre parole,

³⁴ Ivi, p. 479-480. L'elenco schmittiano presenta in realtà tre punti ulteriori: «5. La Federazione protegge verso l'esterno i suoi membri dal pericolo di guerra e da ogni aggressione. (...) 6. Non c'è una Federazione senza intromissione della Federazione negli affari degli Stati membri. (...) 7. Ogni Federazione può in quanto tale fare la guerra ed ha uno *ius bellum*», Ivi, pp. 481-483.

³⁵ Cfr. J. Habermas, *La crisi dell'Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Saggio sulla costituzione dell'Europa*, in Id., *Questa Europa è in crisi*, trad. it. C. Mainoldi, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 63. In linea con tale lettura, P. Niesen (*Der pouvoir constituant mixte als Theorie der Föderation*, in E.M. Haustein (hrsg.), *Föderalismen*, cit., pp. 211-212) ha sostenuto che la forza della teoria del *Bund*, dal punto di vista del costituzionalismo globale, consiste nella sua visione non riduzionista dei sistemi complessi, caratterizzati da livelli multipli e competenze sovrapposte, che tuttavia rivendicano unità politica; la sua debolezza, finora, è invece legata alla rimozione del tema del potere costituente.

³⁶ H. Brunkhorst, *A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution*, in J.E. Fossum, E.O. Eriksen, A.J. Menéndez (eds), *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London-New York, 2004, p. 104, dove si afferma che la dottrina schmittiana del *Bund* è ancorata alla concezione statuale di Jellinek (Stato come soggetto giuridico ed empirico).

³⁷ *Ibidem* (dove con sovranità popolare intesa in modo procedurale e intersoggettivo si intende alludere a un processo condiviso e costruito attraverso la partecipazione e il riconoscimento reciproco dei cittadini, più che come un potere assoluto e monolitico).

permane il problema strutturale legato all'utilizzo del concetto di sovranità come categoria fondamentale per comprendere i fenomeni federali. Al di là di queste critiche, in certa misura estrinseche, nel paragrafo che segue ci si interrogherà pertanto sulla coerenza interna dell'impianto teorico: si tratta cioè di valutare se il recupero della dottrina costituzionale del *Bund* sia davvero compatibile con l'intento dichiarato di superare la dicotomia Stato federale-Confederazione di Stati e con il rifiuto del concetto di sovranità. Le riflessioni che seguiranno si collocheranno su un piano anzitutto concettuale, senza pretendere di offrire confutazioni di tipo storico o fenomenologico.

2. Il *Bund* come ordine politico-giuridico senza sovranità? Strettoie concettuali

Come prima cosa, vorrei considerare gli aspetti che la riflessione di Schönberger, in sintonia con quella di Beaud, fa discendere in positivo dall'assunzione della definizione schmittiana e su cui insiste al fine di valorizzarli per pensare l'Europa. Il vantaggio che presenta immediatamente la concettualizzazione dell'Unione Europea come *Bund* è quello di poterla intendere come una comunità giuridico-politica a struttura federale, senza che, come visto, essa possa essere compresa mediante il ricorso a concetti che hanno il loro centro di gravità nello Stato. Il dualismo dell'esistenza politica, ovvero il dualismo di poteri, è in tal senso inteso come l'elemento costitutivo della Federazione, che la rende irriducibile allo Stato³⁸. Questo aspetto consente di dar conto del fatto che la Federazione e gli Stati membri possiedono una loro propria esistenza politico-giuridica e che uno dei compiti costitutivi della Federazione sia quello di rendere possibile l'autoconservazione dei membri. Tra la Federazione e gli Stati membri perdura dunque un campo di tensione costitutivo, legato al permanere dell'esistenza politica delle parti che la compongono. Tuttavia, la Federazione non si riduce a un mero agglomerato di Stati: da un lato, infatti, vengono stabiliti meccanismi decisionali di carattere istituzionale sul piano sovrastatale in maniera stabile, non transitoria; dall'altro lato, gli Stati membri sono collegati istituzionalmente in modo tale che il loro *status* risulta modificato in modo permanente.

In tal senso, assume particolare rilievo la definizione del fondamento giuridico della Federazione e della sua struttura fondamentale, oggetto – non a caso – di un'approfondita disamina da parte di Olivier Beaud, non solo in

³⁸ Cfr. Cfr. O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 46. Cfr. inoltre L. Ferrari Bravo, *Federalismo*, in A. Zanini, U. Fadini (a cura di), *Lessico postfordista. Dizionario di idee della mutazione*, Feltrinelli, Milano 2001, p. 119.

uno dei suoi contributi più significativi sul tema, antecedente alla pubblicazione della *Théorie de la Fédération*, ma ora anche in uno studio monografico che ne costituisce lo sviluppo logico, mirante a descrivere la costituzione specifica della Federazione³⁹. Da un punto di vista teorico-giuridico sarebbe sufficiente constatare la specificità della struttura di tale fondamento per riconoscere sia l'autonomia della nozione costituzionale di Federazione, sia l'impossibilità di analizzarla sulla base della concettualità caratteristica dello Stato. Il fondamento giuridico da cui discende l'esistenza della Federazione è un patto federativo (*Bundesvertrag*), che si configura al tempo stesso come trattato e come costituzione – una combinazione che definisce la specificità della forma federale⁴⁰. La costituzione di una Federazione è un trattato (o, il che vale lo stesso, un patto), ovvero un accordo volontario tra diverse parti contraenti, che permangono anche dopo la stipula. La dimensione costituente a partire da cui la Federazione è pensabile è pertanto quella dell'accordo, che può esistere pienamente solo sulla base del libero consenso dei membri contraenti⁴¹. La valenza costitutiva del patto si rispecchia nel fatto che l'organismo federale che da esso scaturisce non si colloca in posizione sovraordinata nei confronti delle parti: come visto in precedenza, il patto federativo non può che esprimere la struttura fondamentale della Federazione come ordinamento basato sulla coordinazione. Il che significa più esattamente che «i rapporti esistenti tra la Federazione e i suoi Stati membri non sono rapporti gerarchici di comando e obbedienza»⁴²; si tratta, bensì, di relazioni orizzontali o, per dirla con Habermas, di carattere eterarchico. La dimensione pattizia è centrale nella Federazione in quanto la sua natura contrattualistica non riguarda solo l'atto fondativo, ma permea anche il funzionamento istituzionale della stessa.

È il recupero del significato costituzionale della dimensione pattizia che consente allora di cogliere pienamente la differente struttura del patto federativo rispetto alla costituzione di uno Stato unitario: «Questo trattato

³⁹ Cfr. O. Beaud, *La notion de pacte fédératif*, cit., pp. 197-270; Id., *Le pacte fédératif*, cit.

⁴⁰ Sul carattere di trattato e costituzione del patto federativo, cfr. C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 112.

⁴¹ Per Beaud, la nozione di *pacto* coglie con precisione l'essenza del federalismo: richiama l'idea di contratto e convenzione, esprimendo così l'unione volontaria tra Stati sovrani che scelgono di costituire insieme un nuovo soggetto politico. Il federalismo si fonda dunque su un'associazione tra eguali, basata sul libero consenso. Cfr. O. Beaud, *La notion de pacte fédératif*, cit., p. 248. È proprio questa dimensione pattizia a distinguere la Federazione dall'Impero: anche quest'ultimo può avere una struttura composita, ma si regge sulla forza e non su un accordo tra parti libere. Cfr. Id., *La Fédération entre l'État et l'Empire*, in B. Théret (dir.), *L'État, la finance et le social. Souveraineté nationale et construction européenne*, La Découverte, Paris, 1995, pp. 282-304.

⁴² TF, p. 32.

costituzionale ha una struttura diversa dalla costituzione di uno Stato unitario, come quella espressa idealmente nel *pouvoir constituant* della nazione dello Stato unitario francese»⁴³. Nel trattato costituzionale, infatti, i membri restano soggetti politici distinti, senza essere annullati nella nuova entità federale, riflettendo una forma di unità che non si oppone alla pluralità, ma la incorpora strutturalmente: l'unità federale è tale proprio in quanto mantiene in sé le differenze. Il patto costituzionale, in questo senso, non impone un'identità unificante, ma istituisce una relazione costitutiva tra gli elementi plurali. Per Beaud, del resto, è nella dimensione pattizia che si coglie non solo il tratto distintivo della struttura giuridica fondamentale della Federazione, ma anche la chiave per comprendere l'irriducibile differenza rispetto allo Stato: un'autonomia reciproca che si fa talora antagonismo tra forme politico-giuridiche inconciliabili. Laddove, infatti, la sovranità propria dello Stato si esprime necessariamente in un atto unilaterale, la Federazione nasce invece da un accordo, da un atto costitutivo fondato sulla volontà condivisa di soggetti plurali in direzione di una dimensione comune⁴⁴. Nella dicotomia Stato federale-Confederazione di Stati, ciò che viene non semplicemente frainteso, ma paradossalmente negato, è l'elemento pattizio, attraverso il riferimento allo Stato (e alla sovranità) come criterio definitorio:

Sotto questo profilo della “contrattualità”, della base consensuale, si comprende meglio perché la Federazione, in quanto forma politica, si opponga (...) al principio antagonista della sovranità che caratterizza lo Stato e che, al contrario, si fonda sull'unilateralità, sulla relazione comando-obbedienza (...). Non è quindi esagerato concludere che la “contrattualità” costituisca propriamente un elemento determinante del concetto di federalismo⁴⁵.

Se pensare il federalismo, come visto, implica una modalità altra di intendere il rapporto unità-pluralità, e se l'Unione Europea invita a «pensare l'unità come costitutivamente plurale, e dunque come unità che mantenga in

⁴³ C. Schönberger, *Bundeslehre und Europäische Union*, cit., p. 93.

⁴⁴ Cfr. O. Beaud, *La puissance de l'État*, cit., p. 246: il patto costituzionale «rifletterebbe una concezione plurilaterale della costituzione, evidentemente contraria all'idea di unilateralità contenuta nella stessa espressione di comando costituzionale»; «Il comando e il patto costituzionali sono due tipi di atti costituenti validi per due diversi tipi di unità politica» (Ivi, p. 253). Cfr. inoltre C. Schönberger, *Bundeslehre und Europäische Union*, cit., p. 88, dove si rileva che nel caso dello Stato federale, il termine veicola connotazioni centralistiche e unitarie, poiché privilegia l'elemento statuale rispetto a quello federativo, neutralizzando così la natura costitutivamente plurale della Federazione.

⁴⁵ TF, p. 116.

sé le differenze e i soggetti portatori di queste»⁴⁶, allora la centralità dell’elemento pattizio nella comprensione della struttura politico-giuridica della Federazione – con i tratti che la connotano positivamente, differenziandola effettivamente dallo Stato – impone di considerare attentamente come venga intesa l’esistenza politica della Federazione e degli Stati membri. L’aspirazione di Beaud a fondare una teoria della Federazione come forma politico-giuridica autonoma e di pari dignità rispetto allo Stato, del resto, non può prescindere dal modo in cui viene qualificata la duplicità dei poteri e delle esistenze politiche, poiché tale qualificazione consente di comprendere come si mantengano le differenze e come si configuri l’unità. Come viene dunque intesa la dimensione politica dei membri e della Federazione?

Soffermarsi su questa questione – senza per questo sminuire l’originalità e l’importanza della riflessione sulla Federazione, ma piuttosto nel tentativo di instaurare un dialogo produttivo che condivida l’esigenza di superare la concettualità statuale e sovrana – consente di mettere in luce un aspetto problematico che deriva in larga parte dalla contiguità alla dottrina schmittiana, e dalla difficoltà di superarla una volta accolti integralmente i suoi tratti fondamentali. Se, come aveva già rilevato Sergio Ortino, «l’intuizione principale del pensiero schmittiano in proposito (ovvero, sulla Federazione) è di aver dato autonomia concettuale a tale forma di Stato, indipendentemente dalle categorie tradizionali della Confederazione di Stati e dello Stato federale»⁴⁷, si deve tuttavia osservare che l’immaginario alla base della Federazione – e della sua definizione – è pur sempre quello di una pluralità di unità politiche pensate come Stati⁴⁸. In tal senso, la pluralità assunta come costitutiva appare come una pluralità di “identici”, ovvero, almeno sotto questo profilo, indifferenziata, e ciò che risulta decisivo nel patto è l’elemento della volontà. Ma ancor prima di questo aspetto, la questione che inevitabilmente si pone riguarda il significato del superamento del concetto di sovranità, dato che il polo plurale della Federazione è composto, appunto, da Stati⁴⁹. E la difficoltà sta nel fatto che lo Stato,

⁴⁶ G. Duso, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, «Quaderni fiorentini», vol. 41, 2012, p. 40. Assumiamo qui l’acuta formulazione di Giuseppe Duso quale riferimento per una riconsiderazione del rapporto unità-pluralità, oltre le coordinate entro cui esso è stato storicamente articolato nella forma-Stato e, di contro a ciò, in coerenza con una modalità federalistica di pensare la politica.

⁴⁷ S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, cit., p. 26.

⁴⁸ Cfr. O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 53.

⁴⁹ In merito alla possibilità e alla pertinenza di interpretare l’Unione Europea come Federazione, occorre segnalare il rischio insito in tale impostazione: quello di trascurare le profonde trasformazioni che hanno investito la statualità contemporanea – indipendentemente dai

nell'accezione che ha assunto nella vicenda moderna, risulta inscindibilmente legato alla sovranità⁵⁰.

Sebbene Schönberger e Beaud insistano sulla contrapposizione tra Federazione e sovranità, entrambi sostengono che la prima debba essere pensata come una Federazione di Stati. Se la Federazione, in quanto unità politica, non può essere compresa attraverso il concetto di sovranità, ciò non sembra tuttavia escludere, nel loro approccio, che quest'ultimo possa ancora applicarsi – almeno in parte – alle entità che la compongono. Così, nella seconda parte della sua *Théorie de la Fédération* («L'ambivalenza costitutiva della Federazione tra unione di Stati e istituzione»), Beaud definisce la Federazione anzitutto come “unione di Stati”, salvo precisare subito dopo che il problema è quello di trovare «un altro significato di questa espressione di unione di Stati che non sia gravato dal significato dall'opposizione tra Confederazione e Stato federale»⁵¹.

L'indizio più eloquente della convinzione, da parte di Beaud, che le unità politiche federate debbano essere Stati si trova nella motivazione con cui egli esclude pressoché integralmente il pensiero federalista di Johannes Althusius come riferimento storico rilevante per la costruzione della sua teoria, a favore invece dell'opera di Samuel Pufendorf, definito il «primo teorico moderno della Federazione»⁵². Pur non trattandosi di una mera riattualizzazione, la

processi di europeizzazione – soprattutto per quanto concerne la ridefinizione del concetto di sovranità. A questo proposito si rinvia al primo capitolo del presente lavoro. Su questo cfr. lo stesso O. Beaud, *La puissance de l'État*, cit., p. 13 («cercare di stabilire se la sovranità rimanga il criterio dello Stato equivale a eludere il problema sicuramente più attuale e appassionante dell'eventuale obsolescenza dello Stato. La grande questione filosofico-giuridica odierna è quella di sapere se lo Stato non sia ormai superato come forma di espressione giuridica del potere politico», corsivo mio). Infine, è opportuno richiamare anche la riflessione di Maurizio Fioravanti, il quale osserva come «il significato che va assumendo la stessa Unione come forma politica» non possa che essere condizionato dal fatto che i soggetti dell'integrazione europea siano «gli Stati costituzionali, ovvero Stati non più riconducibili (...) al principio di sovranità», M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 35.

⁵⁰ Cfr. O. Beaud, *La puissance de l'État*, cit. Ma, più in sintesi, si vedano sempre le considerazioni di Beaud in: Id., *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 48.

⁵¹ TF, p. 105 (corsivo mio). Ma per cogliere la coerenza della riflessione di Beaud su questo aspetto si veda: Id., *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 48 (dove si precisa che l'orizzonte della Federazione è quello del federalismo moderno, ovvero interstatale). Più di recente si veda come riscontro: Id., *La répartition des compétences dans une Fédération*, «Jus Politicum», vol. 16, 2016, pp. 181 e 183.

⁵² TF, p. 16. La centralità del pensiero di Althusius nel tentativo di delineare un paradigma federalistico quale modalità altra di pensare la politica oltre i confini della forma-Stato è stata autorevolmente sostenuta da Giuseppe Duso. In luogo di molti, cfr. G. Duso, *Perché Althusius per pensare il federalismo*, in Id., *Reinventare la democrazia*, cit., pp. 247-278, e, per le

preferenza per Pufendorf si giustifica con l'argomento che egli «parte dai risultati raggiunti dalle opere di Bodin e Hobbes, che rivoluzionano la scienza moderna del diritto pubblico con l'idea di sovranità»⁵³. In un contributo successivo alla *Théorie*, inoltre, Beaud precisa che il limite intrinseco della proposta althusiana consiste nell'incapacità di rispondere alle esigenze del modello federale moderno, fondato non su una visione organicistica dell'ordine politico, ma su un principio volontaristico che presuppone un atto costitutivo tra entità sovrane⁵⁴. In tal senso, la configurazione di Althusius, pur ricca di suggestioni, resterebbe ancorata a una concezione premoderna dell'unità politica, ritenuta distante dalla logica contrattuale che non può che caratterizzare le Federazioni contemporanee. Da ciò si evince con chiarezza come, secondo Beaud, lo «schema volontaristico» alla base del patto federativo implichi che le unità politiche costitutive siano Stati sovrani⁵⁵.

L'assunto secondo cui solo gli Stati possono essere le realtà federate produce effetti che vanno oltre la semplice constatazione del fatto che il concetto di sovranità non vada del tutto rigettato, ma conservi una certa utilità analitica per comprendere la realtà statale⁵⁶. Vale, infatti, l'idea che

implicazioni di tale interpretazione, proprio nel confronto con l'opera di Beaud, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, «Quaderni fiorentini», vol. 38, n. 2, 2009, pp. 1881-1897. Sulla rilevanza di Althusius per ripensare l'Europa, cfr. Id., *Come pensare un'Europa federale. La lezione di Althusius*, «costituzionalismo.it», n. 1, 2024, pp. 131-167; G. Rugge, *Le lenti di Altusio: spunti per ripensare l'Unione europea*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», vol. 71, n. 3, 2021, pp. 759-781; G. Comazzetto, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, Jovene, Napoli 2023, pp. 90-97.

⁵³ TF, nota 4 di p. 16.

⁵⁴ Cfr. O. Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, in G. Duso, A. Scalone (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Polimetrica, Monza 2010, pp. 38-39.

⁵⁵ In sintonia anche la posizione di Schönberger (*Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 99). Occorre sottolineare come, sebbene dalla lettura dei testi di Beaud emerga una concezione della Federazione ancorata a un ordine internazionale tra Stati sovrani, non mancano passaggi che introducono una maggiore flessibilità nella definizione dei soggetti federabili. In particolare, se egli riconosce che la Federazione, intesa come «unione di Stati», presuppone un nuovo assetto dell'ordine internazionale fondato sull'egualianza sovrana, ammette nondimeno esplicitamente che non solo gli Stati in senso stretto, bensì anche entità politiche ad essi assimilabili – «équivalents d'État», TF, p. 123 – possano esercitare, in virtù della loro autodeterminazione, la libertà di decidere la forma politica in cui intendono vivere. Questa apertura mi pare lasci spazio a una concezione più articolata e meno rigidamente statocentrica della soggettività (plurale) federale. (Poco dopo si dice anche «les États ou les quasi-États» per indicare le parti federate, TF, p. 124).

⁵⁶ Beaud prende esplicitamente le distanze dall'impostazione di Carl Joachim Friedrich, il quale propone una teoria della Federazione fondata su una radicale ostilità verso il concetto stesso di sovranità, inteso come antitetico al costituzionalismo. Pur ritenendo che la

sovranità e federalismo vadano separati e isolati «in modo tale da non entrare in contatto tra loro, pur riconoscendo, nel loro ordine, i loro meriti»⁵⁷. Ma se è vero che l'ingresso in una Federazione comporta per ciascun membro un adattamento della propria condizione politica agli scopi comuni che la Federazione incarna, allora risulta difficile pensare l'atto fondativo senza ricorrere, almeno implicitamente, ai concetti di Stato e di sovranità nella loro accezione tradizionale. A quel punto, la domanda che inevitabilmente si pone è: come possono le logiche dello Stato non concorrere, almeno in parte, a definire la Federazione?

Meno singolare, in prima battuta, risulta la seguente puntualizzazione di Schönberger rispetto al nodo problematico in esame:

Il concetto di sovranità non ha alcuna capacità esplicativa per il rapporto tra Stati membri e livello federale in una Federazione. Questi non sono strutturalmente gerarchizzati. La sovranità, intesa come competenza indivisibile e assoluta, non può esistere né a livello federale né presso gli Stati membri. Essa diventa nuovamente concepibile solo quando la Federazione si trasforma in uno Stato federale consolidato, che a quel punto non è più una Federazione, ma uno Stato organizzato in modo decentrato⁵⁸.

Non solo, dunque, il concetto di sovranità è privo di significato nella relazione tra Stati membri e piano federale, ma – se inteso come «competenza indivisibile e assoluta» – non può spettare né agli uni né all'altro⁵⁹. Di segno diverso appare però quanto Schönberger aggiunge subito dopo precisando che nella pratica discorsiva e politico-giuridica sia gli Stati membri sia l'ordine federale tendono a descriversi comunque tramite «formule di sovranità»⁶⁰. Il fatto che la questione della sovranità sia «strutturalmente irrisolta»⁶¹ spingerebbe entrambi i livelli a rivendicare una propria sovranità come forma di autolegitimazione. Se sul piano analitico-giuridico, la sovranità non spiega la realtà federale, nondimeno, sul piano politico-discorsivo, essa è usata per dare senso, identità e legittimità alle entità coinvolte. In realtà, quanto rilevato sembra alludere alla distinzione tra, da un lato, la facoltà di decidere in merito alla distribuzione dei diritti di comando – vale a dire la sovranità in senso proprio – e, dall'altro, i diritti

Federazione non sia pensabile entro i confini della sovranità, Beaud precisa che ciò non implica né l'intrinseca falsità del modello statuale sovrano, né l'impossibilità teorica della forma federale. Cfr. TF, p. 63.

⁵⁷ TF, p. 63.

⁵⁸ C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 106-107.

⁵⁹ Cfr. O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 61.

⁶⁰ C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 107.

⁶¹ *Ibidem*.

stessi, ossia le competenze attribuite alle due sfere. Solo queste ultime possono rientrare legittimamente nell'autodescrizione dei soggetti coinvolti. Ne deriverebbe, in ogni caso, che all'interno del concetto di Federazione permane come un "fantasma" l'idea di sovranità: se ciascuna delle due sfere politiche – i due poteri che coesistono su uno stesso territorio, tratto distintivo della Federazione – può rappresentarsi a partire da categorie sovrane, allora è inevitabile che la forma-Stato continui a concorrere alla configurazione della forma federale⁶².

Ne consegue una domanda: un effettivo superamento del concetto di sovranità nel pensare la Federazione non dovrebbe condurre, esattamente, all'impossibilità per le sue parti di autocomprendersi come unità politiche in termini sovrani? Tuttavia, in linea con l'impostazione schmittiana, il congedo dalla sovranità nel *Bund* risulta non implicare una sua negazione "assoluta", bensì il fatto che la questione resti formalmente sospesa, irrisolta (per certi versi, ridislocata su un piano differente). Quanto al modo in cui debbano essere intese le esistenze politiche all'interno della Federazione, non si ritiene necessaria alcuna ulteriore specificazione: un tratto essenziale della teoria federale, e al tempo stesso il punto di forza della sua architettura⁶³, consisterebbe invece proprio nel mantenere strutturalmente in sospeso la questione della sovranità. Ma questa condizione sospesa della sovranità implica che ciò che caratterizza il *Bund* sia «una condizione di equilibrio precario, uno stato di sospensione»⁶⁴. Che non si tratti di un elemento marginale lo conferma quanto viene successivamente affermato, ovvero che ogni analisi concettuale della Federazione deve avvalersi di categorie capaci di rendere giustizia a questa condizione di sospensione⁶⁵. Se così è, tuttavia, risulta difficile concepire la relazione tra unità e pluralità come qualcosa di diverso da una mera contrapposizione da bilanciare: la Federazione appare allora come un ordinamento intrinsecamente precario, che interiorizza la dicotomia tra Stato federale e Confederazione senza riuscire effettivamente a superarla. Per chiarire meglio questo nodo problematico, il paragrafo seguente si soffermerà – sia pure brevemente – sulla dottrina costituzionale della Federazione in Schmitt. È da notare, infatti, che già nel primo degli

⁶² Riprendiamo e cerchiamo di articolare qui un interrogativo posto acutamente da Sandro Mezzadra a proposito della *Théorie de la Fédération* di Beaud: se la forma-Stato persiste all'interno di quella federale, allora quest'ultima, pur potendo essere definita "superiore", ne interiorizza comunque logiche, istituzioni e categorie. Non può dunque rivendicare una piena autonomia, ma solo una posizione che, nel migliore dei casi, si definisce in termini dialettici rispetto allo Stato. Cfr. S. Mezzadra, *(Ri)pensare il federalismo nella crisi della forma politica moderna*, «Quaderni fiorentini», vol. 40, 2011, p. 1134.

⁶³ Cfr. C. Franzius, F.C. Mayer, J. Neyer (hrsg.), *Strukturfragen* cit., pp. 19-20.

⁶⁴ C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, cit., p. 105.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*.

articoli che precedono la pubblicazione della *Théorie de la Fédération*, dedicato al rapporto concettuale tra sovranità e federalismo, Beaud rileva alcune “debolezze contenutistiche” nella dottrina schmittiana⁶⁶. Le analisi che seguiranno non pretendono di offrire una trattazione esaustiva del pensiero di Schmitt, ma intendono piuttosto mettere in luce con maggiore precisione i limiti di una teoria del federalismo che non riesce a liberarsi dallo spettro della sovranità, così come i rischi insiti in una riduzione del nesso unità-pluralità, qualora lo si assuma in modo meramente formale. La questione che resta aperta è la seguente: è sufficiente, per pensare in modo realmente nuovo il rapporto tra unità e pluralità, che l'esistenza politica all'interno della dualità dei poteri venga determinata in questi termini? È possibile pensarla altrimenti?

3. La Federazione oltre Schmitt?

Nella sua analisi della «forma di stato a base federativa» e, in particolare, nel paragrafo dedicato al patto federativo, Sergio Ortino osserva che «l'inquadramento teorico delle repubbliche federative ha luogo (...) in modo quasi del tutto esauriente da parte di Carl Schmitt. Tuttavia, l'analisi compiuta da questo autore degli ordinamenti federativi mal si concilia con le sue premesse di teoria costituzionale»⁶⁷. Il riferimento di Ortino va, anzitutto, alla centralità attribuita da Schmitt ai concetti di Stato, sovranità e decisione, categorie che appaiono di dubbia pertinenza nel delineare la specificità concettuale della Federazione. Già nel primo capitolo della *Verfassungslehre*, dove Schmitt definisce il concetto di costituzione, l'ipotesi federalistica sembra, a prima vista, da escludere⁶⁸. La costituzione è intesa come «la decisione politica fondamentale del soggetto del potere costituente», soggetto che, in quanto «grandezza politicamente esistente», «decide con un

⁶⁶ Cfr. O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, cit., p. 51.

⁶⁷ S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, cit., p. 263. Ortino ritiene che Schmitt colga con chiarezza un punto essenziale, ovvero che «l'essenza degli ordinamenti statali a base federativa» risiede «innanzitutto nel fatto che essi costituiscono un'unione consensuale e permanente, in base alla quale lo status politico generale di ogni singolo membro della Federazione viene modificato in relazione agli scopi comuni per i quali la Federazione viene costituita». Ma, come si è visto in precedenza, ancora più rilevante di questo aspetto è, secondo Ortino, il merito di aver attribuito autonomia concettuale alla forma di Stato federativa. Cfr. M. Surdi, *Fine secolo: mutamenti strutturali del compromesso politico*, in Id., *Faida, contratto, patto. Studi sulla capacità costituente*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 104-106.

⁶⁸ Cfr. A. Scalzone, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, in G. Duso, A. Scalzone (a cura di), *Come pensare il federalismo?*, cit., pp. 233-235.

atto consapevole sulla forma di questa esistenza politica»⁶⁹. La costituzione, in tal senso, rappresenta la «decisione complessiva sulla specie e la forma dell’unità politica»⁷⁰. Anche limitandosi a queste definizioni preliminari, si comprende il motivo per cui Ortino possa concludere che «resta incomprensibile, dall’angolo visuale “interno” della concezione schmittiana, come possa accadere che la comunità federativa nata dal patto costituzionale stipulato da indipendenti unità politiche (...) costituisca una “concreta realtà di un esistere politico indipendente”, il presupposto esistenziale del patto costituzionale»⁷¹.

Ciononostante, l’ampio spazio dedicato dal giurista di Plettenberg all’ordinamento federale all’interno della *Verfassungslehre* suggerisce che la questione non sia per lui affatto marginale. Al contrario, questi pare ritenere che anche la Federazione, pur nella sua peculiarità, possa essere ricondotta entro il quadro sistematico della teoria della forma politica unitaria e sovrana. Con ogni probabilità, è la rilevanza concreta della questione federale nel contesto del II Reich e della Repubblica di Weimar a imporgli un confronto serrato con il tema⁷². Il rifiuto della distinzione canonica tra Stato federale e Confederazione segnala che tale categorizzazione è, per Schmitt, incompatibile con la sua concezione dell’unità politica del popolo, categoria fondamentale della costituzione⁷³. Dopo aver passato in rassegna le «differenti specie di unioni e rapporti interstatali»⁷⁴, Schmitt concentra la propria attenzione sull’ordinamento della Federazione, il quale va, a suo avviso, messo in rapporto diretto con il potere costituente. Là dove parla del “contratto federale” egli precisa: «la sua stipulazione è un atto del potere costituente. Il suo contenuto è contemporaneamente il contenuto della

⁶⁹ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 41.

⁷⁰ Ivi, p. 38; per una esaurente trattazione critica cfr. C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996, p. 575-633.

⁷¹ S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, cit., p. 263. Sulla difficoltà di collocare la trattazione dell’ordinamento federale stanti «alcune lapidarie affermazioni» di Schmitt, cfr. inoltre A. Scalzone, *L’ordine precario*, cit., pp. 325-327. Cfr. inoltre le lucide considerazioni di G. Comazzetto, *La solidarietà necessaria*, cit., pp. 81-88.

⁷² Cfr. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, pp. 113-114, 146-148. Sul punto, cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 466 e ss.; A. Scalzone, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, cit., p. 233-235.

⁷³ Dopo aver criticato l’inconsistenza della tradizionale distinzione tra Confederazione di Stati e Stato federale, Schmitt osserva come, sulla scorta di tale distinzione, «il problema fondamentale di dottrina della costituzione (giacché un vero trattato di Federazione è un atto del potere costituente) non giunge affatto alla consapevolezza» (*Dottrina della costituzione*, cit., p. 478). Cfr. anche S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, cit., p. 25.

⁷⁴ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 473 e ss.

costituzione federale e un elemento della costituzione di ogni Stato membro»⁷⁵.

È precisamente questo aspetto a risultare, secondo Ortino, inconciliabile con le premesse teoriche schmittiane. Il fondamento pattizio della Federazione presuppone, infatti, la convergenza di una molteplicità di poteri costituenti. Ma Schmitt insiste sul fatto che nella stipulazione del patto federativo si esprima un atto costituente in senso proprio⁷⁶: in che modo, dunque, tale atto può essere pensato come unitario e integrale, pur nella molteplicità dei soggetti? Anche ammessa una concretezza esistenziale dell'ordinamento federale, Schmitt stesso ne evidenzia una serie di aporie interne, che non solo ne mettono in luce l'intrinseca fragilità – derivante, in ultima analisi, dalla mancata risoluzione della questione della sovranità –, ma rinviano al presupposto fondamentale della sua pensabilità: l'omogeneità. Il concetto di sovranità, insomma, non viene abbandonato da Schmitt neppure nel trattare della Federazione. E, in questa direzione, dopo aver individuato gli elementi derivanti dalla determinazione concettuale della Federazione, Schmitt si sofferma sulle «antinomie giuridiche e politiche»⁷⁷ proprie di tale forma.

La prima di queste antinomie riguarda il fatto che la Federazione, per garantire la sopravvivenza politica dei singoli membri, è costretta a limitarne l'autonomia in vista dell'autodeterminazione complessiva: «la Federazione persegue l'autoconservazione, cioè la conservazione dell'autonomia politica di ogni membro. D'altro canto, l'appartenenza ad una Federazione porta con sé una diminuzione di questa autonomia, giacché essa conduce ad una rinuncia allo *ius belli* (...)»⁷⁸. La garanzia di protezione esterna offerta dalla Federazione, unita alla pacificazione interna – «all'interno della Federazione e fra i suoi membri non può esserci più nessuna guerra»⁷⁹ – comporta un inevitabile squilibrio strutturale, che è tutt'altro che ipotetico, e che Schmitt chiarisce nei suoi termini politici ed esistenziali.

La seconda antinomia individuata da Schmitt concerne l'esecuzione federale, ovvero l'ingerenza della Federazione negli affari interni dei membri, la quale può giungere a compromettere l'esistenza politica di questi

⁷⁵ Ivi, p. 480. Cfr. anche p. 495, dove Schmitt nota che la Federazione possiede un'esistenza politica autonoma, inclusa la facoltà di condurre la guerra (*ius belli*), ma non dispone di un *proprio* potere costituente: essa si fonda esclusivamente sul patto stipulato tra gli Stati membri.

⁷⁶ Cfr. M. Surdi, *Fine secolo*, cit., pp. 102-109.

⁷⁷ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 483.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Ivi, p. 481.

ultimi⁸⁰. Scrive infatti: «ogni Federazione porta ad interventi. Ogni vera esecuzione federale è un'intromissione tale che sopprime l'autodeterminazione del tutto indipendente dello Stato toccato dall'esecuzione e abolisce la sua chiusura e impenetrabilità verso l'esterno, la sua "impermeabilità"»⁸¹. Si tratta, dunque, di una tensione strutturale che incide direttamente sul diritto di autodeterminazione di ciascun membro della Federazione.

La terza, e ultima, antinomia elencata da Schmitt tocca invece il dualismo politico costitutivo della Federazione, derivante dalla coesistenza, al suo interno, di una pluralità di esistenze politiche e di un polo unitario, la Federazione, che ha un'esistenza politica a sua volta:

Ogni Federazione ha in quanto tale (...) una volontà complessiva e un'esistenza politica. (...) Di conseguenza, in una Federazione coesistono due specie di esistenza politica: l'esistenza complessiva della Federazione e l'esistenza singola dei membri della Federazione. Le due specie di esistenza politica devono necessariamente continuare a coesistere, finché deve continuare ad esserci una Federazione. L'esistenza complessiva della Federazione non può sopprimere l'esistenza singola degli Stati membri né questa esistenza degli Stati membri può sopprimere quella della Federazione. Né gli Stati membri sono semplicemente subordinati, dipendenti della Federazione, e neppure è la Federazione ad essi subordinata e dipendente. La Federazione consiste solo in questa unione sostanziale e in questo equilibrio. (...) L'essenza della Federazione consiste in un dualismo di esistenza politica, in un intreccio di coesione federale e di unità politica, per un verso, con la sussistenza di una molteplicità, di un pluralismo di singole unità politiche per l'altro verso. Una siffatta instabilità dovrebbe in sé condurre a numerosi conflitti, che devono necessariamente essere decisi⁸².

Alla luce di quest'ultima citazione emerge allora come ciò che, agli occhi di Schmitt, si configura come un'aporia – il dualismo di esistenze politiche all'interno dell'unità federale – rappresenti invece, per autori come Schönberger e Beaud, l'elemento centrale da valorizzare: proprio tale coesistenza della pluralità e dell'unità darebbe conto dell'autonomia concettuale della Federazione, distinguendola sia dallo Stato unitario sia dalla Confederazione e giustificando, inoltre, la sospensione della questione della sovranità. La difficoltà teorica, tuttavia, si manifesta nella modalità con cui Schmitt concepisce il rapporto tra unità e pluralità. Egli afferma esplicitamente che «questa terza, più generale antinomia si basa in ultima

⁸⁰ Ivi, p. 484, dove si afferma l'incompatibilità potenziale tra l'autonomia degli Stati membri e l'esigenza di coesione e sicurezza dell'unità federale.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Ivi, pp. 484-485.

analisi sul fatto che ogni coesistenza di unità politiche autonome nel quadro di un'unità complessa che pure esiste politicamente deve apparire come una contraddizione»⁸³. A sostegno di questa affermazione, egli cita con approvazione Max von Seydel, che riprende a sua volta una celebre formulazione: «*Il ne peut y avoir deux unités, car l'essence de l'unité c'est d'être une*» (non possono esserci due unità, poiché l'essenza dell'unità consiste precisamente nell'essere una). Affinché le contraddizioni latenti nella Federazione non emergano in forma manifesta, è dunque necessario – secondo Schmitt – che non sorgano conflitti all'interno della compagine federale. Qualora ciò accadesse, l'unica via d'uscita consisterebbe in una decisione politica che porrebbe fine alla Federazione stessa, risolvendo la tensione in una delle due direzioni estreme: o verso la costituzione di uno Stato sovrano unitario⁸⁴, o verso la dissoluzione in una pluralità irrelata di Stati sovrani. In termini logici, la possibilità stessa del conflitto si radica nella struttura interna del concetto schmittiano di Federazione, che richiede la simultanea presenza di unità e pluralità, ma la concepisce secondo una modalità di giustapposizione e non di integrazione. La Federazione, nella sua architettura teorica, appare infatti come una coesistenza forzata tra soggetti pensati in termini sovrani, ciascuno dotato di un'esistenza politica solo in questo senso. In altre parole, la categoria della sovranità resta pienamente operativa nella definizione schmittiana della Federazione, che viene pensata non come una forma politica capace di oltrepassare i limiti dello Stato moderno, ma come un compromesso instabile e reversibile tra unità e pluralità.

Poiché, nell'ordinamento federale, la relazione tra Federazione e Stati membri è strutturalmente determinata dal rimanere aperta della questione della sovranità⁸⁵ e, al contempo, l'eventualità di una decisione ultima non può essere esclusa sul piano teorico, data la concezione schmittiana dell'esistenza politica, la forma federale non si rivela autosufficiente. Essa presuppone condizioni “esterne” che ne rendano possibile la tenuta. Se, infatti, l'organizzazione giuridica può risolvere solo parzialmente i conflitti politici – e non è in grado di affrontare quelli esistenziali, che esigono una decisione sovrana –, Schmitt ritiene che esista un solo presupposto in grado di fondare la possibilità stessa della Federazione e, al contempo, di “risolvere” – o, più propriamente, *dissolvere* – le antinomie precedentemente individuate. Tale presupposto, come accennato, è l'omogeneità: «La

⁸³ Ivi, p. 487. Più oltre si afferma: «Il concetto di una unità politica composta di Stati, permanente e che non abbandona il suo fondamento pattizio appare comunque come qualcosa di sommamente contraddittorio» (p. 489).

⁸⁴ Cfr. Ivi, p. 486.

⁸⁵ *Ibidem*.

soluzione delle antinomie della Federazione consiste nel fatto che ogni Federazione si basa su un presupposto essenziale, ossia sull’omogeneità di tutti i membri, cioè su un’affinità sostanziale, che fonda un accordo concreto, effettivo degli Stati membri e fa sì che il caso estremo di conflitto non abbia luogo all’interno della Federazione»⁸⁶.

Solo l’omogeneità tra i membri renderebbe pensabile non soltanto la stipulazione di un patto federativo duraturo, ma la sua effettiva sussistenza: essa garantisce, in altri termini, che il caso d’eccezione venga escluso *a priori*⁸⁷. Ciò si fonda, implicitamente, su un’ulteriore premessa: che ogni autentico conflitto politico esiga, per essere risolto, l’intervento di un’autorità sovrana. In questa prospettiva, l’esistenza della Federazione risulta, per Schmitt, analoga a quella dello Stato democratico unitario, nella misura in cui entrambi si fondano sull’omogeneità come presupposto di legittimità e stabilità. Dalla risoluzione della terza antinomia emerge, inoltre, un’ulteriore implicazione: una volta ammessa l’omogeneità come condizione necessaria della Federazione, la sovranità non risulta più “divisa” tra i due livelli, ma ripartita funzionalmente. A seconda degli ambiti, essa spetta alla Federazione o ai singoli Stati membri⁸⁸. Con l’ingresso nella Federazione, gli Stati rinunciano a una parte della propria sovranità, diventando componenti di una nuova unità politica. Ogni elemento di differenza, ogni possibile fonte di conflitto, deve essere disinnesato in anticipo. In questo modo, la riflessione schmittiana, che pure sembrava offrire una via per comprendere la Federazione come forma determinata di unità politica distinta dallo Stato, appare fortemente ridimensionata. Qualsiasi tentativo di recuperare il concetto di Federazione muovendo da Schmitt richiede perciò un profondo riposizionamento teorico rispetto all’impianto originario.

Come anticipato, anche Olivier Beaud – pur valorizzando la definizione schmittiana di *Bund* – non procede in alcun modo a un recupero acritico dell’intera trattazione schmittiana. Al contrario, egli evidenzia quelle che definisce «debolezze contenutistiche» del concetto schmittiano, che lo rendono insufficiente per elaborare una vera e propria dottrina giuridica della

⁸⁶ Ivi, p. 490.

⁸⁷ Come ha rilevato Antonino Scaloni, l’esistenza di una Federazione implica un’omogeneità in grado di assorbire ogni conflitto e di arrestarlo prima che raggiunga il punto critico che ne causerebbe la dissoluzione. Ciò che sul piano teorico risulta inconciliabile – la coesistenza della Federazione con le parti contraenti – trova soluzione sul piano politico-esistenziale, attraverso la decisione del potere costituenti. Cfr. A. Scaloni, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, cit., p. 237-238.

⁸⁸ Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 493. Non si ha dunque alcuna divisione della sovranità, ma una differenziazione funzionale della decisione politica, corrispondente alla coesistenza di esistenze politiche distinte nei diversi ambiti della Federazione.

Federazione. Il nodo principale è rappresentato dall’impiego del concetto di sovranità come criterio strutturante della trattazione, laddove proprio la determinazione schmittiana della Federazione lascia emergere – sia pure in negativo – un’antinomia irrisolta tra sovranità e forma federale⁸⁹. Tuttavia, secondo Beaud, questa antinomia derivebbe solo dal fatto che il concetto di sovranità implica l’esistenza di un potere pubblico unico che si esercita su un determinato territorio, mentre la nozione di Federazione si basa invece sulla presenza concomitante di due poteri distinti⁹⁰. Sebbene la contrapposizione tra unità e dualità consenta di distinguere e circoscrivere formalmente Stato e Federazione, essa non appare idonea, in quanto tale, a ripensare il rapporto unità-pluralità nel contesto della Federazione. Se la sovranità non struttura il rapporto complessivo tra Federazione e Stati membri, ma si manifesta all’interno di questi – almeno in relazione a certi ambiti – come si può evitare che tale rapporto assuma la forma del comando e dell’obbedienza? Se la Federazione è dotata, entro le competenze stabilite dal patto, di autorità propria, essa risulta di fatto sovraordinata. In tal caso, solo l’omogeneità dei membri sembra poter fungere da garanzia contro il dissenso. Questo, in Schmitt, è meno problematico, poiché egli può assegnare alla Federazione la funzione della difesa esterna e lasciare agli Stati membri la cura degli affari interni. Ma in una realtà come l’Unione Europea, la cui logica – come nota Schönberger – è primariamente orientata alla garanzia del benessere («primäre Wohlfahrtsorientierung»)⁹¹, l’assunzione dell’omogeneità come fondamento appare più difficile da sostenere⁹². È significativo, a tal proposito, che un tentativo di recupero della categoria schmittiana di *Bund* da parte di un altro eminente giurista tedesco, Ulrich K. Preuß, miri precisamente a sgravarla dal vincolo dell’omogeneità. Tale operazione si fonda su presupposti arendtiani, in particolare sull’idea del «essere-insieme e in relazione dell’etereogeneo» («Zusammen- und Miteinander-Sein des Verschiedenen»⁹³) come essenza del politico: l’essere-insieme, dunque, di soggetti diversi, nel riconoscimento reciproco delle differenze. In questa prospettiva, Preuß riformula il fondamento giuridico del

⁸⁹ Cfr. O. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, cit., p.51

⁹⁰ Cfr. O. Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, cit., p. 23.

⁹¹ Anche se l’attualità spingerebbe a riformulare la frase più cautamente al passato prossimo.

⁹² Cfr. A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 137, dove si osserva ancor più radicalmente: «Carl Schmitt su un punto aveva ragione, quando escludeva che una Federazione non omogenea potesse godere di una sostanziale omogeneità. È probabile, però, che, in un mondo globalizzato e in rapido cambiamento, la stabilità sostanziale sia ormai una chimera anche per le istituzioni statali».

⁹³ U.K. Preuss, *Das Politische im Europarecht*, cit., p. 335 (con richiamo a H. Arendt, *Che cos’è la politica?*, a cura di U. Ludz, Einaudi, Torino 2006).

Bund come *Statusvertrag*, affermando che esso «è orientato al riconoscimento e all'arricchimento dello status giuridico e dell'identità giuridicamente riconosciuta dell'altro, di volta in volta»⁹⁴. La Federazione “europea”, così intesa, non presuppone l’omogeneità, ma si costruisce come spazio giuridico e politico di coesistenza e mutuo riconoscimento tra soggetti diversi – in ciò, mi pare, davvero “oltre Schmitt”.

4. Elementi morfologici della Federazione

Benché nell’economia della riflessione di Olivier Beaud sulla Federazione il ruolo svolto dal riferimento a Schmitt sia difficilmente sottovalutabile, l’operazione condotta, in particolare in *Théorie de la Fédération*, risulta assolutamente irriducibile a una mera riproposizione della dottrina schmittiana. Se nel paragrafo precedente ci si è soffermati su quest’ultima, anche per metterne in luce alcuni aspetti problematici rispetto alla possibilità di un suo recupero, è perché, nell’ambito della ricezione dell’idea di concepire l’Unione Europea come una Federazione, l’associazione più immediata e ricorrente è proprio quella che rimanda all’influenza di Schmitt. In questo paragrafo vorrei invece concentrarmi più direttamente – pur senza alcuna pretesa di esaurire la ricchezza degli spunti che essa offre – sulla *Théorie de la Fédération* di Beaud, nella prospettiva di enucleare ulteriori elementi che emergono nel corso della trattazione e che appaiono rilevanti rispetto all’esigenza di pensare la Federazione come forma politica e costituzionale che si collochi al di là dello Stato, ovvero oltre il concetto stesso di sovranità. Anche in questo caso, la questione dell’effettiva capacità di descrivere l’Unione Europea come Federazione rimarrà, per certi versi, sullo sfondo⁹⁵. Ciò a cui si intende rivolgere l’attenzione, infatti, sono gli elementi concettuali e categoriali che potrebbero permettere di cogliere l’autonomia concettuale della Federazione, in particolare con riferimento alla ridefinizione del nesso unità-pluralità. È opportuno, a tal proposito, ricordare che l’oggetto della *Théorie* non è l’Europa, bensì la nozione stessa di Federazione e la sua determinazione teorica, che secondo Beaud rappresenta una sorta di passaggio preliminare

⁹⁴ *Ibidem*. Sulla proposta interpretativa di Preuß, cfr. C. Franzius, *Das “Wir der Anderen” in Europa. Wer ist das demokratische Subjekt in der Europäischen Union?*, in C. Franzius, T. Stein (hrsg.), *Recht und Politik. Zum Staatsverständnis von Ulrich K. Preuß*, Nomos, Baden-Baden 2015.

⁹⁵ Sul tentativo di “applicare” la teoria della Federazione all’Unione, cfr. S.R. Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2021; cfr. inoltre, B. Kovačević, *Europe’s Hidden Federalism. Federal Experiences of European Integration*, Routledge, London-New York 2017.

imprescindibile per poter anche solo tentare di rispondere all’interrogativo se l’Unione possa essere considerata una Federazione⁹⁶. Che la realtà concreta dell’Unione Europea giochi comunque un ruolo significativo traspare dalla scelta di concentrare l’indagine sul cosiddetto «federalismo per aggregazione» – ossia sul problema della genesi della Federazione a partire da un gruppo di Stati che intende federarsi – tralasciando invece il «federalismo per dissociazione»⁹⁷.

Uno sguardo all’articolazione della teoria beaudiana mostra come tutta la prima parte dell’opera sia orientata, attraverso un minuzioso lavoro analitico, a sganciare la Federazione – e il pensiero della Federazione – dal consueto riferimento allo Stato, in coerenza con quanto già emerso nei primi paragrafi del presente capitolo. Questo lavoro di decostruzione nei confronti della dottrina giuspubblicistica (non solo francese) e delle teorie federali predominanti è finalizzato a restituire autonomia e dignità alla nozione di Federazione, liberandone la concettualità dall’impronta statocentrica. La dimensione costitutiva del federalismo, secondo Beaud, consiste infatti nella libera associazione di una pluralità di entità politiche che si uniscono senza tuttavia voler scomparire all’interno dell’entità politica cui danno vita. In particolare, l’entità federale «è il risultato di un processo di aggregazione di unità politiche senza che tale associazione porti alla “fusione” di tali unità nella nuova unità creata. (...) La Federazione è e rimane una “unità politica complessa”, una “*res publica composita*”»⁹⁸. Nel passo citato è evidente come l’idea di “associazione” si contrapponga a quella di “fusione”: nell’ambito dell’entità federale – che possiede una propria unità – le differenze delle entità federate devono permanere, pur trasformate, in quanto portatrici di una differenza determinata. Da ciò deriva la natura della Federazione come unità politica complessa, vale a dire come una forma di unità che si costituisce attraverso la composizione di parti differenti, reciprocamente collegate, ma non fuse insieme⁹⁹.

Un primo passaggio rilevante, utile ad approfondire le ragioni per cui l’analisi della Federazione richieda l’abbandono di una concettualità statocentrica, è rappresentato dalla proposta di adottare una concezione tripartita della Federazione al fine di esprimerne adeguatamente la morfologia. Il vantaggio teorico di una simile articolazione risiede, tra le altre

⁹⁶ Sebbene non ci si soffermi in questa sede su tale aspetto, è da tenere presente la risposta negativa che Beaud ha dato a tale interrogativo – o, più precisamente, alla questione se i trattati europei vigenti possano essere intesi come un patto federativo – nella sua recente monografia dedicata al tema: cfr. O. Beaud, *Le pacte fédératif*, cit., pp. 463-589.

⁹⁷ Cfr. TF, nota 3 di p. 23; inoltre, O. Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, cit., pp. 33-34.

⁹⁸ TF, p. 106.

⁹⁹ Cfr. TF, pp. 140-141.

cose, nella possibilità di evitare l’equivoco secondo cui la Federazione, nonostante le dichiarazioni di principio, non sarebbe altro che una Confederazione di Stati più o meno convenzionale. La proposta di concepire la Federazione come un “unione di Stati”, infatti, al di là della questione di come sia possibile pensare la modifica dei membri all’interno di una nuova entità politica sulla base della loro forma statale¹⁰⁰, suscita la legittima impressione che la Federazione, lungi dal configurarsi come una forma giuridico-politica autonoma, debba essere ricondotta entro i confini della dottrina del diritto internazionale. Alla luce della critica alla dicotomia Confederazione di Stati-Stato federale, che costituisce il punto di partenza della trattazione di Beaud, e delle difficoltà che tale schema comporta per una comprensione adeguata del fenomeno federale, si comprende perché il giurista francese ritenga non solo possibile, ma necessario, «un altro significato» dell’espressione “unione di Stati”¹⁰¹. Ciò non toglie, tuttavia, che – a differenza del rapporto con lo Stato – tra Federazione e ordine giuridico internazionale sussista una certa relazione di analogia¹⁰². In ogni caso, come

¹⁰⁰ Si deve tenere presente che, nella terza parte della *Théorie de la Fédération* («*Morphologie de la Fédération*»), Beaud affronta diffusamente la questione della «metamorfosi dello Stato-monade in Stato membro», richiamandosi alle riflessioni di autori come Murray Forsyth e Santi Romano. Tuttavia – almeno a giudizio di chi scrive – i termini in cui la questione viene trattata non appaiono del tutto risolutivi. Beaud riconosce esplicitamente che lo Stato-monade si trasforma, entrando nella Federazione, in Stato membro. Nondimeno, sceglie consapevolmente di non approfondire «la questione se tale Stato membro sia effettivamente uno Stato vero e proprio (se sia o meno sovrano)» (TF, p. 203). In seguito, pur ammettendo la possibilità di «destatalizzare il vocabolario della Federazione», egli afferma di non averlo fatto per evitare un appesantimento del testo, precisando tuttavia che «il lettore deve essere consapevole che questo Stato membro della Federazione non è uno Stato nel senso classico del termine». Ciò che rileva, prima e dopo la metamorfosi, sembra essere allora la natura “politica” delle entità coinvolte. Tuttavia, al di là di queste oscillazioni e al netto di riuscire a determinare la specificità dello Stato membro, una difficoltà logica di fondo resta: come possono entità che si rappresentano come indipendenti e assolute – in tal senso, sovrane – unirsi in una realtà federale senza perdere quella politicità che proprio tale tratto sembrava determinare? Facendosi parti, cosa resta della loro politicità? Sul piano storico-materiale, inoltre, è impossibile trascurare i processi di destatalizzazione e decostituzionalizzazione che hanno investito gli Stati nazionali dall’interno, ben prima che dall’esterno (si veda in proposito il capitolo primo del presente lavoro). Un aspetto, questo, di cui lo stesso Beaud mostra consapevolezza, come si può evincere dalla sua obiezione – seppur fugace – alla tesi di Michel Troper, secondo cui gli Stati europei attuali sarebbero ancora pienamente sovrani (cfr. O Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice, S. Strudel (dir.), *L’Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique de la Convention*, Bruylant, Bruxelles 2004, pp. 10-11, 117-137).

¹⁰¹ TF, p. 105.

¹⁰² Cfr. TF, p. 122 (dove, sulla scorta della riflessione kantiana contenuta nello scritto *Per la pace perpetua*, Beaud parla di un’«analogia strutturale (...) che risiede nella premessa comune: l’esistenza di unità politiche libere e indipendenti»).

puntualizza lo stesso Beaud, si tratta di determinare in che cosa consista la specificità della Federazione come forma giuridico-politica autonoma¹⁰³.

L'introduzione della concezione tripartita della Federazione si sviluppa a partire da un triplice passaggio analitico, che riguarda: 1) il problema di rendere conto della morfologia complessa della Federazione; 2) le difficoltà lessicali e concettuali connesse alla denominazione stessa della Federazione; 3) i limiti insiti nella concezione bipartita tradizionalmente assunta. Se la pluralità di Stati che intendono unirsi individua il punto di partenza da cui la Federazione prende origine, a monte della stipula del patto federale, la questione che si apre una volta costituita la Federazione riguarda ciò che essa diventa una volta formata. L'«operazione federale», con cui Beaud designa il «processo di formazione federativa», ricomprende infatti in sé due momenti distinti ma intrecciati: da un lato, si dà vita a una nuova entità giuridica; dall'altro, le entità preesistenti, le parti federate, vengono trasformate in Stati membri della Federazione¹⁰⁴. Questo doppio movimento genera difficoltà concettuali e terminologiche, poiché – osserva Beaud – «la morfologia della Federazione è solitamente delineata sulla base di una concezione bipartita che contrappone la collettività federale alle collettività federate»¹⁰⁵. La dottrina è solita distinguere semplicemente tra la Federazione (intesa come istanza centrale) e gli Stati membri, ritenendo che tale distinzione sia sufficiente a catturare in modo esauriente la morfologia dell'intero assetto federale.

Tuttavia, mantenere questa distinzione comporta una difficoltà concettuale cruciale: il termine *Federazione* può riferirsi propriamente sia a una parte del tutto (l'istanza federale in senso stretto, ovvero la componente centrale), sia al tutto stesso (l'insieme composto dall'istanza federale e dagli Stati membri)¹⁰⁶. La mancata distinzione tra questi due significati – concettualmente distinti – può condurre a fraintendimenti rilevanti circa la morfologia complessa della Federazione e la natura delle relazioni tra le sue parti. L'assimilazione tra Federazione come parte e Federazione come tutto, che caratterizza la concezione bipartita, produce infatti conseguenze decisive sul modo in cui si concepisce il rapporto tra l'istanza centrale e le entità

¹⁰³ TF, p. 109.

¹⁰⁴ TF, p. 132.

¹⁰⁵ TF, p. 134.

¹⁰⁶ Cfr. TF, p. 138. Beaud dimostra, mediante una riduzione all'assurdo, l'inadeguatezza di una concezione bipartita della Federazione, poiché la proposizione secondo cui Stati membri e Federazione sono al contempo autonomi e interdipendenti presuppone, per avere senso, una duplice accezione del termine «Federazione». Ciò evidenzia una contraddizione concettuale: la Federazione è intesa sia come l'insieme complessivo sia come una parte tra le altre, rendendo insufficiente la mancata differenziazione per cogliere la complessità e l'articolazione delle dimensioni che la caratterizzano.

federate. Il problema di una concezione bipartita, rileva Beaud, è in particolare «che si rischia di dedurre in modo un po' meccanico da questa relazione faccia a faccia una relazione di comando e obbedienza, o una relazione di dominio-subordinazione in cui l'istanza apparentemente totale dovrebbe dominare le istanze parziali»¹⁰⁷. Il rischio, in altre parole, è quello di reintrodurre surrettiziamente una logica gerarchica, in cui l'istanza unitaria esercita un potere di comando sulle parti federate. Questo accade proprio perché il termine “Federazione” designa, nello stesso tempo, una totalità e una sua parte¹⁰⁸. In tal modo, verrebbe meno quella dimensione di orizzontalità che deve invece caratterizzare la relazione tra Federazione e Stati membri, ed è proprio questa orizzontalità, sottolinea Beaud, che consente di affrancarsi dalla logica dello Stato e dalla sovranità: «la caratteristica propria di una Federazione è quella di non trasformare i propri membri collettivi in collettività ad essa soggetti»¹⁰⁹.

Per evitare simili confusioni, la proposta alternativa di Beaud esige una distinzione sistematica tra tre diversi livelli: - la Federazione (con la “F” maiuscola), intesa come totalità composta dalla federazione e dagli Stati membri; - la federazione (con la “f” minuscola), come istanza centrale costituita dal patto federale; - gli Stati membri, che, pur essendo trasformati, permangono come entità politiche autonome, poste su un piano paritetico rispetto alla federazione. La distinzione tra *Federazione* e *federazione* assume, in questa prospettiva, un valore eminentemente teorico. Beaud la definisce una vera e propria «condizione epistemologica per pensare l’oggetto federale», volta a vincolare la terminologia all’esito della riflessione concettuale¹¹⁰. Il guadagno teorico della concezione tripartita non si esaurisce nella possibilità di rappresentare in modo più fedele le relazioni interne alla Federazione. Essa consente anche: - di evitare la sovrapposizione tra la Federazione e una nazione unitaria; - di interpretare in modo differente istituzioni centrali come la Corte federale; infine, - di comprendere come la finalità della Federazione non possa che consistere nell’accordare e bilanciare costantemente gli scopi propri della federazione (in senso stretto) con quelli dei singoli Stati membri¹¹¹.

Come lo stesso Beaud non esita a riconoscere, non mancano precedenti significativi di una costruzione tripartita della Federazione, in particolare nella dottrina giuridica tedesca¹¹². A tal riguardo, vengono ricordati autori

¹⁰⁷ TF, p. 139.

¹⁰⁸ Cfr. TF, p. 138.

¹⁰⁹ TF, p. 139.

¹¹⁰ TF, p. 153; cfr. inoltre p. 139.

¹¹¹ Cfr. TF, pp. 142-143.

¹¹² Cfr. TF, p. 144.

come Otto Gierke e Albert Hänel¹¹³, ma è senza dubbio il riferimento a Hans Kelsen a svolgere un ruolo centrale nell'argomentazione, sia in senso positivo, sia nel segnalare uno scarto concettuale rispetto all'impostazione del giurista austriaco¹¹⁴. Già nella *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen, opponendosi alla consueta distinzione dottrinale tra Stato federale e Confederazione di Stati, aveva proposto una concezione tripartita dello “Stato federale”. In essa è operata una distinzione tra il *Gesamtstaat*, l'*Oberstaat* (o *Zentralstaat*) e i *Gliedstaaten*. Conseguentemente, anche gli ordinamenti giuridici che compongono lo Stato federale non sono due, ma tre. L'*Oberstaat* e i *Gliedstaaten* – corrispondenti, nella terminologia di Beaud, rispettivamente alla *federazione* e agli *Stati membri* – si configurano come ordinamenti giuridici parziali, subordinati e derivati dalla costituzione complessiva del *Gesamtstaat*, ovvero della Federazione. Il motivo per cui, secondo Kelsen, la classica distinzione Stato federale-Confederazione risulta insostenibile è che, in un ordinamento federale, la relazione tra gli Stati membri e il livello federale non è pensabile mediante il concetto di sovranità. Da un punto di vista strettamente giuridico, la differenza tra Stato federale e Confederazione non sarebbe dunque di natura, ma di grado: essa consiste in un livello più o meno accentuato di centralizzazione¹¹⁵. Nella prospettiva kelseniana, l'unità dell'ordinamento giuridico complessivo implica che tanto gli Stati membri quanto l'istanza federale siano inseriti all'interno di un sistema gerarchico, retto da un principio di derivazione e delegazione¹¹⁶: l'ordinamento superiore fonda e legittima quelli inferiori. In questo modo, anche laddove la relazione tra *Oberstaat* e *Gliedstaaten* venga intesa in termini di coordinazione e correlazione reciproca, tale simmetria è possibile solo in quanto entrambi risultano ugualmente subordinati alla costituzione del *Gesamtstaat*, che si colloca su un piano superiore.

Proprio su questo punto Beaud, tuttavia, prende le distanze dalla costruzione kelseniana, parlando di una «concezione tripartita ma non kelseniana»¹¹⁷:

¹¹³ Cfr. TF, pp. 144-145.

¹¹⁴ Beaud parla di «riformulazione delle tesi kelseniane» cfr. O. Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, cit., nota 22 di p. 26.

¹¹⁵ Si tenga presente che la trattazione kelseniana delle *Staatenverbindungen* (“unioni di Stati”) si inserisce nell’ambito della sua dottrina su «centralizzazione e decentramento»; cfr. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 163-180 e 193-207.

¹¹⁶ Cfr. Ivi, pp. 199-200 (l'*Oberstaat* porta impropriamente il suo nome, poiché non occupa una posizione sovraordinata rispetto ai *Gliedstaaten*; ciò che li pone sullo stesso piano è la comune subordinazione alla costituzione complessiva).

¹¹⁷ TF, p. 149-150.

Non si vede perché il coordinamento di questi due ordinamenti giuridici (federale e federato) dovrebbe aver bisogno di essere giustificato da un qualche ordinamento giuridico di livello superiore (“unità superiore”, scrive Kelsen) e da questo postulato dell’unità dell’ordinamento giuridico. La Federazione così come la si è descritta (con la *F* maiuscola e in quanto riunione della federazione e degli Stati membri) non è uno Stato che sovrasta gli altri due. Allo stesso modo, non ha la funzione di “abilitare”, né tanto meno di legittimare le sue diverse componenti¹¹⁸.

L’esigenza di Beaud di discostarsi dall’impianto kelseniano nasce dalla diversa configurazione del rapporto tra la Federazione e le sue componenti: nella sua prospettiva, ogni tentativo di pensare tale relazione in termini gerarchici risulta inappropriato, poiché fondato su postulati teorici (come l’unità superiore dell’ordinamento)¹¹⁹ che non si addicono a una concezione della Federazione come forma politico-giuridica autonoma e non statale. Se la Federazione è davvero una nuova unità politica complessa, generata dalla convergenza di differenti entità politiche, essa può esser pensata come tale solo a condizione di non assumere una posizione sovraordinata rispetto alle sue parti. In questa direzione, Beaud torna a insistere sull’aspetto per cui, pur trattandosi di un patto costituzionale, quello federativo non possiede il carattere imperativo unilaterale della costituzione statale, che tende invece a neutralizzare la pluralità delle parti contraenti¹²⁰.

L’operazione teorica che consiste nel distinguere *federazione* e *Federazione* mira dunque a una riformulazione radicale della relazione tra le entità federate, il patto costituzionale che le unisce, e l’unità federale che ne emerge, intesa non come istanza superiore, ma come forma complessa di inclusione reciproca. Come scrive Beaud: «La grande questione teorico-giuridica che pone la stessa costruzione della Federazione nel diritto pubblico è piuttosto quella di capire come si possa concepire un rapporto di inclusione, questa logica di inglobamento (...) senza soccombere proprio alla tentazione di gerarchizzare gli ordinamenti giuridici»¹²¹. In altri termini, il cuore teorico della proposta beaudiana risiede nell’idea che l’unità politica possa essere pensata come unità inclusiva, che non si impone dall’alto, ma si costruisce attraverso una logica federativa autenticamente orizzontale e cooperativa. È precisamente in questa struttura originariamente tripartita che si situano le risorse concettuali per pensare l’unità oltre lo Stato e oltre la sovranità.

¹¹⁸ TF, p. 149.

¹¹⁹ Come ricordato da Beaud, la trattazione kelseniana dello Stato federale si situa nell’ambito di una dottrina delle *Staatenverbindungen* «dominata dall’ipotesi del monismo internazionale e dalla struttura piramidale di ogni ordine giuridico» (*Ibidem*).

¹²⁰ TF, p. 32.

¹²¹ TF, p. 151.

5. L'idea federale e la questione dell'individuo

Nei paragrafi precedenti si è già avuto modo di considerare la centralità assunta dal patto federativo nell'ambito di una teoria della Federazione. Nel caso della *Théorie de la Fédération*, tale centralità non dipende soltanto dall'attenzione programmatica che l'indagine di Beaud dedica al momento fondativo delle Federazioni, ma dal rilievo attribuito al fatto che è precisamente la dimensione pattizia a risultare sorprendentemente trascurata anche all'interno della dottrina giuridica che si occupa della realtà federale. Come accennato, essa appare rilevante per la strutturazione complessiva di un'entità federale, in quanto indice della sua radicale alterità rispetto alla forma politica statale. In quanto fondamento giuridico della Federazione segnato dall'elemento della *contractualité*, il patto federativo imprime la logica dell'accordo non solo al momento della genesi, ma anche come principio di funzionamento della Federazione («l'“orizzontalità” è il principio fondamentale delle relazioni che si instaurano tra gli Stati membri stessi o tra la Federazione e questi ultimi»¹²²).

In quest'ottica, un aspetto essenziale del patto federativo consiste nel suo procedere a partire da uno scenario caratterizzato dalla presenza di una molteplicità determinata di entità già costituite: gli Stati. Si è già cercato di evidenziare alcune difficoltà che minacciano ogni tentativo di descrivere il fenomeno federale rimanendo programmaticamente all'interno dello *Jus Publicum Europaeum*. Ciò non toglie, tuttavia, che l'orizzonte di pensabilità di una Federazione sia legato alla presenza di entità politiche già costituite non soltanto per ragioni storico-contingenti, ma per motivi intrinseci alla determinazione della realtà federale, anche da un punto di vista concettuale. Il necessario innestarsi del patto federativo in una realtà politica contrassegnata da una pluralità di Stati – cioè di entità politiche già formate – si accompagna, non a caso, al superamento di un immaginario individualistico tipicamente moderno, in cui l'individuo è posto a fondamento del corpo politico.

Nella terza parte della *Théorie*, dedicata alla morfologia della Federazione, Beaud non esclude categoricamente la possibilità di una «concezione individualistica della Federazione»¹²³. Ciononostante – e posto che in ogni caso il suo lavoro si sviluppa a partire da un'interpretazione alternativa – le ragioni che egli adduce per orientarsi verso altre premesse risultano particolarmente significative.

¹²² TF, p. 32 (cfr. inoltre p. 11: la «dimensione consensuale ha effetti non solo sulla rappresentanza della Federazione, ma anche sulla costruzione delle sue istituzioni»).

¹²³ TF, p. 198.

In questa prospettiva egli pone in evidenza come ciò che costituisce un elemento essenziale di una teoria del federalismo non è la relazione diretta tra potere e individuo, bensì l’insieme delle «relazioni sistemiche che si articolano tra il livello federale (la Federazione) e i livelli federati (gli Stati membri), nonché tra questi ultimi stessi»¹²⁴. Si tratta di un passaggio decisivo, che – almeno nell’ambito del presente lavoro – si intende porre in tensione con le proposte interpretative di Jürgen Habermas e Ingolf Pernice, trattate in precedenza. In particolare, secondo tali proposte, soprattutto in prospettiva di teoria democratica, il riferimento a un fondamento individualistico risulterebbe ineludibile per un pensiero che voglia darsi federalistico (*lato sensu*) e “all’altezza dei tempi”, ovvero democratico – oltre che calabile nella specifica realtà dell’Unione Europea.

Le indicazioni che emergono dal contributo di Beaud paiono invece muoversi in una direzione alternativa, che non implica affatto il rigetto o la negazione del principio individualistico (né, tanto meno, di quello democratico), ma ne propone una rielaborazione attraverso il suo superamento in quanto elemento fondante dell’ordine politico (federale). Beaud osserva che una concezione individualistica non è in grado di rendere conto dell’oggetto federale, poiché – in una formulazione che può apparire inizialmente ambigua – «il principio federale non è un principio individualistico, ma piuttosto il suo contrario: è un principio “olistico”»¹²⁵. Come chiarito subito dopo, tra individualismo e olismo, almeno per come quest’ultimo è inteso da Beaud, non vi è una mera contrapposizione¹²⁶. Appoggiandosi alla definizione del principio olistico fornita da Bruno Théret, Beaud precisa che si tratta piuttosto di un «principio “olistico strutturale” di riconoscimento e salvaguardia, nell’ambito di un insieme unitario, della diversità dei collettivi e dei loro diritti specifici, che sono in rapporto di concorrenza e di complementarità con quelli degli individui»¹²⁷. L’olismo, insomma, non rimanda a una totalità indifferenziata o omogeneizzante, ma a un tutto complesso, composto da parti differenti, i cui diritti collettivi possono non solo entrare in concorrenza, ma anche risultare complementari rispetto a quelli degli individui. In tal senso, non solo gli individui non definiscono l’immaginario che si colloca a monte del patto federativo e, più in generale, del pensiero federalistico, ma la condizione

¹²⁴ *Ibidem*. Cfr. inoltre O. Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, cit., p. 27, dove si rimanda innanzitutto alla «storia della formazione delle Federazioni»; come si vedrà, non sono solo la ragioni di ordine storico, bensì storico-concettuali che appaiono rilevanti a riguardo.

¹²⁵ TF, p. 198.

¹²⁶ Cfr. G. Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, cit., p. 1892.

¹²⁷ TF, p. 198.

affinché le entità federate possano essere intese come politicamente significative passa, per così dire, attraverso il fatto che esse non vengano ridotte né assimilate a individui (uguali e indifferenziati), secondo la modalità in cui questi sono stati concepiti nell'ambito del giusnaturalismo moderno. E, in effetti, solo ammettendo una realtà plurale diversa da questa sembra risultare comprensibile anche l'esigenza di prendere congedo da una concettualità statocentrica.

Se ci si chiede perché, muovendo dall'individuo, meglio, da una molteplicità di individui, non si riesca a dar conto dell'oggetto federale, la ragione di tale impossibilità sembra risiedere nel fatto che, nella Federazione, la realtà plurale non solo precede il patto federativo, ma permane, sebbene in forma “metamorfosata”, anche dopo la sua stipula: «la peculiarità di una Federazione risiede nel fatto che, nel funzionamento della Federazione, gli Stati fondatori (precedentemente Stati monadi) continuano a influenzare la vita dell'istituzione sotto forma di Stati membri»¹²⁸. Affinché ciò risulti anche solo pensabile, è necessario che la pluralità non sia né indifferenziata né, per principio, irriducibile a un'unità che proceda dalle differenze che essa contiene. In che senso, infatti, una pluralità indefinita di individui potrebbe continuare a contrassegnare la “vita dell'istituzione” federale? La difficoltà è dunque costitutivamente legata all'impossibilità di concepire il patto federativo come un contratto sociale tra individui. Ma, sempre in tale prospettiva, il privilegio riconosciuto a una pluralità composta da aggregazioni politiche già costituite risulta funzionale al superamento del concetto di sovranità, in vista della possibilità di pensare il federalismo oltre la forma-Stato e la dicotomia Stato federale-Confederazione. In altri termini, tale impostazione non si configura come un'opzione teorica contingente, sostituibile con altre premesse, ma va colta nella sua connessione costitutiva con l'idea federale. L'argomentazione di Beaud rinvia all'aspetto relativo alla dualità costitutiva di tutte le Federazioni, secondo cui esse andrebbero comprese come «comunità di comunità»¹²⁹. Tale connotazione non può che restare opaca se si adotta un'ottica statalistica, poiché «lo Stato, in quanto entità politica, detiene il monopolio del potere politico e non ammette autorità politiche concorrenti al suo interno»¹³⁰, mentre, al contrario, nella Federazione, nulla di tutto ciò è riscontrabile, poiché ciascuna unità federata possiede una propria dignità politica che il patto federativo mira espressamente a preservare – posto che, al tempo stesso, anche la federazione costituita mediante quel patto si configura come una parte politica a pieno

¹²⁸ TF, p. 157.

¹²⁹ TF, p. 103 (la Federazione è «un'entità politica (una comunità politica) e allo stesso tempo è il prolungamento di altre entità politiche (una “comunità di comunità”)»).

¹³⁰ *Ibidem*.

titolo. Sebbene gli Stati si trasformino entrando a far parte della Federazione, ovvero una volta divenuti Stati membri, tale trasformazione non comporta la loro riduzione a semplici regioni o collettività locali, e men che meno sono configurabili quali prodotto di un de-centramento¹³¹.

Per cogliere la criticità di fondare il federalismo su un principio individualistico, risulta difficile trascurare la funzione che tale fondamento assume nella determinazione dell’orizzonte di pensabilità dello Stato. Occorre tenere presente, infatti, come l’idea di un’unione di individui che dà vita a un corpo politico si collochi, innanzitutto, alla base dell’immaginario dello Stato quale forma politica moderna¹³². La possibilità di pensare la Federazione oltre lo Stato dipende allora, come già emerso nel precedente capitolo, dalla capacità di superare il dispositivo logico su cui si fonda il concetto di potere legittimo nel contesto dello Stato: un superamento che appare necessario se si intende pensare produttivamente una pluralità politica, senza che questa venga resa inerte politicamente o neutralizzata. Si tratta di un nodo che emerge con chiarezza nella trattazione di Beaud, in particolare laddove egli avanza la proposta di una costruzione tripartita, già analizzata nel paragrafo precedente. In quel contesto si è visto come, nel limitarsi a distinguere e contrapporre Federazione e Stati membri, il rischio sia quello di concepire la relazione tra essi in termini di comando e obbedienza, immaginando dunque il polo unitario della Federazione come gerarchicamente sovraordinato, capace di dominare e condizionare unilateralmente l’agire delle parti. Il limite intrinseco delle concezioni bipartite più diffuse deriva, scrive Beaud, da quelle «rappresentazioni implicite che rendono la Federazione equivalente a ciò che uno Stato è rispetto agli individui»¹³³: rappresentazioni che fraintendono quell’orizzontalità che dovrebbe invece strutturare i rapporti tra le tre componenti essenziali in cui si articola la Federazione, e che impediscono in radice di riconoscere rilievo politico alla pluralità. La difficoltà di pensare in modo diverso la coesistenza di unità e pluralità sembra dunque essere legata, innanzitutto, alla verticalità del potere statale, che tende a imporsi coercitivamente sulla realtà delle parti federate.

Ma se, per un verso, la pluralità degli Stati originari della Federazione non deve essere neutralizzata, e, per l’altro, l’unità stessa esige di essere concettualmente assunta per poter intendere la Federazione come entità

¹³¹ Cfr. TF, p. 199 – il che riapre la questione di determinare la “politicità” oltre la sovranità una volta riconosciuto che gli Stati membri «non sono più realmente Stati sovrani».

¹³² Su questo si rimanda al primo capitolo del presente lavoro.

¹³³ TF, p. 139. Cfr. O. Beaud, *La puissance de l’État*, 1994, pp. 16 e 53 – dove la sovranità è considerata dal solo lato del comando verticale, unilaterale, irresistibile, implicante subordinazione tra autore e destinatario della legge.

politico-giuridica, risulta determinante – in vista di un suo superamento teorico – la modalità in cui l’unità si configura a livello statale. In questo senso, la questione riguarda il modo in cui viene pensata la persona dello Stato a partire dal concetto di individuo. Il problema, allora, non è soltanto che l’individuo si ritrovi subordinato allo Stato, ma che tale subordinazione discenda precisamente dal fatto che l’individuo si colloca a fondamento del comando. La possibilità di pensare la dimensione politica delle parti all’interno della Federazione non può prescindere da un confronto con la modalità in cui si determina la negazione della dimensione politica dei singoli all’interno dello Stato, una negazione che deriva appunto dall’averli assunti come fondamento del comando.

Questo aspetto emerge con particolare efficacia se si considera lo scenario del patto sociale nell’ambito delle moderne dottrine giusnaturalistiche, laddove si tratta di dedurre il corpo politico partendo dalla moltitudine indifferenziata degli individui, con l’obiettivo precipuo di evitare che si riproduca un rapporto di subordinazione degli individui tra loro¹³⁴. In un tale orizzonte teorico, la volontà del popolo non può derivare dall’accordo tra le molteplici volontà particolari-empiriche, che si tratterebbe di rispecchiare e conservare nella loro differenza determinata affinché trovi espressione la volontà generale, ma si tratta piuttosto di dare forma a qualcosa che ancora non esiste. Se si rivolge l’attenzione al contesto della riflessione hobbesiana, ad esempio, la finzione dello stato di natura ha tra i suoi scopi proprio quello di accantonare l’idea che la legittimazione dello Stato possa procedere dalla dimensione dell’accordo e della contrattazione, ritenute a priori impensabili¹³⁵. La questione primaria posta dalla finzione individualistica, una volta attribuito valore fondante all’individuo, è sapere come trasformare la moltitudine in popolo: la genesi della società civile coincide con il costituirsi del potere politico¹³⁶. Ciò riguarda anche le caratteristiche teoriche di libertà, uguaglianza e indipendenza, che connotano gli individui nello

¹³⁴ Cfr. G. Duso, *Fine del governo e nascita del potere, e Rappresentanza politica e costituzione*, in Id., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimetrica, Monza 2007, pp. 83-124 e 161-188, rispettivamente

¹³⁵ Cfr. G. Duso (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, FrancoAngeli, Milano 2006, pp. 21-25; M. Piccinini, *Potere e rappresentanza in Hobbes*, in G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma 1999, pp. 123-128. Sul ruolo giocato dalla finzione dello stato di natura nel contesto del pensiero politico moderno, si veda: H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 133-152. Sul complesso del pensiero hobbesiano, in rapporto alla presente trattazione, si vedano: A. Biral, *Hobbes: la società senza governo*, in A. Biral, *Storia e critica della filosofia politica moderna*, FrancoAngeli, Milano, pp. 83-142 e G. Fiaschi, *Il desiderio del Leviatano. Immaginazione e potere in Thomas Hobbes*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2014.

¹³⁶ Cfr. O. Beaud, *La puissance de l’État*, cit., pp. 187 e 242.

stato di natura. In una scena pattizia segnata dalla molteplicità delle volontà individuali, il patto è stipulato da ciascuno con tutti gli altri ed è finalizzato alla creazione di qualcosa di nuovo e stabile: la persona civile, il popolo, inteso come totalità che ricomprende tutti i singoli. Con il patto nasce anche quel potere comune che garantisce la libertà di ciascuno, affinché nessuno invada lo spazio altrui: i singoli si vincolano reciprocamente e costituiscono una persona civile che esprime una volontà e un'azione unitaria. Ma la volontà del popolo, proprio perché assente (non data)¹³⁷, deve essere prodotta e resa presente: ciò è reso possibile dalla rappresentanza¹³⁸. Essa realizza una modalità di *reductio ad unum* delle volontà molteplici, che non scaturisce da un accordo tra volontà diverse, ma si manifesta come espressione di un'unica volontà da parte del rappresentante autorizzato da tutti¹³⁹. In altri termini, l'unità del rappresentante non è effetto dell'esistenza di un'unità politica, bensì è quest'ultima a dipendere dalla presenza di un rappresentante. La necessità che qualcuno esprima rappresentativamente la volontà dell'intero corpo politico è legata all'impossibilità di giungere a un accordo sulla base di una pluralità indefinita di volontà. La forma politica che ne deriva è strutturalmente unitaria, ma tale unità si fonda sulla volontà di ciascun individuo, e perciò non dovrebbe configursi come istanza estranea o sovraordinata¹⁴⁰. Proprio perché il potere è unico ed è autorizzato da tutti, la

¹³⁷ “Assente”, in quanto il popolo dal punto di vista giuridico-politico letteralmente non esiste e per questo va costruito. Suggestive considerazioni a riguardo si trovano in: G. Agamben, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Bollati Boringhieri, Torino 2015, pp. 33-77, che definisce con «ademia» (assenza di un popolo) la condizione perenne in cui vive lo Stato (Ivi, p. 59).

¹³⁸ Per cogliere in tutta la sua portata l'unica forma possibile del rapporto uno-molti, qualora si assuma come punto di partenza la moltitudine indeterminata degli individui, risultano decisivi i capitoli XVI e XVII del *Leviatano* di Thomas Hobbes. È in queste pagine che prende forma il dispositivo teorico della rappresentanza, unico mezzo attraverso cui la moltitudine può farsi unità. Emblematico, a questo proposito, è il passaggio del capitolo XVI: «Una moltitudine di uomini diventa una persona, quando è rappresentata da un uomo o da una persona, per modo che diventi tale con il consenso di ciascun particolare componente la moltitudine. Infatti è l'unità del rappresentatore, non l'unità del rappresentato che fa una la persona, ed è il rappresentatore che sostiene la parte della persona e di una persona soltanto; l'unità in una moltitudine non può intendersi in altro modo» (T. Hobbes, *Leviatano*, Bur, Milano 2011, p. 172). Ciò che qui si chiarisce con forza è che la rappresentanza non si configura come una semplice modalità di esercizio del potere, bensì come il dispositivo teorico indispensabile per pensare il popolo, a partire da individui isolati e originariamente separati.

¹³⁹ Emblematico sotto questo profilo, il pensiero costituzionale di Sieyès: cfr. paragrafo quinto del primo capitolo del presente lavoro.

¹⁴⁰ Se si tiene presente il frontespizio del *Leviatano* ciò risulta con particolare forza: il sovrano non ha di fronte a sé gli individui, ma li ha bensì incorporati in sé – l'unità non si contrappone alla moltitudine in una relazione faccia a faccia, ma la include in sé e, così

possibilità stessa di mantenere analiticamente ferma l'opposizione tra verticalità del comando e orizzontalità dell'associarsi sembra venir meno. Un'aporia si manifesta tuttavia nel fatto che l'unità è, sì, l'unità dei molti, ma deve al tempo stesso essere indifferente, imparziale, cioè altra rispetto a loro. L'autorizzazione non consiste dunque nell'espressione di una volontà determinata da parte dei singoli, ma in un atto di fiducia verso le azioni che qualcun altro compirà e a cui si è tenuti all'obbedienza, in quanto previamente volute come proprie.

Il potere, inteso come rapporto formale di comando-obbedienza – ossia tale da esigere obbedienza indipendentemente dal contenuto del comando – risulta pensabile, prima ancora che realizzabile, solo se il comando che proviene dall'alto è attribuito non a un soggetto particolare, ma alla totalità del corpo politico, che tutti hanno contribuito a fondare: la spoliticizzazione dell'individuo è allora l'esito necessario dell'esercizio rappresentativo del potere. Non a caso, proprio questa necessità ha portato ad avanzare l'esigenza di un superamento di questo dispositivo logico, nella direzione di un pensiero federalistico che miri a preservare la funzione politica e costitutiva delle parti¹⁴¹.

Alla luce di ciò, si comprende come in una teoria della Federazione acquistino centralità tanto la questione della modalità di presenza delle entità federate all'interno della Federazione, quanto quella – strettamente connessa – relativa alla configurazione del comando politico, ovvero alla funzione politica che la federazione è chiamata ad assolvere. Solo riconfigurando questa funzione al di là del paradigma rappresentativo e dell'unità fittizia costruita dall'alto, diventa possibile pensare una pluralità politica che sia effettivamente attiva e costitutiva, senza che venga assorbita, neutralizzata o ridotta a semplice molteplicità pre-politica.

facendo, la neutralizza. Cfr. H. Hofmann, *Immagini della pace ovvero la giustizia dimenticata*, a cura di M. Bozzon, Mimesis, Milano 2024, pp. 51-70; H. Bredekamp, *Thomas Hobbes. Der Leviathan. Das Urbild des modernen Staates*, Akademie Verlag, Berlin 2012, pp. 11-31, 76-82. Per una suggestiva rivisitazione del frontespizio del *Leviatano* alla luce delle trasformazioni che hanno investito lo Stato contemporaneo, si veda l'immagine di copertina di S. Leibfried, M. Zürn (eds), *Transformations of the State?*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, realizzata da Lucila Munoz-Sanchez e Monika Sniegs; per un'interpretazione comparativa delle immagini, cfr. J. Bauerschmidt, *Die Rechtsperson der Europäischen Union im Wandel. Auswirkungen differenzierter Integration durch Völkerrecht auf die Europäische Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2019, §§ 2-3 della prima parte.

¹⁴¹ Cfr. G. Duso, *Considerazioni preliminari su federalismo e democrazia*, in Id., *La logica del potere*, cit., pp. 225-233; Id., *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, cit., p. 1881-1888; Id., *Oltre il nesso sovranità del popolo-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in Id., G. Duso, *Reinventare la democrazia*, cit., pp. 234-245.

6. La Federazione come istituzione e la questione della rappresentanza

Per affrontare le tematiche appena richiamate a partire dalla *Théorie de la Fédération*, occorre soffermarsi, in conclusione, sul capitolo quinto dell'opera, intitolato «La Federazione come istituzione», in cui si tratta della «natura giuridica della Federazione una volta formata»¹⁴². La trattazione si apre con la constatazione di un paradosso che caratterizzerebbe ogni entità collettiva costituita attraverso un accordo tra soggetti che si associano: ciò che nasce dall'associazione appare anche come qualcosa di distinto rispetto agli associati stessi. Analogamente, dal patto federativo stipulato tra Stati scaturisce la federazione come entità giuridica altra rispetto agli Stati che l'hanno costituita (e che, con la ratifica, divengono membri). Mentre gli Stati preesistono e subiscono una trasformazione, la federazione viene istituita ex novo. Dotata di organi e competenze che le consentono di agire, essa è, da un lato, destinataria del patto pur non essendone autrice; dall'altro, si affianca agli Stati in una posizione distinta¹⁴³.

Proprio per questa particolarità, Beaud osserva che «il modello contrattuale classico, *che presuppone l'identità tra gli autori della norma e i suoi destinatari*, sembra *del tutto inadeguato* a rendere conto dell'operazione federale, poiché non può integrare nel suo quadro analitico l'esistenza della federazione, terza rispetto alle parti e tuttavia contenuto essenziale del patto»¹⁴⁴. Se si considera il processo di formazione della Federazione – che, come si è visto, implica un duplice momento di creazione e trasformazione – risulta evidente, una volta di più, l'inadeguatezza del modello contrattualista del moderno giusnaturalismo¹⁴⁵: la federazione è oggetto del patto, senza essere soggetto dello stesso. L'identità tra autori e destinatari, garantita nella sovranità dalla mediazione rappresentativa, non è qui strutturalmente praticabile. Da ciò Beaud ricava l'esigenza di un'analisi istituzionale piuttosto che contrattuale, poiché «la Federazione, in quanto entità giuridica, realizza questo particolare connubio, questa combinazione di convenzione e istituzione»¹⁴⁶. Sebbene l'istituzione collettiva si presenti come entità distinta dagli Stati membri che la compongono, essa deve rimanere in rapporto con essi senza che ciò comporti la loro dissoluzione o “sostituzione”:

¹⁴² TF, p. 155.

¹⁴³ Cfr. TF, p. 156 (dove, tra l'altro, si osserva che «gli organi della federazione non hanno la funzione di sostituirsi interamente agli organi delle entità federate»).

¹⁴⁴ TF, p. 156 (corsivi miei).

¹⁴⁵ Cfr. TF, p. 132.

¹⁴⁶ TF, p. 156-157.

Il federalismo politico presuppone che la creazione dell’istanza federale (la federazione) non comporti la scomparsa degli Stati che l’hanno costituita. Questi ultimi, sotto forma mutata di Stati membri, continuano ad esistere come entità politiche e ad essere giuridicamente autonomi. È proprio in questo che la Federazione si distingue dal diritto comune della personalità giuridica, secondo il quale la persona collettiva creata si interpone tra i fondatori e gli organi della persona giuridica, in modo che questi ultimi si sostituiscono ai primi¹⁴⁷.

Similmente a quanto rilevato a proposito dello statuto giuridico del patto federativo in quanto trattato e costituzione, l’operazione federale si configura come un fenomeno al tempo stesso contrattuale e istituzionale, rompendo con la tradizionale opposizione dicotomica tra Confederazione di Stati (come fenomeno contrattuale) e Stato federale (come istituzione). Tuttavia, proprio questa natura mista esige un ripensamento della stessa idea di “istituzione”, che deve mantenere un carattere autonomo senza recidere il legame con gli Stati membri¹⁴⁸. Nonostante l’impiego del termine “istituzione” per designare la Federazione possa apparire desueto – trattandosi di un’entità collettiva composta di membri in qualche modo singoli – Beaud ne giustifica la preferenza rispetto a quella di “persona giuridica” attraverso tre argomenti: il primo, semantico, riguarda la maggiore ampiezza della nozione di istituzione e il raro uso del concetto di persona giuridica nei sistemi di *common law*; il secondo, storico-concettuale, attiene al rapporto stretto con la nozione di sovranità; il terzo, storico-dottrinale, concerne la contrapposizione tra istituzione e contratto, che consente di descrivere con maggiore precisione «il passaggio “dal contratto allo statuto” che caratterizza “la Federazione una volta formata”»¹⁴⁹.

Chiariti questi aspetti, Beaud distingue due livelli d’analisi: le relazioni esterne della Federazione e la sua struttura interna. È qui che emerge la questione centrale della funzione svolta dal polo unitario – la federazione – nella sua alterità rispetto agli Stati membri. Proprio tale distinzione sembra portare alla luce, almeno in prima istanza, una contraddizione: la Federazione si presenta come unità nelle relazioni esterne, mentre al proprio interno conserva un carattere composito e differenziato, nel quale l’ordinamento giuridico della federazione si affianca a quello degli Stati membri in una relazione di autonomia reciproca. In questo senso, particolare attenzione va rivolta alla modalità in cui Beaud ritiene possibile costruire l’unità della Federazione nei rapporti esterni, ossia nel contesto delle

¹⁴⁷ TF, p. 157.

¹⁴⁸ Cfr. TF, p. 175.

¹⁴⁹ TF, 158-159.

relazioni “internazionali” con altre entità politiche¹⁵⁰. Il diritto federativo, si legge, «produce un’unità della Federazione attribuendo alla federazione stessa un monopolio della rappresentanza, mentre questo stesso polo è favorito dal diritto internazionale, che prende in considerazione unicamente la federazione e omette con cura gli Stati membri»¹⁵¹. L’ipotesi di Beaud è che l’unità della Federazione sia possibile solo attraverso quell’artificio rappresentativo – la cui problematicità è già stata sottolineata – e l’attribuzione alla federazione di un monopolio della rappresentanza, che la qualifica come polo unitario. Non solo, ma l’accento è posto esattamente sulla dialettica di presenza e assenza che caratterizza la rappresentanza moderna e costituisce uno dei suoi tratti più distintivi all’interno del dispositivo logico dello Stato¹⁵².

Se in tal modo si conferisce senz’altro forma unitaria alla Federazione come realtà collettiva, la difficoltà di un simile artificio riguarda il fatto che tale realtà non si esaurisce nella rappresentazione, ovvero che tale realtà collettiva non assume un contenuto determinato *solo* mediante l’azione rappresentativa. Anche se la rappresentanza della Federazione da parte della federazione concerne le relazioni esterne, vi è il rischio che la volontà delle parti sui singoli affari esteri comuni venga neutralizzata, e che la volontà della federazione – nella quale pure si esprimerebbe quella degli Stati membri – venga assolutizzata, cioè sottratta a ogni vincolo. Ci si può dunque chiedere se, in questo contesto, sia davvero utile intendere la rappresentanza come epifania di un’unità assente, piuttosto che – in un’accezione radicalmente diversa – come strumento di aggregazione e coordinamento tra interessi distinti. Con tale osservazione non si intende negare l’opportunità che, nei rapporti esterni, la Federazione si esprima con voce unitaria, né che la federazione rappresenti gli Stati membri. La riserva riguarda l’assunzione secondo cui la rappresentanza non solo realizzi tale unità, ma ne costituisca la condizione necessaria. Se così non fosse, del resto, diverrebbe difficile (ancora una volta) rispettare la premessa metodologica di non ricorrere a categorie stato-centriche, nonché immaginare una relazione strutturalmente eterarchica tra federazione e Stati membri. Che tale costruzione non vada fraintesa emerge dal testo stesso, laddove Beaud insiste sul carattere fittizio

¹⁵⁰ Cfr. G. Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, cit., p. 1888-1889.

¹⁵¹ TF, p. 160. Poco dopo Beaud precisa: «secondo l’ipotesi qui proposta, la costruzione di un’unità federativa passa quindi attraverso diversi espedienti, di ordine simbolico e giuridico, il cui effetto principale è quello di costituire la federazione in un’istanza di rappresentanza, più precisamente di rappresentanza degli Stati membri».

¹⁵² Cfr. G. Duso, *La rappresentazione e l’arcano dell’idea: introduzione al problema*, in Id., *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, FrancoAngeli, Milano 2003, pp. 17-54.

e astratto dell'unità federale nelle relazioni internazionali¹⁵³. La Federazione, osserva, non è uno Stato, ma è *come se* lo fosse: «questo “come se” indica (...) una differenza, una divergenza tra una Federazione e uno Stato, che ne impedisce proprio l'identificazione, anche se, nella sfera del suo diritto pubblico esterno, la Federazione assomiglia allo Stato»¹⁵⁴. La giustificazione dell'artificio appare quindi eminentemente pragmatica, ovvero è necessario che la Federazione si presenti come una sorta di Stato-nazione ai fini di una buona gestione delle relazioni internazionali; e questo può concernere esclusivamente la relazione con altre unità politiche esterne ad essa¹⁵⁵.

A differenza di quanto visto finora, nella sezione dedicata ai rapporti interni della Federazione, la preoccupazione principale di Beaud è chiarire la struttura complessa e la natura dei rapporti giuridici tra federazione e Stati membri¹⁵⁶. Anche qui, la federazione svolge un ruolo centrale nell'ordine scaturito dal patto, ma la sua azione non si fonda su una logica di autorizzazione, né quindi su un principio di sovranità. Ciò risulta evidente nella critica a Max von Seydel e alla dottrina del “federalismo contrattualista”, che assume un'identità tra federazione e Stati membri, tale per cui obbedire alla federazione equivarrebbe ad obbedire a sé stessi¹⁵⁷. Al contrario, Beaud osserva che «non esiste una trasparenza della federazione, dietro la quale agirebbero solo gli Stati membri, ma al contrario una certa opacità tra i diversi ordini giuridici – da quello federale a quello federato e viceversa»¹⁵⁸. Tale opacità è l'effetto dell'autonomia della federazione e dell'intreccio che la ricollega ai membri. Riguardato a partire da una logica di autodeterminazione (democratica) che prevede l'identità tra autori e destinatari del comando, l'insistenza su un simile connotato non può che apparire altamente problematica. Ma proprio perché la federazione non si identifica con i suoi membri, è possibile non solo il permanere della pluralità dei membri federati nella loro autonomia, ma anche l'instaurarsi di un rapporto giuridico di obbligazione e controllo nei suoi confronti¹⁵⁹. È quanto

¹⁵³ Cfr. TF, p. 169 («l'idea è che tale unità sia il prodotto di un ragionamento giuridico, di una vera e propria “costruzione” attraverso la quale il giurista intende consapevolmente deformare la realtà. (...) Si tratta ancora di una finzione, nel senso di una tecnica giuridica utile che colma le imperfezioni della realtà e adatta il diritto in funzione di obiettivi legittimi, al fine di rispondere a fini pratici»).

¹⁵⁴ TF, p. 170.

¹⁵⁵ Cfr. TF, p. 172.

¹⁵⁶ Cfr. TF, p. 174.

¹⁵⁷ TF, p. 180-182.

¹⁵⁸ TF, p. 183; cfr. inoltre p. 193.

¹⁵⁹ Se non è la pluralità a decidere direttamente, né a trovare un'espressione unitaria nel comando, e se la federazione mantiene una propria autonomia, allora diventa centrale

afferma Beaud quando scrive: «affinché l’istituzione collettiva appaia distinta dai membri che la compongono, (...) essa non può essere la semplice proiezione della somma dei rapporti contrattuali intercorrenti tra questi ultimi, ma (...) deve essere considerata come un soggetto di imputazione di diritti e obblighi»¹⁶⁰.

È significativo che l’autonomia della federazione rispetto agli Stati membri venga attestata, in questa prospettiva, attraverso l’analisi del meccanismo decisionale maggioritario adottato nelle Diete, ossia nell’organo collegiale in cui i membri federati sono rappresentati individualmente nell’ambito della “prassi legislativa ordinaria” (disciplina diversa vale invece per la revisione del patto, che esige in linea di principio l’unanimità). Beaud osserva al riguardo: «la tecnica della maggioranza testimonia (...) una divisione, una necessaria distanza tra le due istanze»¹⁶¹, vale a dire tra il potere federale e i membri federati. Tale scissione, tuttavia, non equivale al dominio di una parte (la federazione) sull’altra (gli Stati membri), poiché, da un lato, le norme fondamentali risultano da un accordo originario cui gli Stati membri hanno partecipato; dall’altro, essi continuano a partecipare in quanto tali alla formazione delle decisioni¹⁶². Tali decisioni possono talvolta essere in contrasto con la volontà di alcuni membri, ma presuppongono il coinvolgimento preliminare di tutti e non possono mai implicare l’annullamento della loro presenza politica¹⁶³. Come puntualizza Beaud, «la Dieta federale non è equivalente a un Parlamento statale che può, nei confronti dei semplici cittadini, incarnare il Sovrano e prendere decisioni

ripensare la natura del comando stesso, che non può più essere rappresentativo, cioè espansivo della totalità del corpo politico. Su questo ha insistito Giuseppe Duso, che ha proposto di porre al centro la relazione di governo: un’istanza distinta dalla volontà dei governati, che assume su di sé la responsabilità del comando. Una relazione, dunque, che non coincide con il potere esecutivo in senso classico, ma che implica un’autorità autonoma e a cui il comando sia effettivamente imputabile. Cfr. G. Duso, *Oltre il nesso sovranità del popolo-rappresentanza*, cit., pp. 229-234, 238-239; Id., *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, cit., p. 1892-1897.

¹⁶⁰ TF, p. 175.

¹⁶¹ TF, p. 177.

¹⁶² In tal senso, i membri non contano in virtù della loro consistenza numerica, ma in quanto membri dotati di una loro autonoma specificità.

¹⁶³ Nell’ultima parte della *Théorie de la Fédération*, dove si analizzano più nel dettaglio le Diete federali (cfr. TF, pp. 352-357), Beaud ne sottolinea l’irriducibilità al modello del parlamento moderno, osservando come «le unità federate sono rappresentate in un parlamento federale da voti e non da deputati» (p. 354). In questo assetto, non sono i cittadini, considerati nella loro indifferenziazione, a essere rappresentati, ma gli Stati membri in quanto soggetti collettivi, ciascuno titolare di una voce propria. Il patto federativo, pur riconoscendo le disuguaglianze di fatto tra gli Stati, attribuisce loro un’eguaglianza giuridica che ne assicura la coesistenza e la conservazione all’interno della Federazione.

imperative»¹⁶⁴. La Dieta federale, nel suo rapporto con gli Stati membri, non gode di un potere sovrano unilaterale, in quanto è vincolata da un nesso costitutivo che riflette l'autonomia e la cooriginarietà dei membri federati; essa non può imporre decisioni come farebbe un parlamento statale verso i cittadini, poiché è parte di una relazione che limita e definisce la sua autorità. Ne consegue che la federazione è tenuta a negoziare costantemente con le parti che la compongono¹⁶⁵.

Questo assetto – pur apparendo strutturalmente estraneo a uno schema di autodeterminazione democratica fondato sull'identità tra autori e soggetti del comando – consente nondimeno di pensare la presenza politica di soggetti distinti, nonché la loro effettiva partecipazione e capacità di controllo – e di resistenza. È in questa direzione che si comprendono i principi di indipendenza e interdipendenza, che strutturano i rapporti tra gli ordinamenti parziali all'interno dell'ordine giuridico complessivo¹⁶⁶. In tal senso, il problema non è tanto quello di legittimare democraticamente il potere della federazione, quanto di rendere possibile uno “sviluppo costituzionale” capace di superare la sclerotizzazione istituzionale che ostacolerebbe l'interazione costante tra il polo unitario e quello plurale all'interno della Federazione, ravvisando piuttosto in quest'ultimo l'elemento democratico proprio della Federazione.

¹⁶⁴ TF, p. 356.

¹⁶⁵ Beaud parla di una «*tendenza intrinseca (...) a dover negoziare*» che caratterizza la Federazione (*Ibidem*).

¹⁶⁶ Cfr. TF, p. 184-193.

Conclusione

Uno degli aspetti centrali emersi dall’analisi dei singoli capitoli è che i principali concetti politici e giuridici della modernità – “sovranità”, “Stato”, “popolo”, “rappresentanza”, “potere costituente”, “costituzione” – non sono più utilizzabili come strumenti interpretativi che possono essere trasferiti in modo immediato e meccanico per comprendere l’attuale contesto europeo. La crisi che li attraversa non è soltanto di natura empirica e istituzionale, ma riguarda in primo luogo la loro coerenza logica e il loro significato concettuale determinato, che dipende dal nesso sistematico che li lega tra loro. Ne consegue che qualsiasi tentativo di individuare categorie politiche e giuridiche in grado di rendere conto di una costituzione europea deve confrontarsi in modo critico con il lessico politico-giuridico della modernità. Da tutti gli autori presi in esame, pur nella diversità degli orientamenti, emerge con chiarezza che pensare l’Europa implica il superamento dei concetti storicamente cristallizzati nella forma Stato e nella sovranità. L’indagine non conduce all’elaborazione di un modello normativo definito, ma si configura piuttosto come un percorso di interrogazione che lascia emergere l’esigenza – ancora aperta e da precisare – di un nuovo federalismo, che superi tanto il modello della Confederazione di Stati quanto quello dello Stato federale. Un simile orizzonte implica, al contempo, un nuovo costituzionalismo, reso necessario proprio dall’urgenza di oltrepassare anzitutto le categorie di sovranità e di Stato. Superare Stato e sovranità significa, in definitiva, pensare un nuovo federalismo e un nuovo costituzionalismo.

Ma un ulteriore, decisivo passaggio necessario in questa direzione riguarda un ripensamento, non meno radicale, della questione legata al cosiddetto deficit democratico delle istituzioni europee. Quest’ultimo viene comunemente descritto, a seconda dei casi, come debolezza della rappresentanza parlamentare o come divario tra i titolari del potere decisionale e i soggetti a cui le decisioni sono rivolte. In entrambe le letture, la diagnosi presuppone – spesso in modo implicito – una concezione della democrazia come espressione di un popolo unitario e sovrano, capace di autodeterminarsi

attraverso istituzioni rappresentative. Tuttavia, è proprio questa concezione moderna di democrazia che, se applicata in modo lineare al livello europeo, pur giustificando la critica all'attuale assetto istituzionale, rischia di generare un deficit ancora più profondo: quello derivante dall'impossibilità di riconoscere e valorizzare la pluralità politica che caratterizza l'Unione. Una tale trasposizione presuppone infatti un rapporto diretto e stabile tra soggetto politico e spazio giuridico, secondo lo schema che ha strutturato la forma Stato, ma che non corrisponde più alla realtà composita dell'Europa. L'idea di un *demos* unitario – fondamento della legittimazione democratica moderna e controparte del soggetto individuale titolare di diritti – si mostra inadeguata a comprendere i soggetti plurali coinvolti nel processo costituente europeo. La presunta assenza di un popolo europeo non appare dunque tanto come una carenza da colmare, bensì come una modalità ambigua e fuorviante di rappresentare una realtà plurale, che andrebbe invece assunta come punto di partenza per immaginare forme di partecipazione fondate sul riconoscimento delle differenze. Se si intendesse correggere il deficit democratico senza interrogarsi sulla natura stessa della legittimazione democratica, si rimarrebbe dunque vincolati alla forma Stato e alla sua costituzione democratica. Il rischio è quello di ritrovarsi al punto di partenza: riformulare il ruolo del Parlamento europeo, estenderne i poteri, auspicare che esso diventi il centro della struttura istituzionale, con la Commissione trasformata in governo da esso dipendente e il Consiglio relegato a seconda camera; ma anche una reconfigurazione del sistema elettorale resterebbe inscritta nella logica della sovranità, finendo per riproporne i limiti. Sorge così la domanda cruciale: il deficit democratico è davvero solo una questione tecnico-istituzionale da correggere, o tocca più radicalmente il nostro stesso modo di concepire la democrazia?

È proprio a partire da queste impasse che l'invito del costituzionalista e filosofo Hasso Hofmann a riconsiderare i fondamenti costituzionali dell'ordine politico e della legittimazione democratica può essere colto in tutta la sua portata: «per concepire in modo *giuridicamente* adeguato l'integrazione europea e comprendere taluni sviluppi interni allo Stato, dovremo ripensare a fondo i concetti di unità politica e della sua rappresentazione, come anche quello di democrazia»¹. Il punto essenziale è a ben vedere proprio il nesso tra questi tre elementi, che appare tutt'altro che contingente: la democrazia moderna si è strutturata come rappresentazione di un'unità politica – il popolo – e tale rappresentazione ha costituito la forma attraverso cui si è prodotto e legittimato il potere sovrano. Ma ciò implica un presupposto cruciale:

¹ H. Hofmann, *L'essenza della Costituzione*, Id., *La libertà nello Stato moderno*, a cura di A. Carrino, Guida, Napoli 2009, pp. 51 (trad. mod., corsivo mio).

il popolo, sotto il profilo giuridico-politico, non è un'entità empiricamente data, bensì il risultato di un procedimento che unifica, in forma rappresentativa, una molteplicità di individui tra loro irrelati – ciascuno portatore di propri diritti, interessi e aspettative – conferendo legittimità a un soggetto istituzionale autorizzato a decidere in loro nome. È precisamente questa costruzione – l'unità come esito della rappresentazione – che oggi deve essere rimessa in questione. Pensare la democrazia europea non può più significare rappresentare un'unità pretesa o costruita in questi termini, ma riconoscere e articolare istituzionalmente una pluralità costitutiva. Solo a partire da questa svolta è possibile concepire un federalismo “democratico” che non finisce per ricostruire l'unità secondo il modello dello Stato sovrano, ma che dia forma politica alla differenza, senza ricondurla a un principio unificatore esterno o superiore, che la azzeri. Al nuovo federalismo “non statale” si lega anche una reinvenzione della stessa democrazia.

Il problema che si impone, a questo punto, è come pensare l'unità politica e la sua espressione unitaria senza ricorrere alla categoria di sovranità nella forma in cui essa si è storicamente definita nella modernità statuale. Alla difficoltà, spesso evocata, di dare all'Europa una voce unica e autorevole, non si può rispondere semplicemente auspicando un potere centralizzato o una sovranità “europea” in senso stretto: ciò che è necessario è piuttosto la costruzione di strumenti istituzionali capaci di tenere insieme l'unità e le differenze, senza forzare le seconde né rinunciare alla prima. In questa prospettiva, la pluralità politica non è un limite da superare, ma un elemento costitutivo dell'ordinamento europeo, che richiede forme di rappresentanza e partecipazione in grado di dare visibilità a soggetti portatori di storie, interessi e appartenenze differenti. L'unità, allora, non può più essere intesa come principio identitario, ma come un orizzonte normativo condiviso, che si realizza attraverso regole di giustizia frutto dell'accordo tra membri eterogenei. Ciò implica un ripensamento della costituzione stessa, non più come documento formale fondato sulla sovranità di un popolo, ma come processo politico in divenire, in cui la legittimità nasce dall'interazione tra le differenze e dalla volontà di costruire uno spazio comune di convivenza. Pensare un federalismo europeo che non ricalchi il modello dello Stato federale significa allora elaborare una forma di unità che non cancelli la pluralità, ma la renda principio attivo di istituzione politica.

Da tutti i percorsi affrontati nel libro, l'esigenza di pensare il federalismo emerge con forza; ma proprio questa esigenza rischia di restare senza una risposta determinata nella misura in cui non si riesce ancora a concepire l'unità politica al di fuori della categoria di sovranità, e cioè a immaginarne forme che non siano una sua riproduzione sotto altre spoglie. Il nodo da sciogliere resta la capacità effettiva di superare tali categorie, per dar forma a un

ordine post-sovrano capace di istituzionalizzare la differenza senza dissolvere la possibilità di una decisione comune.

La difficoltà di pensare l’Europa in termini federalistici risiede, in ultima analisi, nella capacità effettiva di mettere in discussione l’autodeterminazione come fondamento esclusivo della legittimazione democratica. Sempre più posizioni riconoscono l’inadeguatezza dei criteri di democraticità elaborati nella cornice dello Stato costituzionale moderno rispetto a una realtà plurale e sovranazionale come l’Unione Europea². In questo senso si è espresso con decisione Armin von Bogdandy, sottolineando come già gli stessi trattati attuali contengano, in fondo, una scelta che si distanzia dalla concezione della democrazia intesa come autodeterminazione collettiva. Secondo tale lettura, l’Unione non può fondare la propria democrazia su tale principio, nonostante questo sia in sé legittimo, poiché una simile fondazione non rispecchierebbe correttamente il significato politico degli articoli 2 e 10 del Trattato sull’Unione europea. Questi, infatti, delineano una visione della democrazia europea come processo pluralistico di rappresentanza e partecipazione, che riflette la complessità della dimensione sovranazionale, sia pure in forme ancora parziali e insoddisfacenti. Se si assumesse questa complessità come un ostacolo, l’esito sarebbe una strutturale “incapacità democratica” dell’Unione; al contrario, è proprio a partire da essa che occorre comprendere la democrazia come «processo di *una* società pluralistica»³. In passato Bogdandy aveva già parlato di un federalismo sovranazionale come «nuovo tipo di potere politico»⁴, capace di dare forma istituzionale alla pluralità senza ricondurla a un’unità sovrana predefinita. Su un altro piano – ma per molti versi in perfetta continuità – può essere collocata la proposta, recente, di concepire la democrazia europea come una «democrazia delle molteplici mediazioni» (*«Demokratie der vielen Vermittlungen»*⁵), in cui la rappresentanza non appare più come epifania di un soggetto collettivo unitario, ma come strumento di articolazione e composizione di interessi e appartenenze eterogenee⁶. In questo quadro, l’idea di una «società europea» come *società di società* – e dunque non come dimensione impolitica, ma come tessuto di mediazioni politiche – consente di pensare la democrazia in termini

² Cfr. D. Innerarity, *Democracy in Europe. A Political Philosophy of the EU*, Palgrave Macmillan, London 2018.

³ A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin 2022, p. 239 (corsivo mio).

⁴ A. von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Nomos, Baden-Baden 1999.

⁵ A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, cit., pp. 234-266.

⁶ Cfr. A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 136.

coerenti con la struttura sovranazionale dell’Unione. Non a caso, sempre secondo Bogdandy, la stessa possibilità di riconoscere una continuità tra i principi del diritto costituzionale statale e quelli della “costituzione europea” è subordinata alla condizione che il primo venga (ri)pensato alla luce del pluralismo sociale e politico⁷.

Ma una volta posta in discussione l’autodeterminazione come fondamento esclusivo della legittimazione democratica, viene messo in questione anche l’intero assetto costituzionale che su di essa si regge. È infatti solo a partire dall’idea che coloro che obbediscono alla legge siano anche i suoi autori – ovvero che vi sia un’identità tra gli autori del comando politico e i suoi destinatari – che istituti come le elezioni, il potere legislativo (che fa le leggi), quello esecutivo (che le attua e ne garantisce il rispetto) e quello giudiziario (che le interpreta e le applica) assumono un significato coerente. Senza questa premessa, tali meccanismi non scompaiono, ma cambiano radicalmente di senso e funzione. Si impone così l’esigenza di ripensare in modo profondo le funzioni e gli organi europei, nella consapevolezza che, venendo meno l’autodeterminazione, ciò che è in gioco non è solo una forma di legittimazione, ma il senso stesso dell’architettura costituzionale.

In tale ottica, occorre anche considerare che l’erosione dell’autodeterminazione non riguarda direttamente solo l’orizzonte sovranazionale nella sua separatezza, ma affonda le sue radici nelle stesse democrazie statali. La democrazia rappresentativa all’interno degli Stati nazionali attraversa infatti una crisi profonda, che non è riconducibile a fattori episodici o contingenti, ma dipende da contraddizioni strutturali del rapporto tra sovranità e rappresentanza. La legittimazione democratica, formalmente fondata sulla volontà popolare e sull’impersonalità della legge, tende spesso a restare un principio astratto, scarsamente riscontrabile nella prassi istituzionale. Nei regimi parlamentari contemporanei, le decisioni politiche vengono per lo più assunte al di fuori del dibattito assembleare, da leader di partito che coincidono con i vertici dell’esecutivo, determinando una progressiva concentrazione del potere e un ridimensionamento del ruolo legislativo e di controllo dei parlamenti. A ciò si aggiunge il peso crescente di attori economici e gruppi di interesse, che operano fuori da ogni circuito di responsabilità e trasparenza, ma che incidono in maniera sostanziale sull’indirizzo politico. Le stesse dinamiche globali – non solo economiche – riducono concretamente la capacità di autodeterminazione democratica, comprimendola in un orizzonte sempre più ristretto⁸.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Su tutto questo, in modo acuto e pregnante, cfr. D. Grimm, *Condizioni della legislazione democratica*, «Costituzionalismo.it», n. 3, 2004, pp. 36-52.

In questo senso, ripensare la democrazia non significa ricercare un surrogato della “vera” democrazia, come se essa funzionasse altrove (o appartenesse a un passato idealizzato da recuperare): il meccanismo della legittimazione democratica è oggi in crisi anche negli Stati. Ripensare la democrazia è dunque il presupposto per immaginare una costituzione che non si limiti a replicare quella statale, ma che possa fondarsi su logiche diverse. E proprio questo rende la sfida europea una sfida positiva: ripensare la democrazia non è solo un compito necessario per dare un fondamento costituzionale all’Europa, ma anche l’occasione per interrogarsi, più radicalmente, sulla crisi della democrazia statale stessa. Il problema, ancora una volta, non sembra risolvibile riadattando i concetti statuali alle realtà sovranazionali, ma impone una trasformazione radicale del modo stesso di pensare la democrazia – confermando la necessità di una dislocazione concettuale che interroghi la genesi stessa dei concetti fondanti del costituzionalismo moderno.

Ciò che rende singolare il progetto europeo è che la sua unità non nasce da un atto sovrano, ma da un patto tra soggetti politici diversi, da un accordo che non cancella la pluralità, ma la assume come condizione della convivenza politica. Questa genesi pattizia non è solo un fatto storico: è un principio costitutivo, che esige di essere costantemente rinnovato. L’accordo, in altre parole, non può restare confinato all’atto originario: deve ripresentarsi, per impedire che l’Europa si cristallizzi in una struttura che si contrappone ai suoi membri, come accade negli Stati federali quando il centro si rende autonomo dalle parti. Se invece si mantiene vivo il gesto dell’accordo, l’Europa non è “altra” dagli Stati: l’Europa sono gli Stati che decidono insieme, attraverso un’intesa che li lega senza assorbirli. In questa prospettiva, non si tratta di costruire un potere sovrano “federale” sopra gli Stati, né di immaginare una sovranità condivisa che perpetui la logica statuale in forme nuove. Si tratta piuttosto di destatalizzare il politico, andando oltre la sovranità come categoria ordinatrice, per pensare una forma di unità che non si fonda sulla subordinazione ma sulla co-decisione. È un federalismo che non sovrappone un uno ai molti, ma che struttura lo stare insieme dei molti, nella loro determinatezza, in forme politiche capaci di responsabilità comune.

Questo comporta, tuttavia, una sfida decisiva: pensare istituzioni in grado di decidere insieme, senza che la pluralità si rovesci nell’impotenza dell’unanimità. L’unità che nasce dall’accordo non esige che ogni scelta sia unanimemente condivisa, ma che ogni decisione importante si inscriva in un orizzonte riconosciuto da tutti come proprio. L’obiettivo, appunto, non è annullare la molteplicità, ma farla convergere in forme praticabili di governo comune, dove la forza dell’unità emerga dal coinvolgimento reale dei membri, e non dall’imposizione di un centro. Pensare l’Europa a partire da questo nuovo federalismo significa allora immaginare una politica che, invece di

chiudersi nel dilemma tra sovranità e frammentazione, sappia abitare la tensione tra autonomia e interdipendenza. Non un compromesso, ma una forma matura di democrazia, in cui la pluralità non è un ostacolo da neutralizzare, ma la condizione stessa della giustizia e della legittimità. È solo attraverso il ripetersi riflessivo del patto che l'Europa può esistere come comunità politica di comunità politiche, e non come entità giuridica separata dai suoi membri. È in questo spazio condiviso – mai dato, sempre da ricostruire – che prende forma un'unità altra, capace di pensare e praticare la differenza come forza costituente.

Vi aspettiamo su:

www.francoangeli.it

per scaricare (gratuitamente) i cataloghi delle nostre pubblicazioni

DIVISI PER ARGOMENTI E CENTINAIA DI VOCI: PER FACILITARE
LE VOSTRE RICERCHE.



Management, finanza,
marketing, operations, HR
Psicologia e psicoterapia:
teorie e tecniche
Didattica, scienze
della formazione
Economia,
economia aziendale
Sociologia
Antropologia
Comunicazione e media
Medicina, sanità



Architettura, design,
territorio
Informatica, ingegneria
Scienze
Filosofia, letteratura,
linguistica, storia
Politica, diritto
Psicologia, benessere,
autoaiuto
Efficacia personale
Politiche
e servizi sociali

FrancoAngeli

La passione per le conoscenze

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835183471

FrancoAngeli

a strong international commitment

Our rich catalogue of publications includes hundreds of English-language monographs, as well as many journals that are published, partially or in whole, in English.

The **FrancoAngeli**, **FrancoAngeli Journals** and **FrancoAngeli Series** websites now offer a completely dual language interface, in Italian and English.

Since 2006, we have been making our content available in digital format, as one of the first partners and contributors to the **Torrossa** platform for the distribution of digital content to Italian and foreign academic institutions. **Torrossa** is a pan-European platform which currently provides access to nearly 400,000 e-books and more than 1,000 e-journals in many languages from academic publishers in Italy and Spain, and, more recently, French, German, Swiss, Belgian, Dutch, and English publishers. It regularly serves more than 3,000 libraries worldwide.

Ensuring international visibility and discoverability for our authors is of crucial importance to us.

FrancoAngeli



L'EUROPA CHE MANCA

Quali categorie politiche e giuridiche sono oggi in grado di orientare il processo di costruzione europea? Se la modernità ha fatto perno su costituzione, sovranità e Stato nazionale, l'Unione Europea si colloca oltre la tradizionale alternativa tra Stato federale e Confederazione di Stati, richiedendo di pensare ad una forma di unità politica costitutivamente plurale.

In questo scenario, la connessione classica fra costituzione e autodeterminazione democratica, radicata nella concettualità del contratto sociale di matrice giusnaturalistica, mostra tutti i suoi limiti. Attraverso il confronto con le riflessioni di Dieter Grimm, Jürgen Habermas, Ingolf Pernice e Olivier Beaud, il volume ricostruisce i nodi centrali del dibattito teorico contemporaneo sull'Europa, facendo emergere l'urgenza di concetti capaci di pensare una democrazia non più fondata sulla sovranità, ma sull'articolazione di una pluralità costitutiva.

In quale senso il federalismo può costituire non un criterio tecnico di ripartizione delle competenze, ma la forma giuridico-politica di un *foedus* che mantenga le autonomie dei membri e, insieme, istituisca un orizzonte condiviso di legittimità e di azione? È in tale spazio di ricerca che si delinea il problema di un “nuovo federalismo”: un progetto che non presuppone un’Europa già data, ma interroga la possibilità stessa di una comunità politica plurale capace di agire in modo unitario ed efficace.

Matteo Bozzon (Belluno, 1986) è assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Filosofia della Sapienza Università di Roma. Ha conseguito il dottorato in filosofia e in diritto nell’ambito di un programma di cotutela tra l’Università di Padova e la Humboldt-Universität zu Berlin. Tra le sue pubblicazioni recenti, la cura e traduzione dal tedesco dei volumi *Diritto o politica? La controversia Kelsen-Schmitt sulla giurisdizione costituzionale e la situazione odierna* di Dieter Grimm (co-curatore G. Bisogni; IISF Press 2024) e *Immagini della pace ovvero la giustizia dimenticata* di Hasso Hofmann (Mimesis 2024).