

Lo studio dei processi federativi nel pensiero di Paolo Carrozza

di Giuseppe Martinico

Abstract: Paolo Carrozza was first and foremost a man of culture, a 'positivist' jurist - as he liked to call himself in some of his essays - who was nevertheless aware of the primarily cultural nature of law. Precisely for this reason, he was also a critical spirit, a profound connoisseur of history and political philosophy. He was a man who believed in doubt as an engine of knowledge. In this essay, I analyse his contribution to the study of comparative federalism and European constitutional law.

Keywords: federalism, multilevel constitutionalism, European constitutional law, federative process.

1. Il contributo di Paolo Carrozza allo studio dei processi federativi

Paolo Carrozza era in primo luogo un uomo di cultura, un giurista “positivista”¹ - come amava definirsi in alcuni suoi scritti - che, tuttavia, era consapevole della natura innanzitutto culturale del diritto.

Proprio per questo era anche uno spirito critico, un profondo conoscitore della storia e della filosofia politica, che credeva nel dubbio come motore della conoscenza. Molti dei concetti da lui sviluppati ben si prestano anche a descrivere il suo carattere: “integrazione”, “dialogo”, “apertura”, “tolleranza” sono parole che danno l’idea della grande umanità del Professor Carrozza.

Fra gli autori immancabilmente menzionati durante i lunghi colloqui con gli allievi vi erano Smend, Kelsen (su cui si era cimentato in uno degli ultimi lavori²), Santi Romano, Mirkine-Guetzévitch, Friedrich, Cappelletti insieme, ovviamente, al suo Maestro: Alessandro Pizzorusso.

Paolo Carrozza ha contribuito enormemente allo studio dei processi federativi, analizzati alla luce di una concezione processuale (*à la* Friedrich³)

¹ P. Carrozza, *Constitutionalism's Post-modern Opening*, in M. Loughlin, N. Walker (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 169 ss., 173.

² P. Carrozza, *Kelsen and contemporary constitutionalism: The continued presence of kelsenian themes*, in *Revista de Deusto*, 2019, 55 ss.

³ *Federalizing process*, per Friedrich, non è né diritto internazionale né diritto costituzionale: il concetto intende descrivere il processo evolutivo degli Stati Uniti quale processo di tendenziale unificazione di carattere, per l'appunto, processuale,

e reticolare (à la Elazar⁴) del federalismo. Si tratta di un itinerario di ricerca intrapreso negli anni Ottanta e culminato in vari lavori. Si potrebbero citare, ad esempio, il suo articolo sul principio di leale collaborazione su *Le Regioni* nel 1989⁵, il saggio in lingua inglese *Central and Peripheral Law*, contenuto nel volume del 1988 *Law in the Making. A Comparative Survey*, curato da Pizzorusso per Springer⁶, oltre che la sua seconda monografia *L'evanescente modello, gli ordinamenti a struttura decentrata tra disegni costituzionali e realtà istituzionali* pubblicata nel 1992.

Il tema del federalismo è stato poi ripreso nel denso capitolo *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie* del manuale da lui curato (con Di Giovine e Ferrari) per Laterza⁷. Da ricordare, perché riconducibili alla sua visione “a rete”, anche gli studi sul diritto costituzionale degli enti locali, menzionando, *in primis*, il lungo saggio pubblicato nella *Rivista di diritto costituzionale* nel 2007⁸.

Sulla base di queste premesse, in questo breve scritto cercherò di sviluppare quattro punti fondamentali:

1. Nel pensiero di Paolo Carrozza le riflessioni sul diritto dell'Unione europea e sul c.d. diritto globale⁹ sono parte della sua visione del *federalizing process*.
2. Per Paolo Carrozza l'oggetto del diritto costituzionale è l'integrazione. Il costituzionalismo, nel suo pensiero, è l'insieme delle tecniche di integrazione e di razionalizzazione del potere.

dinamico”, P. Carrozza, *Sistema delle fonti e forma di governo europea*, in P. Bianchi, E. Catelani, E. Rossi (a cura di), *Le “nuove” fonti comunitarie*, Padova, 2005, 255 ss., 258. Sulla nozione di *federalizing process* si veda Friedrich C.J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Londra, 1968; in Italia si vedano gli scritti di La Pergola sul pensiero di Friedrich: A. La Pergola, *L'empirismo nello studio dei sistemi federali: a proposito di una teoria di Carl Friedrich*, in A. La Pergola, *Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie garantite. Riflessioni comparatistiche sul federalismo e regionalismo*, Padova, 1987, 123, 133 ss.; A. Vespaziani, *Federalismo (dir. comparato)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XV, 2007, 1 ss.

⁴ D. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1995.

⁵ P. Carrozza, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, 477 ss.

⁶ P. Carrozza, *Central Law and Peripheral Law*, in A. Pizzorusso (a cura di.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlino, 1988, 238 ss.

⁷ P. Carrozza, *I rapporti centro – periferia: federalismi, regionalismi, autonomie*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 761 ss.

⁸ P. Carrozza, *Per un diritto costituzionale delle autonomie locali*, *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, 219 ss. Il saggio è stato poi ripubblicato anche nella rivista brasiliana *Panóptica. Académica de direito*, 2008, 85 ss..

⁹ Sui temi del diritto globale si veda, ad esempio, P. Carrozza, *Uno sguardo al futuro: stato, costituzione e processi di globalizzazione*, in S. Panizza (a cura di), *Ragazzi, che Costituzione!*, Pisa, 2009, 53 ss.

3. Paolo Carrozza ha contribuito alla grande sfida metodologica posta dal tema della diversità sostenibile, riadattando il bagaglio del giurista senza rinunciare alle nuove categorie proposte dalla dottrina.
4. Paolo Carrozza è stato un teorico (e pratico¹⁰) del costituzionalismo postnazionale e un sostenitore convinto di un diritto costituzionale aperto. Le sue riflessioni oggi sono centrali per combattere una finta dicotomia diffusa nella letteratura internazionale: quella fra costituzionalismo e pluralismo¹¹.

La struttura del capitolo svilupperà questi quattro punti, cercando di ricordare gli interlocutori – coevi e non- che hanno accompagnato il Professor Carrozza nel suo itinerario di ricerca in questo ambito. In particolare, nel secondo paragrafo verrà analizzato il punto 1, mentre nel terzo i punti 2 e 3. Infine, il quarto paragrafo sarà dedicato alla prospettiva del diritto costituzionale postnazionale.

2. Federalismo e integrazione: due “concetti gemelli”

Come anticipato in apertura, fra gli autori di riferimento di Paolo Carrozza vi era sicuramente Carl J. Friedrich con il suo approccio empirico al tema del federalismo. Nei suoi scritti Friedrich aveva sottolineato l'emersione di una concezione “dinamica” del federalismo in opposizione a una nozione “statica” dello stesso. Secondo Friedrich studiare il federalismo non significava necessariamente immergersi nello studio dello Stato federale come altri autori suggerivano¹²; anzi, la sua nozione di processo di federalizzazione si era basata proprio sul superamento della distinzione fra le figure storiche dello Stato federale (*Bundesstaat*) e della Confederazione (*Staatenbund*)¹³.

In Friedrich, quindi, era emersa anche una chiara differenza dagli approcci tradizionali. Ad esempio, Friedrich aveva sostenuto che l'opposizione riscontrabile fra *Bundesstaat* e *Staatenbund* fosse stata “gonfiata” dai commentatori tedeschi e che non fosse comunque riconducibile alle teorie dei *Framers*

¹⁰ Non a caso, da avvocato della Regione Sardegna, Paolo Carrozza contribuì anche alla svolta della Corte costituzionale italiana sulla questione del rinvio pregiudiziale in occasione della sentenza 102 /2008 e dell'ordinanza 103/2008.

¹¹ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010.

¹² Per una rassegna del dibattito relativo al rapporto fra federazione, Stato federale e federalismo e sulle relative distinzioni, si veda, da ultimo, A. Vespaziani, *Federalismo (dir.comparato)*, cit.

¹³ C.J. Friedrich, *Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals*, in A. W. McMahon (a cura), *Federalism: Mature and Emergent*, Garden City, 1955, 510 ss.; C.J. Friedrich, *An Introduction to Political Theory: Twelve Lectures at Harvard*, New York, 1967; C.J. Friedrich, *Man and His Government: An Empirical Theory of Politics*, New York, 1963.

“The American concept, at this point, may be called the discovery of the ‘federal state’, because that was the term which the Germans and others attached to it when they contrasted it to a confederation of states. Actually, no such dichotomy was ever faced by the master builders of the American system. They were, in fact, the first who realized, at least in part, that federalism is not a fixed and static pattern but a process”¹⁴.

In realtà, il dibattito sulla sovranità resterà centrale per molti anni negli Stati Uniti prima della guerra civile, basti pensare alla nota *Compact theory* e ad autori come Calhoun, su cui si tornerà in chiusura di saggio.

In altre parole, la classica visione del federalismo era fondata su un approccio statico, basato sulle idee di Stato e sovranità che Friedrich pesantemente aveva criticato, sostenendo che “no sovereign can exist in a federal system; autonomy and sovereignty exclude each other in such a political order”¹⁵.

Come La Pergola¹⁶ sottolineava, la relazione fra federalismo e Stato nel pensiero di Friedrich era a dir poco ambigua: a volte sembrava che Friedrich volesse sostituire l’idea di Stato con il concetto di *community*¹⁷, ma, alla fine, l’ombra dello Stato era sempre rimasta nella sua argomentazione¹⁸.

Il criticismo di Friedrich verso due pilastri del diritto costituzionale classico (Stato e sovranità) ritorna nel dibattito costituzionalistico

¹⁴ C.J. Friedrich, *Trends of Federalism*, cit., 18.

¹⁵ C.J. Friedrich, *Trends of Federalism*, cit., 8: “La visione processuale del federalismo di Friedrich richiede dunque che si guardi ad esso non come un modello statico di organizzazione caratterizzato da una divisione rigida di poteri tra i livelli di governo, ma piuttosto come il processo di federalizzazione di una comunità politica, vale a dire tanto il processo mediante il quale un numero di comunità politiche separate entra in una serie di accordi per risolvere problemi, adottare politiche comuni e negoziare decisioni comuni per problemi comuni, quanto il processo inverso mediante cui una comunità politica unitaria si differenzia in un tutto organizzato federalisticamente. Le relazioni federali sono per loro natura relazioni fluttuanti. Ogni comunità organizzata in modo federale deve quindi dotarsi di strumenti per la periodica revisione dei propri assetti; solo in questo modo l’equilibrio tra valori, interessi e credenze comuni e diverse può essere riflesso in relazioni più differenziate ed integrate. Dunque vi è federalismo solo se un insieme di comunità politiche coesistono ed interagiscono come entità autonome, unite in un ordine comune con una propria autonomia. In un sistema federale non vi può essere un sovrano; l’autonomia e la sovranità si escludono a vicenda in un ordine politico di tipo federale. Parlare di trasferimento di quote di sovranità significa negare l’idea di sovranità che dalla teorizzazione di Bodin ha voluto significare indivisibilità. In un sistema federale nessuno ha l’ultima parola. L’idea di accordo (*compact*) è implicita in quella di federalismo”, A. Vespaziani A., *Federalismo (dir.comparato)*, cit.

¹⁶ A. La Pergola, *L’empirismo*, cit., 133 ss.

¹⁷ A. La Pergola, *L’empirismo*, cit. 129.

¹⁸ Come sottolinea anche M. Comba, *Carl Joachim Friedrich ed il processo di integrazione europea. Metodi e modelli per la redazione della Costituzione della Comunità politica europea*, in E. Capozzi (a cura di), *Le Costituzioni anglosassoni e l’Europa. Riflessi e dibattito tra “800” e “900”*, Soveria Mannelli, 2002, 193 ss. 203. Per un interessante studio sull’attualità di C.J. Friedrich nel dibattito costituzionalistico contemporaneo, si veda G.F. Ciaurro, *Europa e Costituzione nel pensiero di Carl J. Friedrich*, in *Nuovi Studi Politici*, 2000, 35 ss.

contemporaneo: pensiamo alla c.d. teoria del “costituzionalismo multilivello” che si fonda proprio sulla critica alla concezione monolitica della sovranità classica¹⁹ e che è stato oggetto di attenta riflessione da parte di Paolo Carrozza.

Del resto, l’elasticità del concetto di *federalizing process*, che Paolo Carrozza amava ricordare ai suoi studenti, gli aveva permesso di spaziare con grande disinvoltura fra diritto interno e diritto comparato, come si nota anche nel fondamentale saggio sulla crisi delle materie²⁰. Anche qui si scorge l’influenza dell’insegnamento di Alessandro Pizzorusso che, citando l’esempio di Virgilio Andrioli, ribadiva come il diritto fosse uno²¹ e come fosse necessario anche per il cultore del diritto costituzionale entrare nei meandri del sistema giuridico tutto (e sul concetto di sistema si tornerà nelle conclusioni).

Paolo Carrozza è stato anche fra i pochi costituzionalisti a insegnare diritto dell’Unione europea in Italia, in uno dei corsi tenuti all’Università di Pisa, dove aveva adottato come manuale di testo un libro di Cartabia e Weiler²². Il Professore apprezzava particolarmente quel volume per il modo in cui il ruolo della Corte di giustizia veniva trattato e per le categorie utilizzate, categorie che, non a caso, richiamavano quelle proprie del processo federativo statunitense (*incorporation, preemption* etc)²³.

¹⁹ Per la nozione di “costituzionalismo multilivello” si veda, ovviamente, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making-Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703-750, 707; I. Pernice, *Elements and Structures of the European Constitution*, WHI-Paper 4/02, <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0402.pdf>; I. Pernice, F. Mayer, S. Wernicke, *Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism*, in *Kings Law Journal*, 2001, 61 ss.; J. Dutheil de la Rochere, I. Pernice, *European Union Law and National Constitutions, General Report to Fide XX Congress 2002 in London*, WHI-Paper 17/02, in <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper1702.pdf>; J. Dutheil de la Rochere, I. Pernice, *European Union Law and National Constitutions. Conclusions*, WHI-Paper 18/02, in <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper1802.pdf>

²⁰ P. Carrozza, *Le “materie”: uso delle tecniche di enumerazione materiale delle competenze e modelli di riferimento del “regionalismo di esecuzione”* in G. F. Ferrari, G. Parodi (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo: problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, 69 ss.

²¹ A. Pizzorusso, *Premessa alla ristampa degli studi sulla giustizia costituzionale. Presentazione*, in A. Proto Pisani (a cura di), *L’affetto, l’umanità e l’intransigenza morale di un maestro: Virgilio Andrioli. Ricordi dei suoi allievi e lettere a cura di Andrea Proto Pisani*, Napoli, 2020, 29 ss. Sul rapporto fra Pizzorusso e Andrioli si veda la bella intervista di V. Antonio Poso ad Andrea Proto Pisani, intitolata *Ancora oggi in compagnia e a colloquio con il mio Maestro Virgilio Andrioli* e disponibile su *Giustizia insieme*, 2020 <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/1383-ancora-oggi-in-compagnia-e-a-colloquio-con-il-mio-maestro-virgilio-andrioli?hitcount=0>

²² M. Cartabia, J. H. H. Weiler, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.

²³ P. Carrozza, *Sistema delle fonti*, cit. 267.,

In effetti, in quegli anni all'Università di Pisa l'insegnamento del diritto comunitario era un esame opzionale e questo indubbiamente non rendeva giustizia alla rilevanza che già allora aveva il diritto dell'Unione europea. Paolo Carrozza coglieva questa importanza, ma cercava di insegnare il diritto comunitario come fenomeno costituzionale, declinando la specialità europea come laboratorio per gli studi comparatistici²⁴. In tal senso Paolo Carrozza è stato un pioniere: in quegli anni non era infatti ancora uscito il primo dei fondamentali libri di Schütze²⁵ che avrebbe poi riabilitato la lettura federale negli studi giuridici europei in letteratura. Nella sua lettura del processo integrativo come *federalizing process* Paolo Carrozza prendeva le mosse dall'Opera di Mauro Cappelletti e dalla nota *Integration through Law scholarship*.

Negli anni Ottanta Cappelletti aveva avviato uno dei più importanti progetti editoriali negli studi europei, riuscendo nell'impresa di radunare nei volumi di *Integration through Law* molti autori americani ed europei al fine di comparare il federalismo americano e il processo di integrazione comunitario.

Nelle parole dei curatori, quel lavoro era stato concepito come “characterised as a highly pluralistic research endeavour [...] the product of the efforts of close to forty contributors from many countries in three continents, with almost every contribution being, in its turn, the joint product of a team”²⁶.

Adottando il concetto dinamico e funzionale di federalismo gli autori del volume studiarono il forte legame tra i concetti di federalismo e di integrazione, concepiti come “twin concepts”²⁷.

Da questo punto di vista, se già Smend²⁸ aveva evidenziato la fortissima relazione fra la nozione di Stato e integrazione e quella fra integrazione e costituzione, Cappelletti, Weiler e Seccombe²⁹ avevano messo l'accento sulla dimensione sovrastatale dell'integrazione (intesa come *processo* dell'integrare e come *risultato* di tale processo), chiarendo il rapporto fra quest'ultima e il federalismo, definiti, appunto, come “concetti gemelli”. La filosofia della *Integration through Law scholarship* si era poggiata anche su un'altra premessa: quella della *comparative analysis* come “terza via” negli

²⁴ A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002

²⁵ Fra i tanti in particolare si segnalano: R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2009 e R. Schütze, *From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2017.

²⁶ M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, cit., 5 ss.

²⁷ M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler, *op. cit.*, 15. Richiama C.J. Friedrich anche D. Elazar nella sua tipologia del federalismo. Fra i tanti scritti dell'Autore, si veda: D. Elazar, *Extending the Covenant: Federalism and Constitutionalism in a Global Era*, 1998, disponibile su www.jcpa.org/dje/articles/fed-const-global.htm.

²⁸ R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 18.

²⁹ M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, in M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler (a cura di), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, Berlino, 1985, 3 ss.

studi sull'integrazione³⁰, contrapposta a quella del (*legal*) *positivism* e del *natural law approach*. Da qui emergeva l'idea della comparazione come laboratorio che fornisce una base empirica di dati su cui fondare "concrete speculazioni"³¹, ma che allo stesso tempo permette di superare i pericoli del mero empirismo e del giuspositivismo. Tuttavia, nonostante la profondità degli insegnamenti di Cappelletti, l'approccio comparatistico agli studi europei rimase nell'Europa continentale- a differenza che oltreoceano- assolutamente minoritario. Mentre negli Stati Uniti autori come Hay e Stein lessero le prime sentenze della Corte di giustizia alla luce delle categorie proprie del federalismo statunitense³², in Europa la natura *sui generis* del diritto comunitario fece propendere in tanti per la non comparabilità con altri sistemi nazionali o internazionali. Paolo Carrozza era fra i pochi a resistere a questa tendenza culturale alla fine degli anni Novanta e a inizio millennio in Italia.

In fondo l'eredità maggiore degli studi d'oltreoceano consiste proprio nello sforzo di "relativizzare" il fenomeno comunitario senza negarne le peculiarità e in questo senso va colto l'appello contro l'isolamento metodologico rivolto, tra gli altri, da Dehousse³³. Non è un caso, allora, che la riscoperta degli studi statunitensi sull'integrazione sia stata sostenuta da alcuni critici³⁴ della cosiddetta "specialità" o "autonomia" comunitaria rispetto alla visione "internazionalista" o a quella classicamente statale, arricchendo un dibattito – quello sulla natura dell'Unione – che sembrava essere incapace di produrre nuove conclusioni. In questo modo si tentava di riportare al centro dell'attenzione l'opzione federale che sembrava essere uscita negli ultimi anni dai dibattiti accademici europei. In questo senso è famosa l'opinione secondo cui negli *European studies* il termine *federalism* fosse visto come una "infamous f-word"³⁵. Certo, molti di quegli autori che lavoravano oltreoceano erano statunitensi solo d'adozione e anche fra gli europei non mancavano le eccezioni, ma in effetti erano in pochi a insegnare diritto comunitario come lo insegnava Paolo Carrozza e da quell'approccio nacque anche l'idea di dare origine al progetto STALS (*Sant'Anna Legal*

³⁰ M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, cit. 5.

³¹ M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, cit. 5.

³² Per quanto riguarda la letteratura americana sul fenomeno comunitario, si veda innanzitutto: P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, Urbana-Champaign, 1966. Sull'approccio comparato agli studi di integrazione europea sono fondamentali i contributi degli anni Ottanta T. Sandalow, E. Stein (a cura), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, 1982.; M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, cit.

³³R. Dehousse, *Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of Analysis*, in *42 Am. J. Comp. L.*, (1994), 761.

³⁴M. Avbelj, *The Perplexing Novelty of European Integration*, in *UCDLR Sym Ed*, 2007, in www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113514.

³⁵ M.G. Puder, *Constitutionalizing the European Union. More than a Sense of Direction from the Convention on the Future of Europe*, in *Fordham International Law Journal*, 2003, 1562 ss, 1583.

*Studies*³⁶), inaugurato nel 2008 e ancora attivo. STALS, nelle sue intenzioni, doveva costituire la prosecuzione dell'esperienza di *Law in the Making* e, soprattutto, degli *Italian Studies in Law*, quest'ultima maturata con Pizzorusso a Firenze negli anni Ottanta e Novanta e finalizzata a diffondere i migliori prodotti della cultura giuridica italiana fuori dai confini nazionali.

Proprio l'esperienza di *Senior Assistant Editor* degli *Italian Studies in Law* lo aveva profondamente formato, come lui stesso amava ricordare, sia per l'opportunità di lavorare a stretto contatto con il suo Maestro su un progetto pionieristico, sia per la necessità di “tradurre senza tradire” dall'italiano all'inglese termini e concetti giuridici spesso unici, raccogliendo in pieno, per dirla con un altro autore che il Professore amava tanto, la sfida del “dopo Babele”³⁷.

3. Integrazione, diritto costituzionale e diritto dell'Unione come *multilevel constitutionalism*

Un altro concetto chiave, come già ricordato, nel pensiero di Paolo Carrozza era quello di “integrazione”, un termine³⁸ che viene spesso usato negli studi europei in alternativa al concetto di “unificazione” utilizzato, ad esempio, da alcuni pensatori federalisti³⁹. Per Paolo Carrozza il diritto costituzionale è studio delle tecniche di integrazione, è fenomeno relazionale, che si occupa di interdipendenze e che cerca unità senza stritolare il pluralismo. Proprio per preservare il pluralismo il costituzionalismo si presenta come insieme delle tecniche di razionalizzazione del potere e qui il grande riferimento del Professore era sicuramente Mirkine-Guetzévitch più che Weber. Lui adorava gli scritti di Mirkine-Guetzévitch e non soltanto per i suoi studi sulle forme di governo. Lo considerava un autore importantissimo perché prima di altri aveva colto e descritto le tendenze del diritto costituzionale contemporaneo⁴⁰. Per Paolo Carrozza il diritto europeo partecipava alla funzione di razionalizzazione del potere svolta dal costituzionalismo e per questo il diritto dell'UE (e della CEDU) poteva essere oggetto di analisi da parte del costituzionalista. Questo spiega anche l'interesse per le teorie costituzionali dell'integrazione, in particolare per il c.d. costituzionalismo

³⁶Il sito ufficiale del progetto può essere consultato al seguente URL: www.stals.santannapisa.it. Attualmente il progetto è coordinato da Giacomo Delledonne, Filippo Fontanelli e dal sottoscritto.

³⁷G. Steiner, *Dopo Babele. Aspetti del linguaggio e della traduzione*, Milano, 1994.

³⁸G. Itzcovich, *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in *Diritto pubblico*, 2005, 749 ss.

³⁹“La seconda individua invece una serie di concetti utili a descrivere diversi aspetti del processo di integrazione europea. Tra questi particolarmente interessanti sono la distinzione tra unificazione, integrazione e costruzione, che indicano rispettivamente il significato complessivo del processo, il suo aspetto economico ovvero i settori dell'integrazione, e la costruzione di istituzioni sopranazionali che l'accompagna, per cui l'avanzamento dell'unificazione è funzione dell'integrazione e della costruzione”, R. Castaldi, *Federalismo e integrazione europea*, disponibile su www.csfederalismo.it/

⁴⁰B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Parigi, 1931.

multilivello, formula onnipresente nel dibattito internazionale e coniata da Pernice⁴¹. Si tratta di una teoria che già è stata fatta oggetto di molte critiche⁴² proprio per la sua propensione a sottovalutare il problema del conflitto fra “livelli” e che concepisce la Costituzione europea come frutto dell’interazione fra livelli. Va subito detto che, per quanto condivisibili, le critiche mosse a Pernice, negli anni, hanno prodotto un “raffinamento” dell’“approccio” contestato⁴³, soprattutto guardando agli scritti di Franz Mayer – coautore dello scritto sul costituzionalismo multilivello circolato in Italia⁴⁴ – che ha dato maggiore spazio alla questione dei conflitti costituzionali⁴⁵. Secondo Mayer e Pernice⁴⁶ l’ordinamento europeo è caratterizzato da una costituzione (un *corpus* di principi fondamentali che reggono quindi il coordinamento della *polity* di riferimento e che limitano il potere esercitato dalle istituzioni) che viene definita come “integrata” o meglio – come suggerisce il titolo tradotto in francese – “*composée*” – “composita”⁴⁷, frutto del coordinamento fra (almeno) due diversi “livelli” costituzionali, quello nazionale e quello sovranazionale. Tale rappresentazione dell’ordinamento europeo prende le mosse da un dato di fatto, riscontrabile nella lettera di molte disposizioni dei Trattati: l’ordinamento dell’Unione preso in sé è un *ordinamento ontologicamente monco*, incompleto, che ha bisogno degli ordinamenti statali e che di questi si nutre, come dimostrano i veri e propri rinvii al diritto degli Stati membri contenuti nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

Allo stesso tempo, molto spesso le costituzioni nazionali rinviano al diritto (o agli obblighi imposti dal diritto) dell’Unione europea e, proprio partendo da questo duplice bisogno di completarsi, Le costituzioni nazionali ed il diritto primario (i Trattati) dell’Unione vengono descritti da Pernice e Mayer come elementi di un “sistema costituzionale unico, composito o integrato, in tedesco di un *Verfassungsverbund*, di una federazione costituzionale”⁴⁸.

Scindendo l’idea di costituzione da quella di Stato, la Costituzione europea, come concepita da Pernice, non può essere racchiusa in un testo:

⁴¹ I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism*, cit., 703 ss.

⁴² Per tutti si veda, ovviamente, M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.

⁴³ L’uso incerto dei termini “approccio” e “teoria” è voluto ed è spia dell’ambiguo *status* del pensiero di Pernice.

⁴⁴ F. Mayer, I. Pernice, *La Costituzione integrata dell’Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 43.

⁴⁵ Fra i tanti: F. Mayer, “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System”, 2003, <https://www.rewi.huberlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2003/whi-paper1503.pdf>

⁴⁶ F. Mayer, I. Pernice., *La Costituzione integrata* cit.

⁴⁷ F. Mayer, I. Pernice, *De la Constitution Composée de l’Europe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2000, 623 ss.

⁴⁸ Il testo continua così: “oppure, più semplicemente, [proponiamo] di considerare questo insieme di norme costituzionali a due livelli come la Costituzione integrata” Mayer F., Pernice I., *La Costituzione integrata* cit., p. 49.

è piuttosto un processo che vive di continue integrazioni, flessibile ed aperto, che non è manifestazione di un ordinamento statico, ma il risultato (continuamente in rivisitazione) di un processo costituzionale, spettro dell'incessante dinamica integrativa.

Paolo Carrozza aveva un approccio critico rispetto all'idea di costituzionalismo multilivello; non gli piaceva nemmeno il termine "livello" e riteneva questa rappresentazione gerarchica. Non a caso condivideva molte delle sue perplessità con Leonard Besselink, autore di un libro ferocemente critico nei confronti del pensiero di Pernice⁴⁹. Proprio Besselink venne invitato ad aprire il progetto STALS con un seminario dal titolo *The Notion and Nature of the European Constitution after the Reform Treaty*⁵⁰. Tuttavia, al netto di questi "difetti" e, coerentemente con la sua natura di uomo mite e dal carattere aperto, Paolo Carrozza scorgeva in quest'approccio del potenziale; soprattutto l'idea della continua interazione fra "livelli" gli ricordava quanto scritto in Italia da Spadaro con riferimento al passaggio dalla "Costituzione come atto alla Costituzione come processo"⁵¹. Per questo, nei suoi lavori, il Professore cercava di completare tale prospettiva con un ritorno a Kelsen.

L'ultima fase dell'Opera di Paolo Carrozza è stata infatti profondamente segnata tanto dalle riflessioni sul c.d. costituzionalismo multilivello⁵² quanto dalla rilettura di Kelsen.

In uno dei suoi ultimi scritti Il Professore sosteneva l'impossibilità di non dirsi kelseniani e l'attualità del grande pensatore di Praga nella riflessione giuridica contemporanea, dato che "contemporary jurists and lawyers are much more Kelsenian than generally supposed"⁵³.

Del resto, il Professore non aveva mai abbandonato Kelsen e questo può apparire paradossale per un autore che tante pagine aveva dedicato al concetto di rete e agli studi di Elazar⁵⁴.

L'immagine della rete è stata adottata dagli scienziati sociali anche e soprattutto in opposizione al modello gerarchico-piramidale, essendo caratterizzata dall'idea di "parità" fra gli attori, elemento che, per forza di cose, finisce per esaltare il metodo dialogico.

Secondo l'immagine della rete, alla verticalità e all'imposizione si contrappongono (senza sostituirsi del tutto) forme di produzione normativa

⁴⁹ Si veda L. Besselink, *A Composite European Constitution/Een Samengestelde Europese Constitutie*, Groningen, 2007.

⁵⁰ Era il 25 febbraio 2008. Qui il testo del suo intervento: L. Besselink, *The Notion and Nature of the European Constitution after the Reform Treaty*, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086189

⁵¹ A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 343 ss.

⁵² P. Carrozza, *El "Multilevel constitutionalism" y el sistema de fuentes del derecho*, in *Revista española de derecho europeo*, 2006, 341 ss.

⁵³ P. Carrozza, *Kelsen and contemporary constitutionalism*, cit. 55.

⁵⁴ D. Elazar, *Idee*, cit.

e dinamiche giuridico-politiche fondate sull'orizzontalità, in un contesto che favorisce l'integrazione e la cooperazione secondo modelli di coordinamento autonomi.

In questo scenario le istituzioni classiche vengono “destrutturate” e con esse anche la fondamentale distinzione fra diritto pubblico e privato si incrina⁵⁵: il diritto del potere incontra la quintessenza dell'autonomia privata e il risultato di tale commistione è quel diritto “partecipato”, “convenzionale”, in cui il soggetto privato ha un ruolo privilegiato. Si tratta di riflessioni che sarebbero poi state sviluppate, fra i suoi allievi, soprattutto da Emiliano Frediani⁵⁶, in particolare nella sua prima monografia a cui il Professore aveva contribuito con una bella *Prefazione*⁵⁷.

Nel passaggio dalla piramide alla rete, per ricordare il titolo di un libro che il Professore spesso citava⁵⁸, Paolo Carrozza aveva dunque cercato una difficile sintesi fra due pensatori – Kelsen ed Elazar – che aveva molto amato. A differenza di Kelsen non pensava che fosse necessario rimuovere il concetto di sovranità⁵⁹ e a differenza di Friedrich non escludeva che potesse esserci un sovrano in un sistema federale⁶⁰. Questo dimostra anche l'autonomia del pensiero del Professore rispetto ai maestri silenziosi che tanto amava richiamare. In serie di scritti Paolo Carrozza arrivava a parlare di una “sovranità reticolare”⁶¹, mostrandosi aperto al cambiamento senza però abbandonare totalmente il “bagaglio culturale”⁶² del costituzionalista positivista:

“Il problema di fondo è che la dimensione europea e locale (regionale ma anche municipale, almeno con riferimento ai diritti sociali) dei diritti e del potere sta delineando una forma di sovranità «reticolare» molto diversa e distante da quella, imperniata sull'ordine gerarchico e sulla *reductio ad unitatem*, che ha caratterizzato almeno due secoli della nostra storia. Con questa nuova forma di sovranità, per sua

⁵⁵ M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

⁵⁶ E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Pisa, 2010.

⁵⁷ “La tensione fra la domanda di stato, di sfera pubblica regolatrice dei tanti fenomeni di anarchia e di inefficienza del mercato globale, e l'incapacità di ciascun stato nazione di affrontare da solo le sfide poste da tali domande diviene ogni giorno più evidente: non solo, dunque, l'effetto politico-istituzionale dei processi di globalizzazione è stato quello di erodere progressivamente la “sovranità” dei singoli stati, verso l'alto, verso una dimensione sovranazionale che si articola e si frammenta in tanti ordinamenti produttori di diritto globale, e verso il basso, verso una dimensione sub-statale”, P. Carrozza, *Prefazione* a E. Frediani, *La produzione*, cit. 17 ss., 7.

⁵⁸ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

⁵⁹ H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, Milano, 1989.

⁶⁰ C.J. Friedrich, *Trends of Federalism*, cit., 8.

⁶¹ P. Carrozza, *Le riforme degli anni Novanta in Italia: decentramento e semplificazione dinanzi alla sfida della sovranità reticolare*, in *Quaderni del Seminario di Studi Parlamentari S. Tosi*, Quaderno XIII, Torino, 2001, 105 ss.

⁶² P. Carrozza, *Tradizioni costituzionali comuni, margine di apprezzamento e rapporti tra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo: quali diritti?*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 567 ss., 569.

natura sfuggente e poliedrica, incapace di esprimere un centro ed un'origine ma piuttosto diretta a coordinare la molteplicità di centri decisionali come la molteplicità di diritti e di tecniche di protezione dei diritti che caratterizzano questa fase di sviluppo delle istituzioni, bisognerà imparare a fare i conti”⁶³.

Paolo Carrozza, del resto, era così: sempre interessato alle nuove idee che emergevano dal dibattito internazionale e che a poco a poco arrivavano in quello nazionale. Raramente rispondeva alle novità con approccio conservatore. Era sempre aperto al confronto, anche e soprattutto con i giovani, le cui idee non stroncava mai, ma cercava di testare con il ricorso ai classici, consapevole della natura culturale del diritto.

Il diritto europeo produce imbarazzo fra i cultori del diritto costituzionale che sembrano soffrire, scriveva il Professore, di un “complesso di inferiorità nei confronti degli internazionalisti”⁶⁴. Come rimediare? Completando, in qualche modo, la prospettiva offerta dal *multilevel constitutionalism* con il ritorno a Kelsen. Per il Professore, infatti, l'appello a Kelsen era necessario per legittimare un approccio di diritto costituzionale al diritto dell'Unione, superando così quel complesso di inferiorità:

“The continued utility of the Kelsenian approach (and, in particular, of the Stufenbau theory) has been an integral element of my work in order to explain that what appears to many international lawyers as a typical matter of international law (the European Union's secondary norms and their relations with the legal orders of member states) as one which could be better explained as a problem of constitutional law [...] It was the European Court of Justice which created, and continues to repeat a mistaken legal definition when it declared as inconsistent with European law any domestic law in potential conflict with the Treaties and applies to European law to the particular case. It would be better for it not to speak about supremacy but, rather, about a lack of competence of the legislators of Member states, due to the fact that Treaties have accorded competence in the matter to European law and the Member states have provided consent that (valid, competent) European law has direct effect in their respective legal orders, thus prevailing over their domestic law (regardless of whether this law is enacted through the form of a directive or a regulation)..

It is a question of competence, not of hierarchy; hence, it becomes a question of constitutional law and not of international law”⁶⁵.

Muovendo da queste considerazioni, Paolo Carrozza indagava a fondo le analogie esistenti fra il diritto statunitense e il processo integrativo sovranazionale, dando particolare attenzione a quelli che La Pergola aveva chiamato i “residui contrattualistici del federalismo”⁶⁶. Si tratta di una

⁶³ P. Carrozza, *Tradizioni costituzionali comuni*, cit, 575.

⁶⁴ P. Carrozza, *Sistema delle fonti*, cit., 256.

⁶⁵ P. Carrozza, *Kelsen and contemporary constitutionalism*, cit. 76-77.

⁶⁶ A. La Pergola, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969.

precisazione importante perché in Carrozza la comparazione non era solo sincronica, ma soprattutto diacronica (sulla scia dell'insegnamento di Pizzorusso).

In altre parole, nel suo comparare il Professore era consapevole dell'inesistenza di un unico federalismo statunitense. Al contrario, sapeva perfettamente che, specie all'inizio dell'esperienza federale americana, vi erano state diverse idee del federalismo, alcune delle quali sarebbero poi diventate minoritarie all'indomani della guerra di secessione. Non è un caso allora che persino nelle dense pagine del manuale Laterza⁶⁷ Paolo Carrozza citasse, ad esempio, Calhoun⁶⁸, noto campione della *Compact Theory*. Non è nemmeno un caso che Paolo Carrozza dedicasse nelle sue trattazioni ampio spazio alla battaglia sulla *incorporation* e alle note vicende del *Bill of Rights*, i cui limiti di applicazione⁶⁹ ci ricordano, oggi, quelli di cui si scrive nell'art. 51 della Carta dei diritti dell'Unione europea⁷⁰.

4. L'importanza dell'apertura del costituzionalismo post-totalitario

Rimane da trattare il quarto punto: Paolo Carrozza e il problema dello "statualismo"⁷¹ metodologico di coloro che negano la plausibilità di un diritto costituzionale europeo data l'assenza di tutta una serie di elementi che hanno invece caratterizzato l'esperienza costituzionale statale. A questa linea di pensiero il Professore rispondeva che "non è detto che l'apparato concettuale fornito dallo «statualismo», dal costituzionalismo prodotto dalle rivoluzioni liberali, risulti del tutto idoneo a descrivere ed ordinare questa nuova realtà"⁷². Tuttavia, per il Professore, ciò non negava necessariamente la

⁶⁷ P. Carrozza, *I rapporti centro – periferia*, cit., 764.

⁶⁸ Sul pensiero di Calhoun si veda: M. L. Salvadori, *Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante*, Roma-Bari, 1996.

⁶⁹ Come spiega bene Bassani: "Il documento imponeva restrizioni nei confronti del governo federale e nessuna nei confronti degli Stati. Tanto che nei primi decenni di vita dell'unione era convinzione comune che il Bill of Rights non si applicasse agli Stati, ma solo al potere federale. Inoltre, molte costituzioni statali, spesso più antiche di quella federale, inglobavano specifiche carte dei diritti volte a tutelare i propri abitanti. Per gli interpreti americani grosso modo fino alla guerra civile, il Bill of Rights doveva essere preso letteralmente: 'Congress shall make no laws' significa appunto che il limite si applicava al congresso degli Stati Uniti, non alle autorità governamentali degli Stati", L. M. Bassani, *Stati e Costituzione: il federalismo autentico di John C. Calhoun (1782-1850)*, in *Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, 2015, 291 ss., 295.

⁷⁰ Art. 51 CDFUE: "1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.

2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati".

⁷¹ P. Carrozza, *Tradizioni costituzionali comuni*, cit 573.

⁷² P. Carrozza, *Tradizioni costituzionali comuni*, cit 575.

natura costituzionale di alcune dinamiche che caratterizzano l'ordinamento sovranazionale. Come conciliare, tuttavia, la sovranità costituzionale nazionale e l'evoluzione dinamica del diritto dell'UE?

Paolo Carrozza nelle sue riflessioni sul potere costituente evidenziava in particolare l'importanza del concetto di apertura⁷³ nelle costituzioni post-totalitarie e in quelle riflessioni si ritrovano argomenti importanti per contestare la falsa dicotomia pluralismo *versus* costituzionalismo che tanto successo ha avuto dopo la pubblicazione del libro *Beyond Constitutionalism* di Nico Krisch⁷⁴.

In quel noto volume Krisch descrive il costituzionalismo come strutturalmente gerarchico ed olistico, preferendogli il pluralismo perché apparentemente più rispettoso delle identità caratterizzanti il contesto postnazionale. “Olistico” è l'aggettivo che usa Krisch stesso con riferimento all'ambizione - a suo avviso propria del costituzionalismo - di costruire un “comprehensive, justified political order”⁷⁵.

In questo scenario, infatti, “olismo” sembra riferirsi anche ad un contesto caratterizzato da chiusura e in questo senso Krisch contrappone all'olismo del paradigma costituzionalistico l'apertura favorita dall'approccio pluralistico⁷⁶:

“Pluralism’s openness may bring with it certain risks, but it also has significant advantages over more rigidly constitutionalized structures, especially as regards the processes of adaptation and change so pervasive in postnational politics. It also has important strengths in democratic terms – not only because it gives contestation greater space but also because it reflects social indecision about which polity should govern transboundary issues. National, regional, and global polities often compete here, all with strong normative grounding and significant loyalties. *Pluralism, unlike constitutionalism, does not need to decide hierarchies between them; it can grant them space for competition, mutual accommodation, and perhaps eventual settlement. Pluralism’s institutional openness thus corresponds with the openness and fluidity of postnational society in a way constitutionalism, tailored to less heterogeneous societies, does not*”⁷⁷ (corsivo aggiunto).

Pur non essendo esclusivamente dedicato al diritto dell'Unione europea, il lavoro di Krisch non si fa mancare incursioni in quel “terreno” giuridico. Proprio il contesto sovranazionale rappresenta, da un lato, il punto di partenza della digressione dell'autore sulla polisemia delle formule “costituzionalismo” e “costituzionalizzazione” e, dall'altro, anche uno dei

⁷³ P. Carrozza, *Constitutionalism’s Post-modern Opening*, cit.

⁷⁴ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit.

⁷⁵ N. Krisch, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, cit, 253.

⁷⁶ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., 303-304.

⁷⁷ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., 26.

“casi di studio” scelti nella seconda parte del libro (quella dedicata alla “open architecture of European human rights law”⁷⁸).

Guardando al dibattito europeo, Krisch scorge tre significati della nozione di “costituzionalizzazione”: legalizzazione dello spazio politico europeo, progressiva gerarchizzazione del diritto sovranazionale e, infine, costituzionalizzazione (e costituzione) come processo – piuttosto che come atto puntuale – basato su dinamiche partecipative e dialogico - inclusive⁷⁹.

Krisch scrive quindi apertamente di fallimento costituzionale europeo⁸⁰ e lo fa perché, a suo avviso, il contesto sovranazionale non è altro che un pezzo del mosaico postnazionale.

Tuttavia, come spiegato in altra sede in maniera dettagliata⁸¹, difficilmente gli studiosi del diritto costituzionale accetterebbero la nozione di costituzionalismo consegnata da questo dibattito; anzi, probabilmente vi scorgerebbero un *quid* estraneo al proprio bagaglio concettuale. Come ricordato, tutto il costituzionalismo del dopoguerra si alimenta di testi aperti, che hanno finito per cercare l’etero-integrazione, specie nel diritto dei diritti fondamentali, non chiudendosi ma, anzi, tentando di trovare corrispondenze nel linguaggio e nella sostanza delle varie convenzioni internazionali sui diritti umani, secondo un modello che è stato definito “reticolare”⁸².

Questo carattere aperto del diritto costituzionale è evidenziato in un saggio scritto⁸³ da Paolo Carrozza per un volume collettaneo curato da Loughlin e Walker, in cui il Professore “faceva i conti” con la teoria radicale del potere costituente e legava l’apertura del costituzionalismo post-totalitario al fenomeno delle costituzioni “nate dalla Resistenza”, per dirla con Mortati⁸⁴. Ancora una volta la comparazione era centrale nella riflessione del Professore. Per esempio, con riferimento al “dogma” del potere costituente la comparazione ci dimostra molte cose interessanti. L’ossessione per il potere costituente e del momento costituzionale, da ricercare ad ogni costo, ha portato spesso a descrivere il Regno Unito come unico esempio di costituzionalismo evolutivo (i.e. non rivoluzionario) in Europa, ma in realtà molte altre esperienze, dotate di costituzioni scritte, vivono un rapporto più che problematico con la “finzione” del potere

⁷⁸ N. Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *Modern Law Review*, 2008, 183-216.

⁷⁹ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., 29-31.

⁸⁰ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., 30.

⁸¹ G. Martinico, *Apertura ed olismo nel diritto costituzionale postnazionale. Appunti per una critica al pluralismo di Nico Krisch*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 103 ss.

⁸² Si vedano, fra gli altri, R. Bustos, *La Constitución Red. Un Estudio Sobre Supraestatalidad y Constitución*, IVAP, 2005.

⁸³ P. Carrozza, *Constitutionalism’s Post-modern Opening*, cit.

⁸⁴ C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, 222.

costituente. Si pensi al caso tedesco⁸⁵, ad esempio, o se vogliamo anche a quello francese del 1958. Si tengano a mente anche tutti quei Paesi che non hanno un documento chiamato formalmente “costituzione” (la Svezia, i Paesi Bassi e la stessa Germania) o ai Paesi dell’Europa dell’Est caratterizzati da processi costituenti “atipici”, perché influenzati dalla comunità internazionale. La comparazione dice molto anche con riferimento all’apertura come tratto caratteristico del costituzionalismo post-totalitario e proprio non soltanto del contesto italiano. Si pensi a tutte quelle costituzioni che hanno deliberatamente optato per un sistema caratterizzato dalla grande interazione fra diritto interno e internazionale, per esempio il caso spagnolo (con l’art. 10.2)⁸⁶, quello portoghese⁸⁷ o, più recentemente, quelli bulgaro⁸⁸ e rumeno⁸⁹.

Ancora, si tengano a mente contesti quali quello belga, quello lussemburghese o quello olandese, in cui il diritto internazionale forma parte dell’ordinamento in virtù di un approccio monista⁹⁰.

Anche in altri contesti le Corti costituzionali hanno espressamente riconosciuto un principio di apertura dei loro testi alle convenzioni di diritto internazionale: è, ad esempio, il caso della Germania⁹¹. Ovviamente i diritti umani (anzi, i diritti fondamentali) hanno avuto un ruolo centrale in questo processo.

Tutto questo per dire, se non fosse ancora chiaro, che le costituzioni non rappresentano quel vertice di un sistema chiuso descritto da Krisch, anzi, esse sono parte del sistema, un sistema aperto dove i principi generali svolgono il ruolo di canali di scambio normativo, senza che ciò impedisca l’emersione di conflitti, espressione di una tensione fra aspirazioni universali di giustizia e identità territoriale⁹². Qui il cerchio si chiude e si ritorna idealmente alle conclusioni della nota voce *Nazione*⁹³ - redatta per il *Digesto delle discipline pubblicistiche* - che si caratterizzavano proprio per l’enfasi posta sulla crisi degli Stati-Nazione, sulla necessaria interdipendenza fra sistemi politici e giuridici e, soprattutto, sulle sfide poste dal multiculturalismo.

⁸⁵ C. Möllers, *We are (afraid of) the people: Constituent Power in German Constitutionalism*, in M Loughlin, N. Walker (a cura), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 87 ss.

⁸⁶ Art. 10 della Costituzione spagnola.

⁸⁷ Art. 16 della Costituzione portoghese.

⁸⁸ Art. 5 della Costituzione bulgara.

⁸⁹ Art. 20 della Costituzione rumena.

⁹⁰ E. de Wet, “Belgium and the Netherlands”, in H. Keller, A. Stone Sweet (a cura) *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 235 ss.

⁹¹ Si veda, ad esempio, la pronuncia *Görgülü* del *Bundesverfassungsgericht* 2 BvR 1481/04 del 14 ottobre 2004.

⁹² P. Carrozza, *Constitutionalism’s Post-modern Opening*, cit. 183.

⁹³ P. Carrozza, *Nazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, 126 ss.