

# Trasformazioni costituzionali giurisprudenziali e difetto di costituzionalismo politico nell'Unione europea, ritornando sulla (ricorrente) comparazione con l'esperienza statunitense

di Matteo Frau

**Abstract: Constitutional transformations and lack of political constitutionalism in the European Union, returning to the classic comparison with the US experience** – The American Compact Theory seems to be suitable to explain some European *Staatenverbund*'s dynamics. In fact, despite its non-state nature, the European commonwealth still needs to be legitimate by the European Peoples thru the adoption of a federal Constitution. A true European federal Constitution could also avoid the ECJ's excesses in constitutional transformative rulings. The lack of political constitutionalism in the European Union's transformations should be reconsidered in the light of a 'European Compact Theory'. In this different perspective it is better to refer to a lack of 'constitutionalism by the People(s)'.

**Keywords:** Constitutional transformations; Political constitutionalism; Compact theory; Judicial policy making; European constitutional law

1. Introduzione. I mutamenti costituzionali (senza Costituzione) dell'ordinamento multilivello e la comparazione con il federalismo statunitense

Per approcciare efficacemente il tema dei mutamenti costituzionali dell'ordinamento sovranazionale europeo si può partire da questa considerazione di Roberto Bin: «Quando si annuncia o si denuncia un “mutamento” è opportuno precisare che cosa era e che cosa è diventata la cosa mutata»; quando poi «si denuncia “un mutamento costituzionale” questo compito si fa particolarmente urgente e complicato», poiché la Costituzione «è un atto normativo, pone un dover essere, ossia la premessa di un giudizio che si esprime in termini di legittimità/illegittimità»<sup>1</sup>.

Qual è allora la premessa normativa fondamentale dei mutamenti costituzionali incorsi, per via interpretativa e applicativa, nell'ordinamento (integrato) comunitario-eurounitario?

---

<sup>1</sup> R. Bin, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Dir. cost.*, 1, 2020, 23.

Rinviando ai numerosi studi dedicati ai mutamenti costituzionali<sup>2</sup> e lasciando per ora sullo sfondo il complesso dibattito teorico che ha preceduto e seguito il “naufragio” del Trattato di Roma del 2004 (dibattito che attiene, per usare la felice sintesi proposta da Neil Walker, all’alternativa prospettica tra la «small c» o la «big C» della presunta o futuribile Costituzione europea<sup>3</sup>), partiamo dalla constatazione di un dato di partenza solo apparentemente banale, che coincide con la seguente affermazione: i popoli degli Stati membri dell’Unione europea non hanno mai ratificato un documento politico paragonabile a una Costituzione federale, né nel significato “minimo” (e jeffersoniano<sup>4</sup>) di *constitutional compact*, né tantomeno in quello assai più pregnante di contratto sociale e di atto fondativo di una nazione. Semmai, due di questi “popoli” si opposero, nelle consultazioni referendarie svoltesi in Francia e nei Paesi Bassi nella tarda primavera del 2005, alla ratifica del citato Trattato di Roma, che, all’esito di un lungo percorso avviato dalla Dichiarazione di Laeken del 15 dicembre 2001, *adottava una Costituzione per l’Europa*<sup>5</sup>, codificando alcuni principi costituzionali sovranazionali in parte già affermatasi in via giurisprudenziale.

Né può supplire a questa esplicita, ancorché parziale, bocciatura dal “basso” la circostanza che molte delle innovazioni inserite nel Trattato costituzionale siano state successivamente recepite, una volta bandita la parola «Costituzione», dal Trattato di Lisbona del 2007, poiché in quel caso si seguì una procedura di revisione dei Trattati più ortodossa e si tentò di non incorrere in altri possibili “incidenti di percorso” in fase di ratifica. E,

---

<sup>2</sup> Senza qui richiamare gli studi più noti e più risalenti (come quelli di Georg Jellinek, Santi Romano e Costantino Mortati), basti rinviare, limitandosi ai contributi più recenti della dottrina italiana, oltre all’articolo di Bin citato nella nota precedente, a S. Bartole, *Identità e trasformazioni costituzionali*, in *Dir. cost.*, 1, 2020, 9 ss.; Id., *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Riv. AIC*, 1, 2019, 34 ss.; A. Ruggeri, *Lo Stato costituzionale e le sue mutazioni genetiche*, in *Quad. cost.*, 2014, 837 ss.; A. Mangia, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Dir. cost.*, 1, 2020, 75 ss.; M. Carducci (a cura di), *I mutamenti costituzionali informali come oggetto di comparazione*, in *DPCE*, 2009, 1643-1921.

<sup>3</sup> V. N. Walker, *Big ‘C’ or Small ‘c’?*, in 12 *ELJ* 1, 12 (2006); Id., *The European Union’s Unresolved Constitution*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1185 ss.

<sup>4</sup> Sulla *compact theory* propugnata da Jefferson v. *infra*, par. 3. Sulla visione di Jefferson in generale v., oltre a L.M. Bassani, *Il pensiero politico di Thomas Jefferson. Libertà, proprietà e autogoverno*, Milano, 2002, più di recente, l’approfondita sezione monografica dedicata a Jefferson di *Diritti Comparati*, 1, 2021, che pubblica gli atti del VI Convegno annuale della Rivista.

<sup>5</sup> V., tra gli altri, G.G. Floridia, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003; A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003; F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2003. Non si può peraltro dimenticare il precedente progetto degli anni Cinquanta relativo alla costituzione della Comunità politica europea (CPE), subordinato alla ratifica (mai intervenuta) del Trattato istitutivo della Comunità europea di difesa (CED). V. in proposito D. Preda, *De Gasperi, Spinelli e l’art. 38 della CED*, in *Il Politico*, 1989, 575-595.

ciononostante, l'unico referendum popolare a svolgersi nell'occasione, che fu quello irlandese, ebbe esito negativo, sicché si rese necessario accompagnare il popolo dell'Isola di smeraldo nuovamente alle urne.

Non è un caso che nel suo recente libro dedicato allo studio comparativo delle *Revolutionary Constitutions* e ai differenti modelli di legittimazione dei processi costituzionali Bruce Ackerman consideri il fallimento del Trattato di Roma del 2004 come la grande occasione mancata dell'Unione europea per un decisivo salto di qualità del relativo *pathway of legitimation*<sup>6</sup>. Un aspetto, questo, che Ackerman reputa essere stato semplicemente «ignorato» dagli studiosi che enfatizzano la continuità normativa tra il naufragato Trattato costituzionale e il successivo Trattato di Lisbona: «But the Lisbon agreement and later accords were elite constructions that tried to avoid self-conscious consideration of their merits by ordinary citizens»<sup>7</sup>.

Il problema della Costituzione europea non è quindi solo un problema di contenuti normativi ma è anche e soprattutto un problema di legittimazione politica e democratica del cammino di integrazione federalista, posto che l'assenza dell'iniziale patto costituzionale influenza negativamente la legittimità e la qualità delle successive «modificazioni» (e soprattutto delle «trasformazioni») costituzionali<sup>8</sup>.

Eppure, contro le tesi che ritengono necessario o utile dotare l'Unione europea di una sua Costituzione formale<sup>9</sup> si è espresso uno dei più autorevoli interpreti e sostenitori della c.d. costituzionalizzazione dei Trattati, Joseph Weiler. Egli non nasconde affatto il dato oggettivo dell'assenza di una Costituzione sovranazionale connessa all'esercizio di un valido potere costituente: «l'architettura costituzionale europea non è mai stata convalidata dalla procedura di adozione di una Costituzione da parte di un *demos* europeo [...]». In altre parole, abbiamo qui una Costituzione priva di alcune condizioni normalmente proprie del costituzionalismo<sup>10</sup>. Nondimeno, Weiler difende strenuamente la struttura aperta della «paracostituzione» europea, convinto che «l'unicità del federalismo costituzionale europeo, nella sua forma attuale, rappresenti non solo la sua più originale

<sup>6</sup> B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge (MA), 2019, 22.

<sup>7</sup> *Ivi*, 22-23.

<sup>8</sup> Sulla distinzione tra «modificazioni» (mutamenti «meno traumatici» e «più circoscritti») e «trasformazioni» («processi ed eventi che mettono in giuoco la stessa identità costituzionale») cfr. S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, cit., 34-35.

<sup>9</sup> Tra i sostenitori di queste tesi v. da ultimo, per la dottrina italiana, A. Ciancio, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?*, in questa *Rivista*, 1, 2021, 117-130.

<sup>10</sup> J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 25. Il fenomeno delle Costituzioni avulse dal costituzionalismo non è peraltro sconosciuto nell'analisi comparativa, come dimostra A. Rinella, *Constitutions without constitutionalism*, in *Rev. gen. derecho público comp.*, 21, 2017, 1-18.

risorsa politica, bensì anche il suo più profondo insieme di valori»<sup>11</sup>. Dunque, non ci sarebbe alcun bisogno di una «Costituzione formale» dell'Europa, idea che peraltro presenta contorni incerti già nell'ambito della sua teorizzazione, ove si tende a ibridare il concetto di *Grundnorm* (il «Santo Graal kelseniano») con un'interpretazione tutta tesa alla ricerca della «sorgente ultima dell'autorità» («in termini tipicamente schmittiani») <sup>12</sup>. Piuttosto – afferma Weiler – l'essenza valoriale del federalismo costituzionale europeo risiederebbe nell'idea del «principio della tolleranza costituzionale europea»<sup>13</sup>. E così, in una sorta di sublimazione del vuoto di potere costituente e di costituzionalismo popolare che contraddistingue il federalismo eurounitario, il provvidenziale principio di tolleranza informa di sé l'evoluzione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli europei e tra le relative identità costituzionali, costringendo tutti gli attori, ad ogni livello, a venire incontro all'*altro* nell'avanzamento del processo federatore (un effetto di inclusione dell'*altro* che riecheggia dunque quello riconducibile alla “sfuggente” categoria di Habermas del *constitutional patriotism*<sup>14</sup>). Da questa impostazione discende, in definitiva, il favore accordato a mutamenti costituzionali spontanei del sistema multilivello nella cornice non già di una Costituzione (in senso kelseniano o schmittiano o ibrido), ma semmai di un principio – solo apparentemente neutrale – di tolleranza costituzionale<sup>15</sup>.

Curiosamente, Ackerman rinviene invece proprio nell'impossibilità di individuare un modello comune di integrazione costituzionale il problema che sta alla base delle recenti crisi del federalismo europeo<sup>16</sup>.

In ogni caso, a prescindere dal valore che si vuole attribuire al principio di tolleranza costituzionale, l'assenza della cornice costituzionale federale sembra rappresentare un problema insormontabile in relazione all'esigenza di rinvenire il necessario parametro di riferimento (e contenimento) delle continue trasformazioni costituzionali “bidirezionali” del sistema eurounitario. Tanto più che le principali, tra queste trasformazioni, derivano proprio dalla libera manipolazione della materia costituzionale ad opera di un potente apparato giudiziario sovranazionale non adeguatamente bilanciato dalle istituzioni politiche.

---

<sup>11</sup> J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo*, cit., 29.

<sup>12</sup> *Ivi*, 28.

<sup>13</sup> *Ivi*, 31.

<sup>14</sup> J. Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge (MA), 1998, 225 ss.; Id., *The Postnational Constellation. Political Essays*, Cambridge (MA), 2001. Per un'analisi approfondita della categoria del patriottismo costituzionale, con una riflessione intorno alla dubbia idoneità di questa teoria politica a offrire un valido modello di integrazione sociale per l'Unione europea v. V. Breda, *Constitutional Patriotism*, in M. Sellers, S. Kirste (Eds), *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, Dordrecht, 2017, 247 ss.

<sup>15</sup> J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo*, cit., 31 ss.

<sup>16</sup> «Because its member states emerge from different legitimation-paradigms, they don't even agree on the appropriate path to take in resolving the crises that threaten to rip the Union apart» (B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 22).

Il che dimostra, tra l'altro, come la possibilità di applicare all'Unione europea un «concetto descrittivo»<sup>17</sup> o comunque *sui generis* di Costituzione (ad esempio Costituzione multilivello<sup>18</sup>, Costituzione dinamica o Costituzione «in divenire»<sup>19</sup>) lasci pressoché intatto il problema dell'assenza di una Costituzione (federale) nella sua «concezione prescrittiva»<sup>20</sup>.

Sergio Bartole svolge una considerazione particolarmente illuminante per gli scopi della presente ricerca: «La riaffermazione del ruolo centrale del testo costituzionale è la necessaria premessa dell'avere legato il fenomeno delle modifiche tacite del diritto costituzionale agli sviluppi interpretativi di quel testo, il quale è ad un tempo termine di riferimento delle scelte potenzialmente mutevoli degli interpreti e *contesto obbligato* [enfasi aggiunta] per la collocazione sistematica dei risultati di quelle scelte»<sup>21</sup>.

L'aporia di cui si discute nasce dal fatto che l'Unione europea, poco importa se intesa come *Staatenverbund*<sup>22</sup> o come *Verfassungsverbund*<sup>23</sup>, pur

<sup>17</sup> Per una ricostruzione di queste posizioni dottrinali e per i relativi riferimenti bibliografici v. F. Bruno, *Stati membri e Unione europea. Il difficile cammino dell'integrazione*, Torino, 2012, 14.

<sup>18</sup> Secondo I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in 36 *C. Mkt. L. Rev.* 707 (1999): «The question "Does Europe need a Constitution" [D. Grimm, Does Europe need a Constitution?, in 1 *Eur. L. J.* 282 (1995)] is not relevant, because Europe already has a "multilevel constitution": a constitution made up of the constitutions of the Member States bound together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaties (*Verfassungsverbund*)». Cfr., in questo senso, anche A. Manzella, *Dopo Amsterdam. L'identità costituzionale dell'Unione europea*, in *il Mulino*, 1997, 920.

<sup>19</sup> A. Barbera, *Esiste una Costituzione europea?*, in *Quad. cost.*, 2000, 59 ss.

<sup>20</sup> Sulle tesi dottrinali che, basandosi su di una concezione prescrittiva di Costituzione, escludono la possibilità di configurare una Costituzione europea v. F. Bruno, *Stati membri e Unione europea*, cit., 15-16.

<sup>21</sup> S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, cit., 40.

<sup>22</sup> Il *Bundesverfassungsgericht* definì l'Unione europea come *Staatenverbund* (unione o interconnessione di Stati) in occasione del Trattato di Maastricht, ribadendo poi questa lettura anche in relazione all'attuale assetto ordinamentale sovranazionale, nella sentenza del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona (BVerfGE 123, 267). Su questa importante pronuncia del 2009 v., tra gli altri, F. Schorkopf, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in 10 *German L. J.* 8, 1219 (2009); AA.VV., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, raccolta delle relazioni e degli interventi del seminario di Astrid svoltosi a Roma il 21 settembre 2009, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) (tra cui, in particolare, v. G. Ferrara, *In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*); L. Violini, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in *Astrid*, 21, 2009; più recentemente, A. Di Martino, *Staaten- o Verfassungs- Verbund? Appunti su alcune "immagini" del BVerfG e sulle relative implicazioni territoriali, in federalismi.it*, 31, 2020, 60 ss. Tra i principali sostenitori della tesi dottrinale dello *Staatenverbund* vi è D. Grimm, *Does Europe need a Constitution?*, cit.

<sup>23</sup> La tesi dell'unione di Costituzioni (*Verfassungsverbund*), tributaria del modello dello Stato costituzionale cooperativo di Häberle, è stata sviluppata soprattutto da I. Pernice, *Die dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund*, in *Europarecht*, 31, 1996, 27 ss., che la collega al concetto di costituzionalismo multilivello (v. *supra*, nota 18).

essendo da molto tempo teatro di profondi mutamenti costituzionali, è ancora oggi priva di una “sua” Costituzione formale (almeno se si ammette la possibilità di scollegare la Costituzione dalla forma statale), e cioè, citando nuovamente Bartole, dell’«inescapabile punto di riferimento al quale debbono raccordarsi tutti i processi di identificazione ed interpretazione del diritto costituzionale»<sup>24</sup>.

Il problema di fondo non è dunque, di per sé, l’assenza di una Costituzione formale europea né la dissociazione ideale tra Costituzione e diritto costituzionale (invero possibile), ma piuttosto la circostanza che la trasformazione costituzionale in senso federalista dell’Unione viene realizzata, a differenza di quanto è accaduto nell’esperienza americana, al di fuori della cornice di un’autentica Costituzione federale o quantomeno di un patto costituzionale *by the People(s)*.

Si deve subito chiarire che tale differenza non implica affatto l’imponibilità o l’inutilità della comparazione tra le dinamiche dell’ordinamento comunitario-eurounitario e il modello statunitense di Stato federale. Esattamente all’opposto, questo tipo di comparazione – ferme restando le innegabili «*methodological difficulties*»<sup>25</sup> – si è rivelato utilissimo per evidenziare sia le tendenze convergenti nell’evoluzione dei due federalismi sia, al contempo, le distanze incolmabili<sup>26</sup> che contribuiscono a spiegare il problema di ordine costituzionale attinente al processo federatore europeo.

Del resto, tra i primi a lanciare l’idea di un parallelismo tra il cammino di integrazione europea e il federalismo americano vi furono proprio alcuni studiosi statunitensi, ispirati anche dalla concezione aperta di *federalizing process* elaborata da Friedrich<sup>27</sup>. Furono soprattutto Hay e Stein a promuovere la comparazione binaria di cui si discute<sup>28</sup>. Diversamente dai primi studiosi americani che si erano interessati al fenomeno comunitario,

---

<sup>24</sup> S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, cit., 40.

<sup>25</sup> R. Dehousse, *Comparing National and EC Law: The Problem of Level of Analysis*, in 42 *Am. J. Comp. L.*, 761 (1994).

<sup>26</sup> Per F.W. Scharpf, *Democratic Legitimacy Under Conditions of Regulatory Competition: Why Europe Differs from the United States*, in K. Nicolaidis, R. Howse (Eds), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, 2001, 374, «In this regard, in short, cross-Atlantic comparison serves primarily to highlight differences, rather than to provide lessons that could be put into practice on the other shore».

<sup>27</sup> Che infatti eleva il *federalizing process* a «*universal principle of political organization*» (C.J. Friedrich, *Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals*, in A.W. MacMahon (Ed), *Federalism: Mature and Emergent*, New York, 1955, 513-514).

<sup>28</sup> P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations: Patterns for New Legal Structures*, Urbana (IL), 1966; E. Stein, *Treaty-Based Federalism, A.D. 1979: A Gloss on Covey T. Oliver at the Hague Academy*, in 127 *U. Penn. L. Rev.* 897 (1979); T. Sandalow, E. Stein (Eds), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, 1982. Per il contributo pionieristico di questi e altri studiosi americani si rinvia all’attenta ricostruzione proposta da G. Martinico, *Comparative Legal Studies and European Integration. Looking at the Origins of the Debate*, in 41 *Bol. Mex. Der. Comp.*, 859 (2008).

trattandolo nei termini di un «*incomplete federalism*»<sup>29</sup>, Hay afferma il carattere federale della Comunità europea, sostenendo che la clausola di supremazia del diritto sovranazionale sarebbe già evincibile dai Trattati e dalla volontà dei *framers* europei. Su queste basi viene avanzata la tesi per cui i trasferimenti di sovranità da parte degli Stati membri alla Comunità legittimano, negli ambiti materiali di competenza di quest'ultima, la supremazia del diritto sovranazionale (per Hay, infatti, la sovranità, intesa come «*collection of power*») non è un attributo esclusivo degli Stati)<sup>30</sup>. Donde un evidente tentativo di accostare i Trattati alla Costituzione federale americana, facendo leva su di una versione *sui generis* della tesi della sovranità ripartita.

Più tardi, anche il costituzionalista transatlantico per antonomasia, Joseph Weiler, alla cui dottrina della «tolleranza costituzionale» si è già accennato, affrontando a sua volta il tema della costituzionalizzazione dei Trattati in ottica comparativa<sup>31</sup>, ha proposto una chiave di lettura dei mutamenti costituzionali incorsi nel diritto sovranazionale europeo certamente originale, ma piena di riferimenti al federalismo americano<sup>32</sup>.

È dunque stata la stessa letteratura statunitense a sdoganare la possibilità di ricorrere ad alcune categorie, o perlomeno ad alcune etichette, tratte dal diritto costituzionale americano (*supremacy clause* e *preemption doctrine*, *transfer of sovereignty*, *incorporation*, etc.) per spiegare certi aspetti dell'evoluzione del federalismo-costituzionalismo europeo.

L'utilità della comparazione è stata invece esclusa da altri studiosi, in alcuni casi rovesciando le implicazioni dell'*American exceptionalism*<sup>33</sup>, in altri

<sup>29</sup> Cfr. S. Riesenfeld, R. Buxbaum, *N. V. Algemene Transport- En Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Administration Fiscale Neerlandaise: A Pioneering Decision of the Court of Justice of the European Communities*, in 58 *Am. J. Int'l L.* 1, 152 (1964); R. Buxbaum, *Incomplete Federalism: Jurisdiction Over Antitrust Matters in the European Economic Community*, in 52 *Cal. L. Rev.* 1, 89 (1964), osserva: «The 'federal' structure created by the Treaty does not pretend to be complete, and rests for its extension upon the sovereign states that created it, not upon itself».

<sup>30</sup> Cfr. P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, cit., 69 ss.

<sup>31</sup> Una costituzionalizzazione senza Costituzione, come sottolineano M. Cartabia, J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 73, nota 1, che precisano di usare il termine «costituzionalizzazione» nel senso «che la maggioranza dei principi che regolano i rapporti tra la Comunità e i suoi Stati membri si richiamano più a quelli di un ordinamento statale di tipo federale che a quelli di un'organizzazione internazionale», ciò tuttavia senza che «la Comunità sia dotata di una Costituzione».

<sup>32</sup> *Ivi*, *passim*. Circa l'approccio comparativo nell'analisi del processo di integrazione europea v. M. Cappelletti, M. Secombe, J.H.H. Weiler (Eds), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin-New York, 1986. Con riferimento, più in generale, alla trasformazione costituzionale dell'ordinamento comunitario v., tra i molti contributi del noto costituzionalista americano, J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in 100 *Yale Law Journal* 8, 2403 (1991); J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo*, cit.

<sup>33</sup> Concetto sviluppato soprattutto dai giudici Scalia e Thomas per sottolineare come l'unicità storica e la perdurante attualità dei fondamenti della Costituzione americana impediscono alla Corte suprema federale di «importare» argomenti e principi tratti dall'interpretazione

facendo leva sull'argomento della specialità del diritto comunitario rispetto al diritto internazionale e al diritto costituzionale<sup>34</sup>. Ma il ricorrente tentativo di escludere la comparabilità del diritto "speciale" sovranazionale al diritto costituzionale (americano e non), così come la moda opposta della comparazione selettiva e *functionalist* (al servizio cioè delle "prevalenti" ragioni dell'integrazione), comporta il rischio di un più o meno consapevole occultamento di eccessi e storture dell'auto-normazione del sistema europeo rispetto ai parametri evincibili dalle democrazie statuali, con particolare riguardo alla controversa questione del c.d. deficit democratico<sup>35</sup>.

Le principali elaborazioni teoriche in cui si propone un parallelismo tra l'evoluzione dell'ordinamento sovranazionale europeo e l'esperienza costituzionale degli Stati Uniti si basano sulla constatazione che il diritto comunitario-eurounitario, pur in assenza di una Costituzione formale, nondimeno è stato caratterizzato da un processo di costituzionalizzazione che ne ha radicalmente mutato la natura e dal quale sono discese «*striking similarities*» con il paradigma statunitense<sup>36</sup>.

Tuttavia, la comparazione tra il cammino dell'integrazione europea e l'evoluzione dello Stato composto americano è generalmente contraddistinta da una sorta di ricercata "presbiopia" che pone gli atti fondativi

---

costituzionale di esperienze straniere, come ricorda – condividendo solo una piccola parte di tale impostazione – B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 361-362.

<sup>34</sup> Per queste posizioni dottrinali v. ancora G. Martinico, *Comparative Legal Studies and European Integration*, cit., 880-881.

<sup>35</sup> In questo senso, alcuni hanno suggerito (cfr. A. Bleckmann, *Das europäische Demokratieprinzip*, in *JZ*, 2001, 55, citato da S. Ninatti, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Milano, 2004, 8, nota 12) di slegare del tutto il concetto di democrazia applicabile al sistema comunitario europeo dal principio della sovranità popolare, escludendo la possibilità di una comparazione con il concetto di democrazia rilevante a livello di Stati nazionali e CEDU. Dopo il fallimento del Trattato costituzionale, la dottrina più sensibile alle sorti dell'integrazione europea ha moltiplicato gli sforzi per abbandonare il "problematico" parametro statale della democrazia e per indicare una serie di soluzioni reputate più adatte alla natura dell'Unione: la democrazia discorsiva, la democrazia deliberativa e, con più fantasia, la «*multilateral democracy*» (F. Cheneval, *The Government of the Peoples: On the idea and Principles of Multilateral Democracy*, New York, 2011), la «*directly deliberative polyarchy*» (C. Sabel, J. Zeitlin (Eds), *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, Oxford, 2010), la «*demos-cratic polity*» (basata però prevalentemente sulla ricorrente formula della «*deliberative democracy*»), almeno per S. Besson, *Europe as a demos-cratic polity*, in 30 *Retfærd Årgang* 1, 15 (2007)) e la affine «*European Democracy*» (K. Nicolaïdis, *The Idea of European Democracy*, in J. Dickson, P. Eleftheriadis (Eds), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, 247-274). Sullo scarso peso del principio democratico nella costituzionalizzazione del sistema sovranazionale e nel cammino di integrazione, nonché sul paradosso per cui l'Unione esige per gli Stati membri requisiti minimi di democrazia che essa stessa non soddisfa, v. G. Majone, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, in *Stato e mercato*, 67, 2003, 3 ss. Per un inquadramento del problema nella prospettiva, qui privilegiata, della comparazione con l'esperienza americana si rinvia a F.W. Scharpf, *Democratic Legitimacy Under Conditions of Regulatory Competition*, cit., 355-374.

<sup>36</sup> Cfr. S. Fabbrini, *Transatlantic Constitutionalism: Comparing the US and the EU*, in 43 *European Journal of Political Research* 548 (2004).

dell'ordinamento comunitario in parallelo con l'approvazione della Costituzione di Philadelphia, anziché con gli Articoli di Confederazione<sup>37</sup>.

Ciò avviene anche nella comparazione condotta da Robert Schütze in tema di «*market integration*», in cui si propone una lettura sinottica tra la costruzione giurisprudenziale del «*federal market*» europeo (basata sull'interpretazione delle disposizioni di cui al capo 2 del Titolo I del Trattato CEE) e la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti in relazione alla *Commerce Clause* (art. I, sez. 8, Cost.), ammettendosi quindi implicitamente la possibilità di paragonare i Trattati istitutivi alla Costituzione statunitense<sup>38</sup>.

Il dato di partenza dell'analisi critica qui sviluppata è invece la constatazione che la progressiva costruzione dell'Unione europea e del relativo patrimonio di diritto costituzionale sovranazionale è avvenuta in assenza di quella fondamentale soluzione di continuità che nella storia (non parallela) della Confederazione americana è data dall'esercizio del potere costituente generativo dello Stato federale<sup>39</sup>. E tale vuoto costituzionale resta anche se, come sembra essere più corretto, si assume a parametro di riferimento la lettura debole dell'Unione americana propugnata da Jefferson, Madison e poi da Calhoun (*compact theory*)<sup>40</sup>, in contrapposizione a quella forte e “nazionalista”, in seguito prevalsa, avanzata dai federalisti (*contract theory*)<sup>41</sup>.

Circa il problema della perdurante assenza di un *compact by the European Peoples*, la Corte costituzionale tedesca ha assunto una posizione cristallina nel *Lissabon-Urteil* del 2009:

«La Legge fondamentale non autorizza [...] a rinunciare al diritto di autodeterminazione del popolo tedesco nella forma della sovranità internazionale della Germania, entrando in uno Stato federale. Tale passo, piuttosto, implicando il trasferimento della sovranità a un soggetto di nuova

<sup>37</sup> Un parallelismo meno “sfasato”, ma comunque inficiato dal mantenimento del richiamo alla Costituzione del 1787, è quello fra i Trattati comunitari e la sequenza delle c.d. «due Costituzioni» (Articoli di Confederazione e, appunto, Costituzione di Philadelphia), proposto da S. Fabbrini, *Transatlantic Constitutionalism*, cit., 548, con riferimento a L. Banning, *From Confederation to Constitution: The Revolutionary Context of the Great Convention* (1986), e G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* (1969), citati *ibidem*.

<sup>38</sup> V. R. Schütze, *From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2017.

<sup>39</sup> Sembra indirettamente convalidare questa lettura anche l'autorevole opinione di D.J. Elazar, *The United States and the European Union: Models for Their Epochs*, in K. Nicolaïdis, R. Howse (Eds), *The Federal Vision*, cit., 31-53, quando sottolinea la differente natura delle due Unioni, federale quella americana, meramente confederale quella europea.

<sup>40</sup> Per la *compact theory* e i relativi riferimenti bibliografici si rinvia *infra*, par. 3.

<sup>41</sup> È lo stesso Jay, *Chief Justice* proprio quando la Corte suprema si pronunciò in tal senso in *Chisholm v. Georgia* del 1793, ad affermare: «The Revolution, or rather the Declaration of Independence, found the people already united for general purposes [...] and then the people, in their collective and national capacity, established the present Constitution» (*Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419, 470 (1793)). V., in generale, B. Ackerman, *We the People: Foundations*, vol. 1, Cambridge (MA), 1991.

legittimazione, è riservato esclusivamente a una manifestazione di volontà diretta del popolo tedesco»<sup>42</sup>.

Le clausole di apertura internazionale e di cessione parziale (o di limitazione) della sovranità previste nelle Costituzioni di alcuni Stati membri dell'Unione non bastano infatti a legittimare le trasformazioni costituzionali di cui si discute, potendo rappresentare, tutt'al più, la premessa di un futuro patto costituzionale generativo di una nuova *politeia*, che ancora ha da venire.

La tolleranza dimostratasi in Europa verso gli importanti mutamenti costituzionali dell'ordinamento sovranazionale prodottisi al di fuori del quadro di una formale Costituzione federale forse si spiega anche per la differente impostazione di fondo del costituzionalismo europeo rispetto a quello americano: in quest'ultimo prevale infatti l'argomentazione giuridica – insita nella nozione stessa di *higher law* – e un concetto più intransigente di rigidità costituzionale (alla base di tale impostazione vi è infatti «una diversa idea di Costituzione», vista come «contratto plurilaterale avente ad oggetto l'organizzazione del potere e della società attraverso regole che si presentano come un dato preesistente»); nel primo prevale invece l'argomentazione politica e l'idea di mutamenti costituzionali più agevoli, idea che nel XX Secolo (e soprattutto con le Costituzioni del secondo dopoguerra) viene apparentemente superata, a livello statale, mediante l'introduzione del carattere della rigidità costituzionale<sup>43</sup>. Ma tale differente impostazione, a ben vedere, non cessò mai di esistere e di restare un tratto saliente del costituzionalismo europeo, venendo semplicemente trasferita al livello dell'ordinamento sovranazionale, ove ancora oggi continua a rivelarsi prevalente.

Ciò chiarito, il difetto di un patto costituzionale federale europeo, rivelato da alcuni inequivocabili indicatori quali il deficit decisionale del livello sovranazionale di governo e l'assenza di un autentico potere di revisione costituzionale<sup>44</sup> (elementi in comune, per l'appunto, con gli Articoli di Confederazione e non certo con la Costituzione di Philadelphia<sup>45</sup>), contribuisce a fare dell'Unione europea, cresciuta anche troppo in termini di

---

<sup>42</sup> BVerfGE 123, 267, 228 (la traduzione del brano riportato nel corpo del testo è a cura dell'autore). Per un florilegio di commenti a questa pronuncia v. *supra*, nota 22.

<sup>43</sup> Cfr. M. Calamo Specchia, *Parlamento e revisione costituzionale tra garanzie procedurali, diritti di partecipazione e tendenze maggioritarie*, in DPCE, numero speciale, 2019, 33-66, in part. 35, anche con riferimento a C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. a cura di V. de Caprariis, Venezia, 1956, 11-33; M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 11-31.

<sup>44</sup> Tra gli elementi mancanti per aversi una Costituzione europea G.G. Floridia, *Il cantiere della nuova Europa*, cit., 22-26, annovera, oltre all'ormai (quasi del tutto) superato «carattere non strutturalmente unitario delle istituzioni europee», l'assenza, invece ancora attuale, di un vero potere di revisione costituzionale.

<sup>45</sup> Per modificare gli *Articles*, ai sensi dell'art. XIII, era previsto non solo che vi acconsentisse il Congresso confederale, ma anche che vi fosse il consenso dei legislativi di tutti i tredici Stati membri. Disposizione questa che, insieme ad altre, denota chiaramente l'assenza di una Costituzione e la permanenza di un assetto di tipo confederale.

estensione e competenze, un gigante dai piedi d'argilla.

Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, la comparazione con le dinamiche che sono alla base delle trasformazioni costituzionali del sistema federale americano permette di chiarire che gli eccessi della costituzionalizzazione di matrice giudiziaria nel processo di integrazione europea sono strettamente collegati proprio alla perdurante assenza di una Costituzione formale che funga da *contesto obbligato* dei mutamenti giurisprudenziali (v. *infra*, par. 2) e derivano, più in profondità, da un vuoto di costituzionalismo politico inteso nel senso di *constitutionalism by the People(s)* (v. *infra*, par. 3).

2. La supremazia del giudiziario sulla politica nella costituzionalizzazione dei Trattati, alla luce del divergente paradigma americano

Dal momento che ogni Costituzione democratica scritta incorpora scelte fondamentali frutto del consenso popolare (variabilmente manifestatosi prima, durante o dopo la stesura del testo), anche le successive trasformazioni costituzionali dovrebbero sempre essere legittimate e alimentate da un'adeguata spinta popolare e non già soltanto "vidimate" *ex post* dalla mera accettazione tacita dei consociati<sup>46</sup>. Le Corti, naturalmente, sono chiamate a cogliere la forza di tale spinta democratica alla trasformazione costituzionale e a modularne gli effetti nell'ambito dell'interpretazione della cornice normativa esistente, ma non possono rendersi artefici principali della trasformazione.

L'idea che la legittimazione democratica del processo di costituzionalizzazione del diritto sovranazionale europeo debba vantare un duplice fondamento non solo «costituzionale» ma anche «popolare» non è certo una novità, soprattutto nell'opinione di chi da tempo preconizza i rischi connessi alla "esplosiva" combinazione, in seno all'ordinamento eurounitario, tra un sofisticatissimo costituzionalismo creativo di matrice intellettuale-giudiziaria e l'estrema debolezza del «popular input»<sup>47</sup>. Tuttavia, la

<sup>46</sup> Nella sua classificazione, B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 3-7, contempla tre tipi ideali di *pathways* da cui può derivare la legittimazione delle Costituzioni, ossia: la «revolutionary creation» da parte di «revolutionary outsiders» (come per le Costituzioni americana, indiana, sudafricana o italiana); la «pragmatic construction», ad opera di «responsible insiders» (come per il Regno Unito); infine, la «elite construction» (come per le Costituzioni giapponese, tedesca e spagnola). Sebbene in quest'ultimo caso «the general population stays relatively passive on the sidelines» (*ivi*, 6), va detto che, nei modelli statuali considerati, il consenso popolare fu – e resta – pur sempre un elemento necessario del processo di legittimazione (anche volendo considerare la Costituzione formale originaria come una costruzione elitaria). Viceversa, si può affermare che la peculiare tipologia di «elite constitutionalism» che contraddistingue l'Unione europea (*ivi*, 23) prescinde del tutto dal consenso popolare, circostanza che infatti spiega perché ad oggi manchi ancora una (vera) Costituzione europea.

<sup>47</sup> Y. Mény, *Una costituzione per l'Unione Europea?*, in S. Fabbrini (a cura di), *L'Unione Europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sovranazionale*, Bari, 2002, 301; Id., *De la démocratie in*

comparazione con il modello statunitense, ancora una volta, contribuisce a mettere meglio a fuoco i termini del problema.

È noto che il processo di costituzionalizzazione dei Trattati promosso dalla Corte di giustizia (soprattutto attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale<sup>48</sup>) è stato realizzato principalmente mediante una manipolazione interpretativa della clausola dei poteri enumerati – o principio di attribuzione – così ampia da determinarne il sostanziale «collasso»<sup>49</sup>. Tale approccio elastico e di tipo funzionale al principio dei poteri enumerati ha spinto alcuni studiosi a suggerire un'equiparazione all'esperienza costituzionale americana, nella quale la Corte suprema federale è stata spesso indotta a ritenere sacrificabile il principio in questione in nome dell'affermazione di interessi e/o di valori più alti dell'Unione, sottolineando al contempo la divergenza con altri modelli federali<sup>50</sup>.

Ebbene, questo accostamento non considera che l'approccio funzionale della Corte suprema degli Stati Uniti, proprio per il fatto che l'ordinamento statunitense si regge su di una Costituzione formale (e vivente) frutto di un percorso di legittimazione di tipo rivoluzionario-popolare, non si è mai attivato in assenza di una preesistente volontà politica incorporata in una norma scritta. Esattamente all'opposto, la Corte suprema si è sempre mossa sulla scia di un *popular constitutionalism* che difetta clamorosamente nell'ambito dell'Unione europea.

Vero è che in *Aaron v. Cooper* del 1958 la Corte, presieduta dalla “mitica” figura di Warren, giunse a definire la sua stessa interpretazione della Costituzione nei termini di «The Supreme Law of the Land»<sup>51</sup>. La pronuncia in questione, che bloccò il tentativo dello *School Board* dell'Arkansas di ritardare di trenta mesi il piano di desegregazione scolastica, fu accolta con favore dalla dottrina costituzionalistica maggioritaria. Alcuni ebbero tuttavia il coraggio di osservare che, al di là degli indubitabili benefici prodotti da

---

*Europe*, cit. Cfr. anche M.G. Rodomonte, *Il “populismo sovranista” e l'Europa. A proposito di crisi della democrazia e del processo di integrazione europea*, in *Nomos*, 2, 2019, 20, che afferma l'urgenza di «porre al centro i cittadini degli Stati membri e la sovranità popolare quale strumento di riappropriazione democratica dell'Europa» guardando soprattutto alle forme di democrazia partecipativa.

<sup>48</sup> Meccanismo che è stato a sua volta ampiamente manipolato e asservito alle esigenze dell'approccio funzionalista della Corte di giustizia sino al punto che, come osserva L. Melica, *L'Unione europea, uno Stato ancora incompiuto che deve evolvere per frenare i «populismi»*, in questa *Rivista*, 2018, 329, «in diverse occasioni, la peculiare “cooperazione” tra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali remittenti ha permesso alla prima di pronunciarsi sul diritto nazionale lesivo di quello europeo anche in presenza di una *interdipendenza meramente astratta* tra questione giuridica e caso concreto».

<sup>49</sup> M. Cartabia, J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., 101 ss.

<sup>50</sup> *Ivi*, 102-103.

<sup>51</sup> Queste le affermazioni più controverse della *Opinion* della Corte: «the federal judiciary is supreme in the exposition of the Constitution»; «the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case [ossia il precedente di *Cooper v. Aaron*] is the supreme law of the land» (*Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958)).

quella storica sentenza (sulla scia della più celebre *Brown v. Board of Education* del 1954), la Corte aveva sbagliato a identificare il suo pronunciamento con la *Supreme Law of the Land* cui allude l'art. VI, perché l'interpretazione della Costituzione non è appannaggio esclusivo del ramo giudiziario e il potere di quest'ultimo deriva dalla Costituzione e vi è sottomesso<sup>52</sup>.

E, in effetti, quella pronuncia non sarebbe stata possibile, oltre che in difetto della clausola di supremazia, senza la successiva approvazione del XIV emendamento e dunque senza l'incorporazione normativa della tutela dei diritti nella sfera di competenza del *government* federale.

Benché dunque il concetto di *judicial supremacy* sviluppato da alcuni autori statunitensi sembri a prima vista potersi adattare al ruolo da protagonista che la Corte di giustizia europea ha svolto nella costituzionalizzazione dei Trattati, in realtà nella Costituzione americana la c.d. supremazia del giudiziario va intesa non come potere di trasformare la Costituzione, ma solo come potestà dei giudici ad avere l'ultima parola nell'interpretazione di disposizioni costituzionali che sono comunque frutto della politica, in un sistema federale intriso di costituzionalismo popolare e rivoluzionario<sup>53</sup>.

Bruce Ackerman, che pure contempla la giurisprudenza della Corte suprema come parte integrante del diritto costituzionale, valorizza prioritariamente le «constitutional politics» alimentate dai movimenti di massa dei cittadini: le principali trasformazioni della Costituzione americana sono il riflesso di altrettante espressioni «partitiche» della sovranità popolare (la *Foundation* promossa dai federalisti; la fase della *Reconstruction* sostenuta dal partito repubblicano di Lincoln; il *New Deal* democratico negli anni Trenta del Secolo scorso)<sup>54</sup>. Da ultimo, costituisce un'espressione diretta della sovranità popolare la *Civil Rights Revolution*<sup>55</sup>. Nella visione di

<sup>52</sup> V. E. Meese, *The Law of the Constitution*, in 61 *Tulane L. Rev.*, 979 (1987).

<sup>53</sup> Cfr. L.D. Kramer, *Popular Constitutionalism, circa 2004*, in 92 *California Law Review* 959 (2004); Id., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004, 125, che contrappone l'idea originaria per cui nel popolo stesso risiede l'autorità finale dell'interpretazione costituzionale al più recente credo della *judicial supremacy* (per cui «[judges'] decisions determine the meaning of the Constitution for everyone»).

<sup>54</sup> Cfr. B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, Cambridge (MA), 1991.

<sup>55</sup> Cfr. B. Ackerman, *We the People: The Civil Rights Revolution*, vol. 3, Cambridge (MA), 2014. Rivoluzione, questa, che non è certo frutto di attivismo giudiziale. La Corte, naturalmente, fa la sua parte, contribuendo a ridefinire il concetto di *equality*, ma muovendosi pur sempre sulla scia di un movimento costituzionalistico a trazione «popolare» e del relativo portato, ossia i *landmark statutes*, tra cui il *Civil Rights Act* del 1964 e il *Voting Rights Act* del 1965. La dottrina italiana ha dedicato attente riflessioni alle tesi presentate da Ackerman in questo suo terzo volume di *We the People*. Basti qui citare T. Groppi, «*We the People: Transformations*». Considerazioni su un libro di Bruce Ackerman, in *Pol. dir.*, 1999, 187 ss.; C. Bologna, *We the People o We the Judges?*, in *Quad. cost.*, 2014, 975 ss.; M. Goldoni, *Il «significato costituzionale» fra regimi e trasformazioni*, in *Quad. cost.*, 2014, 983 ss.; E. Balboni, *La systematic humiliation e i costituzionalisti a una sola dimensione*, in *Quad. cost.*, 2014, 969 ss.

Ackerman le *higher laws* che ciclicamente si affermano modificando alcuni aspetti del patto sociale possono talora non presentarsi nella forma classica dell'emendamento costituzionale, ma piuttosto in quella legislativa-ordinaria dei *transformative* (e *landmark*) *statutes*. Invece i super-precedenti della Corte suprema, pur contribuendo a delineare il corpo costituzionale (*constitutional canon*) in ciclica trasformazione, non sono mai considerati alla stregua di (*judicial*) *higher laws*:

«In questo quadro, la rivoluzione egualitaria della metà del secolo scorso non dovrebbe essere vista come il dono della Corte Warren al popolo americano. Al contrario, l'iniziativa della Corte in *Brown v. Board of Education* sarebbe stata un fallimento totale senza la decisione del popolo americano di sostenere la coalizione politica che cercava di rispondere all'appello di Martin Luther King per un radicale cambio costituzionale»<sup>56</sup>.

Ne discende una tesi di Ackerman che si rivela preziosa ai fini della ricostruzione proposta in queste pagine, ossia la tesi «secondo cui la stagione di protezione dei diritti civili sia stata un genuino esercizio di sovranità popolare e non, come comunemente ritenuto, di sovranità giurisdizionale»<sup>57</sup>.

L'illustre costituzionalista americano ha recentemente ribadito questa fondamentale caratteristica delle trasformazioni costituzionali statunitensi – basate appunto sulla mobilitazione dei movimenti politici – proprio in contrapposizione al problematico cammino di legittimazione dell'Unione europea<sup>58</sup>.

In effetti, tutti i grandi mutamenti costituzionali del sistema statunitense hanno sempre trovato un solido fondamento giuridico e politico nelle *choices of the People* che li hanno preceduti, tali scelte trovandosi ora incardinate nella Costituzione originaria, ora in successivi emendamenti, ora anche soltanto nella legislazione federale.

Se è vero, ad esempio, che in *McCulloch v. Maryland* del 1819 la Corte suprema garantì la supremazia della legislazione federale su quella statale e stabilì che al Congresso competono i poteri impliciti necessari per esercitare quelli enumerati, è anche vero che essa poté pronunciarsi in tal senso sulla base di solidissime premesse costituzionali di livello federale nonché dell'argomento dirimente per cui la Costituzione promanava dal popolo (*rectius*: dai popoli) e non dagli Stati<sup>59</sup>. E, ancora prima, si pensi alla clausola di supremazia di cui

---

<sup>56</sup> B. Ackerman, *We the People, parte III: The Modern Constitutional Order. Un confronto con gli studiosi italiani*, in *Quad. cost.*, 2014, 964.

<sup>57</sup> C. Bologna, *We the People o We the Judges?*, cit., 978.

<sup>58</sup> «In contrast [to the European Union], the United States does not display a similar split when it comes to the fundamental question of legitimacy. From the Founding onward, the revolutionary paradigm has remained central to the American experience—with mobilized political movements repeatedly transforming fundamental principles during Reconstruction, the New Deal, and the Civil Rights Revolution» (B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 22).

<sup>59</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 405 (1819): «The convention which framed the Constitution was indeed elected by the State legislatures. But the instrument, when it came

all'art. VI e alla competenza della Corte suprema stabilita nell'art. III, sez. 2, come solide fondamenta costituzionali del principio di *judicial review* affermato a livello federale in *Marbury v. Madison* del 1803.

Nel caso del *New Deal*, poi, la trasformazione costituzionale avvenne *in toto* per via di legislazione federale. Anzi, alla trazione popolare del mutamento costituzionale promosso dai democratici, la Corte oppose un'azione *counter-majoritarian* che mirava proprio a contenere la politica accentratrice del duraturo *unified government* retto da Franklin Delano Roosevelt (sino a spingere quest'ultimo a minacciare il c.d. *court-packing plan* del 1937)<sup>60</sup>. La Corte suprema tornò a rivelarsi in quegli anni un'attenta garante del potere residuale degli Stati, svolgendo un ruolo inimmaginabile per la Corte di giustizia europea, la cui azione è quasi sempre stata contraddistinta da una tendenza "integrazionista". E si deve aggiungere che, nell'ambito degli Stati Uniti, anche la successiva evoluzione del *post New Deal federalism*, sorto dal (presunto) superamento del preesistente «federalismo duale»<sup>61</sup>, continua a essere determinata anzitutto dalla dialettica dei partiti e delle istituzioni politiche americane<sup>62</sup>.

Le trasformazioni costituzionali dell'ordinamento europeo hanno seguito un processo pressoché inverso, dando vita a un fenomeno di espansione politicamente *unaccountable* delle competenze dell'ente sovranazionale. Qui i principali mutamenti costituzionali sono avvenuti ad opera di un'aggressiva giurisprudenza della Corte di giustizia notoriamente tesa a favorire il processo di integrazione ricorrendo a un approccio interpretativo iper-funzionalista e attingendo a fonti (almeno in origine) esterne ai Trattati, elevate dai giudici di Lussemburgo a principi generali dell'ordinamento comunitario in virtù di basi giuridiche testuali debolissime (come fu appunto nel caso delle tradizioni costituzionali comuni rispetto al

---

from their hands, was a mere proposal, without obligation or pretensions to it. It was reported to the then existing Congress of the United States with a request that it might "be submitted to a convention of delegates, chosen in each State by the people thereof, under the recommendation of its legislature, for their assent and ratification." This mode of proceeding was adopted, and by the convention, by Congress, and by the State legislatures, the instrument was submitted to the people».

<sup>60</sup> V. A. Pin, *La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea*, Lavis, 2012, 48 ss., che ricostruisce le varie fasi dell'atteggiamento della SCOTUS rispetto al *New Deal*.

<sup>61</sup> E.S. Corwin, *The Passing of Dual Federalism*, in 36 *Va. L. Rev.* 1, 1 (1950).

<sup>62</sup> Nonostante l'autorevole opinione contraria di E.S. Corwin, *The Passing of Dual Federalism*, cit., 2-4, che negli anni Cinquanta guardava con preoccupazione al consolidamento del potere centrale a suo giudizio dovuto soprattutto a una «*changed attitude of the Court toward certain postulates or axioms of constitutional interpretation*» (*ivi*, 2-4). Invece, L.D. Kramer, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, in 100 *Colum. L. Rev.* 1, 215 (2001), sulla scia di H. Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, in 54 *Colum. L. Rev.* 543 (1954), ritiene che la miglior difesa dell'assetto federale costituzionalmente prestabilito (e dunque delle competenze statali) dalla possibile invadenza del «National Government» sia assicurata principalmente dalla politica.

contenuto degli ex articoli 215, 173 e 164 TCE). Tali mutamenti vengono talora e in certa misura accettati *ex post* anche dagli Stati membri e quindi parzialmente codificati mediante la procedura di revisione dei Trattati, ma ciò accade soprattutto al fine di razionalizzarli e di contenerne gli ulteriori sviluppi.

Certamente ci sono anche le eccezioni: negli anni Ottanta l'Atto Unico Europeo ha previsto la regola del voto a maggioranza per molta parte della disciplina del Mercato unico; nel 1992, il Trattato di Maastricht ha introdotto la cittadinanza europea e l'Unione monetaria. Per quanto non propriamente rispondenti a procedure di revisione costituzionale, le modifiche (e ratifiche) in questione sono avvenute attraverso processi che hanno coinvolto le istituzioni politiche rappresentative ai diversi "livelli costituzionali"<sup>63</sup>.

Nondimeno, il più delle volte, dietro alle innovazioni introdotte dalle revisioni formali dei Trattati o dalle fonti atto del diritto derivato si cela la forza dirimente delle «modifiche tacite del diritto costituzionale europeo» volute anzitutto dalla Corte di giustizia (il primato del diritto comunitario e gli effetti diretti, l'erosione della clausola dei poteri enumerati, l'incorporazione dei diritti, etc.)<sup>64</sup>. Basti ricordare che l'*incorporation* dei diritti è stata voluta dalla Corte di giustizia, come scelta di politica costituzionale, allo scopo di rimuovere l'ostacolo del c.d. principio del "fino a che" (*Solange*) affermato negli anni Settanta dalla Corte costituzionale tedesca nell'omonima pronuncia *Solange I*, a difesa della sovranità costituzionale statale in materia di tutela dei diritti. La Corte di giustizia ha di conseguenza autonomamente proceduto a consolidare il disegno di trasformazione costituzionale che era già stato avviato con l'affermazione giurisprudenziale dell'endiadi "primato" più "effetti diretti" delle norme comunitarie.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea viene varata quando l'incorporazione giudiziaria dei diritti è già avvenuta da tempo. Il *Bill of Rights* europeo non è peraltro ancorato ad alcuna cornice costituzionale di tipo federale (anzi, esso è seguito a stretto giro dal clamoroso fallimento del Trattato costituzionale). In modo un po' paradossale, la Carta viene successivamente equiparata al diritto primario dell'Unione europea proprio dal Trattato di Lisbona, che, come si è già osservato, sancisce – anche per via delle opzioni "minimali" prescelte dagli Stati membri per la sua ratifica – la manifesta rinuncia a proseguire nel tentativo di un serio cammino di

---

<sup>63</sup> Ma neanche il Trattato di Maastricht è assimilabile a un atto costituzionale, come ci ricorda J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, cit., 95, quando afferma: «Agli accordi intergovernativi di Maastricht manca qualsiasi forza che possa condurre a un consolidamento simbolico. Questo può essere infatti conseguito solamente con un atto fondante di natura politica».

<sup>64</sup> M. Cartabia, J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., *passim*.

legittimazione democratica e costituzionale (che invece era stato parzialmente intrapreso con il Trattato di Roma del 2004).

Anche in questo caso, la comparazione con l'esperienza statunitense rivela differenze profonde.

Mentre i primi dieci emendamenti (il *Bill of Rights* americano) furono concepiti sull'onda della Costituzione entrata in vigore nel 1789 e come limite al potere federale, giacché (fino all'approvazione del XIV emendamento) competeva agli Stati difendere i diritti, viceversa, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, soprattutto, la sua successiva equiparazione al diritto dei Trattati, obbedirono sin dal principio a un disegno centripeto di concezione elitaria, volto a dotare la Corte di giustizia, fuori dalla cornice di un ordinamento costituzionale federale, di nuovi e potenti strumenti per rafforzare la sfera, già amplissima, del potere sovranazionale<sup>65</sup>. Nondimeno, «la dottrina ha concentrato la sua attenzione sull'applicazione dei diritti ai cittadini europei, ma ha lasciato sullo sfondo la questione federale, ovvero sia l'impatto per così dire strutturale che l'introduzione di una Carta dei diritti sempre genera sulla ripartizione verticale dei poteri»<sup>66</sup>.

Se è vero che, con il XIV emendamento e in virtù della *incorporation doctrine*, la Corte suprema federale fu a sua volta dotata, in veste di custode dei diritti individuali, di un'arma formidabile per accelerare il processo di trasformazione del federalismo americano, è altresì vero che tale processo fu pur sempre il frutto di una politica costituzionale alimentata dal “basso” e accompagnata da importanti processi di revisione formale della Costituzione. Inoltre, pur essendo forte di nuove armi, la Corte Suprema continuò e continua, come prima, ad agire entro il perimetro di una vera Costituzione federale e con il bilanciamento delle due potenti *political branches*.

Da un punto di vista più ampio, un tema che è stato oggetto di studi

---

<sup>65</sup> Cfr. L.P. Vanoni, *L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale: il caso della privacy digitale*, in questa *Rivista*, 2019, 1209-1215, basandosi, per la ricostruzione delle origini “federaliste” del *Bill of Rights* americano, anche su A.R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, 1998. Vanoni osserva come, «spostando la tutela dei diritti dal piano del diritto secondario a quello primario», la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «ha assunto una portata para-costituzionale che inevitabilmente incide sull'equilibrio federale tra centro e periferia» (*ivi*, 1213).

<sup>66</sup> L.P. Vanoni, *L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale*, cit., 1211. Infatti, «mentre l'introduzione dei primi dieci emendamenti nella Costituzione americana è stata controbilanciata da una solida teoria federale volta in qualche misura a contenerne gli effetti centripeti, l'introduzione della Carta di Nizza nei Trattati europei non è stata accompagnata da una struttura costituzionale di separazione dei poteri» (*ivi*, 1214). Circa l'impatto della Carta sugli equilibri strutturali dell'ordinamento multilivello v. anche A. Torres Pérez, *The Federalizing Force of the EU Charter of Fundamental Rights*, in 15 *Int'l J. Const. L.* 1080 (2017); D. Sarmiento, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in 50 *Common Mkt. L. Rev.* 5, 1267 (2013); M. de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009.

comparativi particolarmente interessanti, studi sui quali peraltro si basa anche la riflessione critica proposta in questa sede, è proprio quello del rapporto tra il giudiziario e l'attività creativa di diritto costituzionale nell'ambito del *judicial policy making*<sup>67</sup>; attività culminata nella definizione del Trattato di Roma del 1957 nei termini di «Carta costituzionale» della Comunità<sup>68</sup>.

In occasione del cinquantesimo anniversario della storica pronuncia *Van Gend en Loos* e in risposta a chi reputava che quella decisione costituisse il naturale frutto ermeneutico dei Trattati istitutivi<sup>69</sup>, Morten Rasmussen ha affermato che essa rappresenta piuttosto «*a breakthrough step toward a particular, deeply political, reading of European law, promoted by the legal service of the Commission, that attempted to strengthen the enforcement of European law*»<sup>70</sup>.

A proposito del *judicial policy making*, già nel 1986, un altro Rasmussen, Hjalte, pubblicò una ricerca, per quei tempi decisamente controcorrente, volta a denunciare i pericoli dell'integrazione «selvaggia» attuata dalla Corte di giustizia europea<sup>71</sup>.

Alcuni anni dopo giunse la lettura meno caustica di Renaud Dehousse, per il quale la Corte di giustizia aveva agito in due tempi: dapprima, in effetti, comportandosi da attore politico della costituzionalizzazione, forte dell'alleanza di fatto tra «*private litigants*» e «*pro-integration forces*» e consapevole delle gigantesche implicazioni strutturali delle sue scelte giudiziali; in seguito, una volta raggiunto l'obiettivo, esercitando nel complesso un maggiore *self-restraint* e lasciando più spazio alle scelte elaborate tramite il processo decisionale politico<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> V., *ex multis*, H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policy Making*, Dordrecht, 1986; K. Lenaerts, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, 1988; E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in 75 *Am. J. Int'l L.* 1, 1 (1981).

<sup>68</sup> Corte giust., sent. 23-4-1986, c-294/83, *Les Verts*. Concetto poi ribadito nel parere 1/91 del 14 dicembre 1991, in cui la Corte di giustizia afferma, assiomaticamente: «Il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto».

<sup>69</sup> J.H.H. Weiler, *Rewriting Van Gend en Loos: Towards a Normative Theory of ECJ Hermeneutics*, in O. Wiklund (Ed), *Judicial Discretion in European Perspective*, Stockholm, 2003, 150-151; D. Edwards, *Judicial Activism—Myth or Reality? Van Gend en Loos, Costa v. ENEL and the Van Duyn Family Revisited*, in A.I. Campbell, M. Voyatzi (Eds), *Essays in the Honour of Lord Mackenzie-Stuart*, London, 1996, 29.

<sup>70</sup> M. Rasmussen, *Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment*, in 12 *Int'l J. Const. L.* 1, 162 (2014).

<sup>71</sup> H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, cit., 81-82. Sempre in senso critico, si è poi espresso, tra gli altri, O. Spiermann, *The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order*, in 10 *Eur. J. Int'l L.* 763 (1999).

<sup>72</sup> Cfr. R. Dehousse, *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*, London, 1998, 47, 186, 148 ss. Per H. Schepel, *Reconstructing Constitutionalization: Law and Politics in the European Court of Justice*, in 20 *O. J. L. Stud.* 460 (2000), «*The rise and fall of the ECJ's activism in Dehousse's version is an elegant tale of quasi-natural evolution of judicial constitution building*».

Oggi, tuttavia, uno sguardo retrospettivo sulla complessiva giurisprudenza della Corte di giustizia sembra dimostrare come la sua vocazione al *policy-making* non sia mai realmente tramontata e anzi abbia trovato nuovo slancio dopo il Trattato di Lisbona, soprattutto in virtù dell'ingresso della Carta dei diritti fondamentali all'interno del diritto primario dell'Unione europea<sup>73</sup>. Riemergendo a tratti nel cammino di integrazione, come un fiume carsico, l'attivismo politico dei giudici di Lussemburgo mira a riaffermare periodicamente la prevalenza dell'argomento funzionalista e integrazionista sulla clausola di attribuzione, così da conferire al livello sovranazionale "poteri impliciti" sempre nuovi.

Ne discendono continui mutamenti del diritto sovranazionale che, in assenza di una Costituzione formale e di istituzioni politiche capaci di riequilibrare l'azione del ramo giudiziario, possono essere contenuti solo tramite un'attenta vigilanza delle Corti costituzionali (v. *infra*, par. 3).

Si deve aggiungere che la lacuna di una valida cornice costituzionale e di *political branches* del "potere" sovranazionale paragonabili a quelle presenti nel modello federale americano ha peraltro determinato un'ulteriore importante differenza nel *modus operandi* delle due Corti con riguardo al limite della *political question doctrine*, limite che infatti è pressoché inesistente nell'ambito del *judicial policy making* della Corte di giustizia europea<sup>74</sup>.

Naturalmente si deve considerare che la Corte di giustizia non avrebbe mai potuto imporre questi mutamenti costituzionali senza la complicità delle *élites* europeiste e delle istituzioni comunitarie. D'altro canto, la sua opera innovatrice è stata accolta con tendenziale entusiasmo da parte della dottrina (salvo isolate posizioni critiche) e, soprattutto, non ha incontrato alcuna significativa resistenza da parte di Governi e Parlamenti nazionali che, pur subendo una drastica contrazione dei propri margini di manovra, si sono docilmente adeguati alle dirompenti innovazioni giudiziali<sup>75</sup>. Nondimeno, anche a voler enfatizzare queste concause, le principali trasformazioni costituzionali del sistema comunitario-eurounitario restano pur sempre, tecnicamente, il prodotto dell'azione congiunta dei giudici europei (sovranazionali e comuni). Ciò che davvero conta, perlomeno nell'analisi

<sup>73</sup> Lo dimostra, ad esempio, Corte giust., sent. 26-2-2013, c-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, in cui la Corte ha proceduto ulteriormente nella sua opera di trasformazione in senso federale dell'ordinamento multilivello affermando la propria (discutibile) competenza, in base all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, a decidere in una materia che sarebbe riservata alla competenza degli Stati membri, quale è la materia tributaria, così aprendo la strada a un nuovo potente strumento di invasione nelle competenze riservate agli Stati. Cfr. L.P. Vanoni, *L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale*, cit., 1209 ss., in part. 1215.

<sup>74</sup> Tuttavia, G. Butler, *In Search of a Political Question Doctrine in EU Law*, in 45 *Legal Issues of Economic Integration* 329 (2018), ritiene, anche alla luce di alcuni frammenti rinvenibili nella giurisprudenza, che la Corte di giustizia potrebbe essere spinta, in futuro, ad affermare una sua versione di tale dottrina.

<sup>75</sup> R. Dehousse, *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*, cit., 117 ss.

giuridica, è che la metamorfosi costituzionale in senso “federalista” di cui si discute deve essere imputata, sul piano delle strutture ordinamentali, all’integrazione delle giurisdizioni (realizzata peraltro in modo molto diverso rispetto al modello federale americano) e, sul piano dei processi decisionali, alla connessa cooperazione multilivello del ramo giudiziario del potere<sup>76</sup>.

3. La carenza di costituzionalismo politico, inteso come *constitutionalism by the People(s)*, nel processo federativo europeo

Il difetto di un’autentica struttura costituzionale sovranazionale sorta (e alimentata) da un consenso di matrice popolare si è rivelato come uno dei fattori determinanti per l’emersione del protagonismo politico della Corte di giustizia nell’opera di costituzionalizzazione giudiziaria dei Trattati: «*a role as innovator unparalleled in national supreme courts*»<sup>77</sup>.

La differenza tra il federalismo europeo e quello americano, anche rispetto al diverso ruolo delle due Corti nell’ambito delle trasformazioni costituzionali dei rispettivi sistemi ordinamentali, risiede dunque nell’assenza di una Costituzione formale e nel connesso vuoto di costituzionalismo politico, qui inteso come costituzionalismo *by the People(s)*. La scelta di ricorrere a una peculiare accezione di costituzionalismo politico deriva anzitutto dalla necessità di emancipare la presente indagine dal complesso dibattito filosofico riguardante questa categoria dogmatica. Come è noto, infatti, da tempo si discute della dicotomia tra due forme di costituzionalismo, quello politico, da una parte, e quello legale o giudiziario, dall’altra, nell’ambito di prospettazioni teoriche molto eterogenee tra loro, spesso intendendo l’omonima categoria del *political constitutionalism* in accezioni differenti<sup>78</sup>.

Qui si allude invece alla carenza di costituzionalismo politico per indicare la causa principale dell’espansione incontrollata delle trasformazioni costituzionali attuate dalla Corte di giustizia sulla base dell’assorbente *integration argument*, nel contesto di una sedicente «Europa dei popoli» che non è affatto tale dal punto di vista del relativo *pathway of legitimation*.

Nella prospettazione sistematica della tesi sviluppata in queste pagine,

---

<sup>76</sup> Il *policy making* della Corte di giustizia europea volto a introdurre i mutamenti costituzionali si avvale infatti di un «sistema giurisdizionale “bifronte” che opera su due livelli», nell’ambito dei quali è il giudice nazionale ad emettere il «giudizio finale», circostanza che si è rivelata «cruciale» (M. Cartabia, J.H.H. Weiler, *L’Italia in Europa*, cit., 57, 61). Del resto, «*it is in this allocation of jurisdiction between two systems (Community and national), rather than in the shift in toto from one to the other, that the federal principle is realized*» (P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, cit., 184).

<sup>77</sup> R. Dehousse, *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*, cit., 118.

<sup>78</sup> Qui rilevano, ad esempio, i due differenti significati che l’espressione assume, rispettivamente, per R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007, e per M.A. Wilkinson, *Political Constitutionalism and the European Union*, in 76 *Mod. L. Rev.* 191 (2013).

il difetto di *constitutionalism by the People(s)* in ambito eurounitario si manifesta infatti, sul piano giuridico, nella perdurante assenza di un patto costituzionale federale *by the European Peoples*, cioè di una Costituzione europea in un'accezione simile a quella della *compact theory* americana. Quest'ultima teoria, tratteggiata dai grandi costituzionalisti della Virginia e poi sviluppata da Calhoun, se correttamente intesa, contempla la Costituzione federale non come un trattato tra gli Stati dell'Unione, ma piuttosto come un patto costituzionale tra i popoli degli Stati, che creano un *government* federale degli interessi comuni restando al contempo distinti titolari della sovranità<sup>79</sup>. Per Calhoun, in particolare, la Costituzione federale non era destinata a costruire un nuovo Stato sovrano, bensì un'Unione di Stati sovrani<sup>80</sup> (come tali ancora dotati del diritto di recedere dal vincolo) ben distinta dalla precedente Confederazione:

«La nostra non è un'unione di individui uniti da ciò che viene definito un contratto sociale, giacché questo la renderebbe una nazione; né di governi, poiché questo la renderebbe una confederazione, al pari di quella che fu sostituita dall'attuale costituzione; bensì un'unione di Stati, fondata su di un accordo scritto, che forma una repubblica federale [non nel senso di Stato federale ma appunto nel senso di *res publica* (o *commonwealth*) federale]»<sup>81</sup>.

Si tratta di una tesi che, come è noto, è stata sconfitta dalla storia, rivelandosi inadeguata a spiegare le dinamiche del federalismo americano, ma che, paradossalmente, si presta a essere una formidabile chiave di lettura dei problemi che affliggono l'Unione europea, intesa appunto come uno

---

<sup>79</sup> In questo senso si espresse chiaramente anche il campione degli *States' rights*, John Caldwell Calhoun (che, nondimeno, su tale aspetto viene spesso frainteso): «*The powers of the General Government are also vested in its Legislative, Executive, and Judicial Departments, while the sovereignty resides in the people of the several States who created it*» (J.C. Calhoun, *Rough draft of what is called the South Carolina Exposition* (1828), in R.M. Lence (Ed), *Union and liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis, 1992, 343). Sicché Calhoun, pur rifiutando la tesi di Madison della sovranità ripartita tra Stati e Unione, si ispira nondimeno alla visione esposta da quest'ultimo nel *Federalist* numero 39: «[...] *it appears, on one hand, that the Constitution is to be founded on the assent and ratification of the people of America, given by deputies elected for the special purpose; but, on the other, that this assent and ratification is to be given by the people, not as individuals composing one entire nation, but as composing the distinct and independent States to which they respectively belong. It is to be the assent and ratification of the several States, derived from the supreme authority in each State, the authority of the people themselves. The act, therefore, establishing the Constitution, will not be a national, but a federal act*» (Publius, *Federalist Paper*, 39, 1788).

<sup>80</sup> «*We, the people of the United States of America, mean the people of the several States of the Union, acting as free, independent, and sovereign States*» (J.C. Calhoun, *A Discourse of the Constitution and Government of the United States* (1850), in R.M. Lence (Ed), *Union and Liberty: The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis, 1992, 93).

<sup>81</sup> J.C. Calhoun, *Works*, vol. IV, 80, citato e tradotto da L.M. Bassani, *Introduzione*, in J.C. Calhoun, *Disquisizione sul governo* (1850), Macerata, 2011, XVI. Circa l'adattabilità del concetto di *commonwealth* federale al contesto europeo, perlomeno dopo Lisbona, si può rinviare alle riflessioni di P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 417 ss., che allude alla prospettiva di una «res publica federalista» per l'Unione.

*Staatenverbund* privo della necessaria Costituzione federale<sup>82</sup>.

Il che rende doveroso, come si accennava, un chiarimento sull'uso volutamente distorto che qui si fa della categoria del costituzionalismo politico, sviluppata principalmente da Richard Bellamy. Nell'impostazione teorica di quest'ultimo il tema del *political constitutionalism* è infatti del tutto slegato dalla riflessione sull'esistenza o meno di una Costituzione scritta come premessa normativa fondamentale per i successivi mutamenti costituzionali, motivo per il quale tale concetto, oltre a essere qui tradotto in termini più "normativistici", è altresì liberamente rimaneggiato e inteso in un'accezione molto più lata di quanto non sia nelle intenzioni di chi lo ha coniato. Basti pensare che, all'indomani della caduta del Trattato costituzionale, Richard Bellamy dedicò a questo evento un saggio significativamente intitolato «la Costituzione europea è morta, lunga vita al costituzionalismo europeo», in cui, negandosi che l'Europa necessitasse di una Costituzione o di un Trattato costituzionale, si afferma che il «deficit di legittimazione» dell'organizzazione dell'Unione europea andrebbe risolto attraverso il costituzionalismo democraticamente praticato<sup>83</sup>. Tale legittimazione, a parere di Bellamy, non può essere che quella proveniente dal «*constitutional and democratic potential of the present, largely intergovernmental, system and the possibilities that exist for developing it*»<sup>84</sup>. Dunque, a differenza di ciò che qui si afferma, l'Europa non avrebbe affatto bisogno di una Costituzione (anzi: «*The focus on the Constitution led to a neglect of the real practices of constitutionalism*»)<sup>85</sup>.

Il pensiero di Bellamy rileva qui per l'enfasi posta sulla contrapposizione tra *political constitutionalism* e *legal constitutionalism* (nonché per l'istanza di rivalutazione del primo, rispetto al dilagante favore incontrato dal secondo), ma va chiarito che, senza voler in alcun modo sindacare il significato politologico originariamente attribuito da Bellamy al "suo" costituzionalismo politico, il problema dell'assenza di una Costituzione formale dell'Unione europea resta di centrale importanza nell'ottica del giurista.

Richiamando infatti le riflessioni intorno ai mutamenti costituzionali riportate nel paragrafo introduttivo, emerge con ogni evidenza che, per lo studioso del diritto costituzionale, la questione relativa all'assenza di una

---

<sup>82</sup> Infatti, come sintetizza bene L. Melica, *L'Unione europea, uno Stato ancora incompiuto che deve evolvere per frenare i «populismi»*, cit., 326: «l'Unione europea non è uno Stato, detiene rilevanti poteri che possono anche incidere sugli ordinamenti statali, tuttavia gli Stati membri restano titolari della sovranità ed hanno l'ultima parola, rispettivamente, per uscire dall'Unione e/o per non farsi annullare da quest'ultima». La differenza fondamentale, adattando la versione della *compact theory* di Calhoun al contesto europeo, sta, ancora una volta, nel fatto che al *Commonwealth* europeo difetta una (necessaria) Costituzione federale.

<sup>83</sup> R. Bellamy, *The European Union is dead. Long Live European Constitutionalism*, in 13 *Constellations* 181 (2006).

<sup>84</sup> *Ivi*, 182.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

Costituzione non può essere risolta evocando la categoria dommatica del costituzionalismo, legale o politico che esso sia, a meno che non si sia abituati a ragionare – come forse è portato a fare Bellamy – di un costituzionalismo ancorato a una Costituzione politica *uncodified* che s'invera, sul piano giuridico, nella norma suprema della *Parliamentary Sovereignty*. Detto diversamente, il costituzionalismo politico britannico, cui inevitabilmente si ispira Bellamy, non è altro che l'autentico parlamentarismo, il quale può certamente fare a meno di un testo organico scritto di riferimento; e ciò, molto semplicemente, in quanto lì la Costituzione vivente si materializza ancora oggi in un corpo politico-istituzionale complesso e altamente rappresentativo dotato di una sorta di potestà costituente permanente. Non è un caso che Ackermann, riferendosi al Regno Unito, ragioni di «*Responsible Insiders*» artefici di un cammino costituzionale pragmatico<sup>86</sup>.

Ne discende che il problema costituzionale dell'Unione europea risiede nel difetto non solo di una Costituzione formale, ma anche (e soprattutto) di una Costituzione politica vivente basata su *Responsible Insiders*. Ed è per tale ragione che si deve revocare in dubbio l'opinione diffusa per cui l'ordinamento eurounitario potrebbe anche fare a meno di una Costituzione formale guardando proprio all'esempio – in realtà inconferente – del Regno Unito (o della Nuova Zelanda)<sup>87</sup>.

Ma non è solo Bellamy ad accostare la categoria del costituzionalismo politico all'Unione europea.

In un articolo del 2013 anche Michael Wilkinson tratta di «*Political Constitutionalism and The European Union*»<sup>88</sup>.

E tuttavia, per Wilkinson, l'esigenza di basare l'azione e l'evoluzione dell'Unione europea su di una «*popular ownership*» non implica (o meglio, non implicherebbe a suo giudizio) un consenso popolare sostanziale alla base di tale azione, bensì un processo di «costituzionalismo politico»<sup>89</sup> nel senso molto neutro (e invero molto debole) di fenomeno connesso a una Costituzione europea vista come «*dynamic and substantial process of polity-formation*»<sup>90</sup>. Tra la visione del costituzionalismo inteso come presidio delle libertà (il «*freestanding constitutionalism*», che per l'autore sarebbe già presente nell'Unione europea) e l'autentico «*foundational constitutionalism*» (riferibile a una Costituzione «nel senso pieno del termine», che qui difetta

<sup>86</sup> B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 3-7. V. *supra*, nota 46.

<sup>87</sup> Opinione, tra gli altri, di E. Zoller, *The Treaty Establishing a Constitution for Europe and the Democratic Legitimacy of the European Union*, in 12 *Indiana J. Global L. Stud.* 407-408 (2005).

<sup>88</sup> M.A. Wilkinson, *Political Constitutionalism and the European Union*, cit., 192.

<sup>89</sup> *Ivi*, 193, nota 8, ove Wilkinson chiarisce di usare l'espressione *political constitutionalism* in modo differente da come la medesima espressione viene utilizzata da R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., e A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, 2005; e cioè, in sintesi, non come «*normative arguments*» da opporre alla *constitutional review of legislation*, bensì come concetto che, senza porsi in conflitto con l'idea di *legal constitutionalism*, mira piuttosto a contrapporsi all'ipotesi di un costituzionalismo apolitico.

<sup>90</sup> M.A. Wilkinson, *Political Constitutionalism and the European Union*, cit., 193.

per l'assenza di un *demos* europeo)<sup>91</sup>, la Costituzione europea dovrebbe essere letta alla luce di una diversa chiave di lettura, appunto data da un *political constitutionalism* basato non già sulla – per Wilkinson «falsa» – dicotomia tra Costituzione legale e Costituzione politica, bensì sulla constatazione che l'idea (e la sostanza) di una Costituzione, nel suo continuo divenire, altro non sia che il frutto di una mediazione continua tra la sfera giuridica e la sfera politica<sup>92</sup>.

A differenza di quanto avviene nelle due diverse prospettazioni teoriche ora enunciate, rispettivamente di Bellamy e di Wilkinson, qui si ritiene che il problema del costituzionalismo politico nell'ambito dell'Unione europea si manifesti, molto più banalmente, proprio nell'assenza di una Costituzione federale: non soltanto l'assenza di una Costituzione intesa come *Foundation* di una nazione – scenario ad oggi utopistico per l'Europa –, ma anche di un *constitutional compact* tra i popoli dei singoli Stati dell'Unione.

Ne consegue l'impossibilità di inserire le trasformazioni costituzionali dell'ordinamento multilivello in una appropriata cornice costituzionale formale (il «contesto obbligato» dei mutamenti costituzionali di cui parla Bartole) e altresì di riferirle a una «*popular ownership*» o a un «*popular input*».

E allora, per restare nell'alveo del parallelismo con il sistema americano, una categoria forse più utile ai fini della presente riflessione critica, è quella del *popular constitutionalism* di cui ragiona Kramer: mentre un sistema basato sul *legal constitutionalism* tende a riallocare l'autorità finale della interpretazione e applicazione del diritto costituzionale nelle mani del giudiziario, un sistema basato sul «*popular constitutionalism*» è un sistema in cui il ruolo del popolo non è confinato agli «*occasional act of constitution making*», ma include un «*active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional Law*». Ebbene, questa categoria mette bene in luce come nel caso della costituzionalizzazione a trazione giudiziaria dell'Unione europea manca non soltanto il controllo “popolare” della interpretazione-applicazione del diritto costituzionale – e dunque dei mutamenti costituzionali – ma, molto più di questo, manca a monte persino il coinvolgimento negli «atti occasionali di *constitution making*» (salvo alcune sporadiche e parziali eccezioni).

Eppure, il diritto di autodeterminazione dei popoli dell'Unione, oltre che doversi riferire alle decisioni politiche delle istituzioni europee incidenti sui diritti fondamentali, dovrebbe abbracciare, a maggior ragione, le trasformazioni ordinamentali che mutano la cornice costituzionale del loro bilanciamento.

A fronte dell'espansione incontrollata del diritto eurounitario, connessa alla trasformazione costituzionale promossa dalla Corte di giustizia sulla base dell'*integration argument*, l'unica difesa di tipo procedimentale che

---

<sup>91</sup> *Ivi*, 194 ss.

<sup>92</sup> *Ivi*, 221.

residua alla democrazia costituzionale statale risiede, per citare da ultimo ancora un istituto ben noto al costituzionalismo americano, nel potere di *nullification*<sup>93</sup>, ossia, *mutatis mutandis*, nell'applicazione effettiva della dottrina dei controlimiti (con la connessa esigenza di un rigoroso *Identitätskontrolle*)<sup>94</sup>. Ma mentre i numerosi atti di *nullification* delle Corti supreme e delle istituzioni politiche degli Stati americani, giudicati illegittimi dalla Corte suprema federale sin da *United States v. Peters* del 1809, miravano a impedire gli effetti di leggi o sentenze federali originate da un vincolo costituzionale validamente pattuito *by the People(s)*, nel contesto europeo il giudice delle leggi è chiamato a difendere la sovranità costituzionale arginando la progressiva trasformazione in senso federale di uno *Staatenverbund* ancora oggi privo di un autentico fondamento costituzionale<sup>95</sup>.

Nel contesto europeo il ruolo delle corti costituzionali nazionali, a sua volta mutato per effetto delle trasformazioni costituzionali innescate dal ramo giudiziario sovranazionale (che ha chiaramente tentato di marginalizzarle per privilegiare il dialogo diretto con i giudici comuni), resta dunque di fondamentale importanza per la salvaguardia della legalità costituzionale<sup>96</sup>.

Ruolo, questo, magistralmente svolto dal *Bundesverfassungsgericht* nel *Lissabon-Urteil* ove, come ha ben chiosato Gianni Ferrara, «la verità

---

<sup>93</sup> La teoria e la dottrina della *nullification* sono implicazioni della *compact theory*. Risalgono alla ferma opposizione di alcuni Stati americani agli *Alien and Sedition Acts* del 1798 e sono sviluppate sia nelle *Virginia Resolutions* del 1798, ove si afferma il diritto degli Stati alla *interposition*, sia nelle *Kentucky Resolutions* del 1798-1799, ove si afferma il consimile diritto alla *nullification* (i contenuti delle risoluzioni si ritengono attribuibili, rispettivamente, a Madison e a Jefferson). Tale sorta di archetipo dei controlimiti è poi ulteriormente sviluppata da Calhoun nel *South Carolina Exposition and Protest* del 1828. Per i relativi riferimenti bibliografici e per alcune riflessioni in tema di *nullification*, soprattutto con riguardo alla *Nullification Crisis* del 1832, mi sia consentito rinviare a M. Frau, *Calhoun, lo sviluppo centripeto del modello federale americano e le applicazioni giuridiche della dottrina della maggioranza concorrente*, in M. Frau, V. Breda (a cura di), *La contrattazione costituzionale dei livelli di autonomia. Modelli per una comparazione*, Napoli, 2020, 75-89. Per uno sguardo generale sulla *nullification* come tendenza emergente nell'attualità del contesto transnazionale (e di quello europeo, in particolare) v. R. Hirschl, *Secession and Nullification as a Global Trend*, in *Const. Stud.* 23 (2016).

<sup>94</sup> Sul punto, la posizione della Corte costituzionale tedesca è netta (BVerfGE 123, 267, 226). Cfr., di recente, M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia militante all'autodifesa costituzionale*, in *DPCE*, 1, 2021, 105-109. V. anche V. Baldini, *Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo di integrazione europea. La "sentenza-Lisbona" del Bundesverfassungsgericht ed i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell'ordinamento sovranazionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2010.

<sup>95</sup> Cfr. BVerfGE 123, 267, 228.

<sup>96</sup> Su questi aspetti v. J. Komárek, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, in 12 *Int'l J. Const. L.* 525 (2014), con la risposta di M. Dani, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Reply to Jan Komárek*, in 15 *Int'l J. Const. L.* 785 (2017), e con quella di E. Duetscher, S. Mair, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Reply to Jan Komárek*, in 15 *Int'l J. Const. L.* 801 (2017), nonché, infine, con la replica dello stesso J. Komárek, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Rejoinder*, in 15 *Int'l J. Const. L.* 815 (2017).

dell'intero processo col quale si è finora costruito l'ordinamento dell'Unione riemerge clamorosamente confermando la natura, l'origine di tale ordinamento e la sua impossibilità di incrementarsi ulteriormente sottraendo al potere popolare materie che gli spetterebbero e che vengono camuffate come possibili e legittimi contenuti di trattati, che sono e restano atti statali di diritto internazionale»<sup>97</sup>.

E, fortunatamente, a differenza dell'atteggiamento tenuto dal Tribunale costituzionale spagnolo nel caso Melloni del 2013, anche la Corte costituzionale italiana, nella vicenda Taricco del 2015-2017<sup>98</sup>, ha trovato la forza di invocare la dottrina dei controlimiti a difesa della sovranità costituzionale minacciando di "nullificare" gli effetti di una sentenza della Corte di giustizia decisamente viziata da un eccessivo approccio funzionalista, sino a costringere i giudici di Lussemburgo a fare marcia indietro<sup>99</sup>.

Per concludere, in attesa di un costituzionalismo politico *by the People(s)* che rilanci su basi autenticamente democratiche il processo federativo europeo, ben venga il «costituzionalismo polemico» di cui ragiona Luciani, cioè un pensiero critico che ci costringa a rinnovare la riflessione sulla classicissima esigenza del contenimento e del controllo del potere, ma stavolta, un po' paradossalmente, anche quello esercitato dalla stessa *jurisdictio*<sup>100</sup>.

Matteo Frau  
Dip.to di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Brescia  
matteo.frau@unibs.it

---

<sup>97</sup> G. Ferrara, *In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, cit.

<sup>98</sup> La nota vicenda, da cui è scaturita una vastissima bibliografia, si snoda nelle seguenti pronunce: Corte giust., sent. 8-09-2015, c-105/14, *Taricco e al.*; Corte costituzionale, ord. n. 24 del 26-01-2017; Corte giust., sent. 5-12-2017, c-42/17, *M.A.S. e M.B.*; Corte costituzionale, sent. n. 269 del 14-12-2017. V., *ex multis*, G. Di Federico, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *federalismi.it*, 11, 2018; G.P. Dolso, *I controlimiti "comunitari" tra passato e presente*, in *Nomos*, 2, 2017, 1088 ss.

<sup>99</sup> Per G. Di Federico, *La "saga Taricco"*, cit., 3, le tensioni inter-ordinamentali scaturite dalla vicenda Taricco devono principalmente attribuirsi al «riconoscimento dell'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE», ossia il «peccato originale» della Grande sezione della Corte di giustizia, fautrice di «un approccio marcatamente funzionalistico».

<sup>100</sup> M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1668, osserva che il «potere è, oggi più che mai, il problema del costituzionalismo»: «la moltiplicazione dei livelli decisionali, sia entro gli Stati [...], sia a livello dei rapporti sovranazionali e internazionali, [è] anche una scelta politica soggettiva e consapevole, che tende a spostare all'infinito la sede della responsabilità e – conseguentemente – a rendere inafferrabile il potere. Anche la ridislocazione della decisione in sedi politicamente irresponsabili quali sono le Corti (intendo: i giudici, non solo costituzionali), se non rettamente operata, potrebbe avere (paradossalmente, perché in origine il rafforzamento della giurisdizione era lo strumento per limitare al massimo il potere sovrano) la stessa funzione».