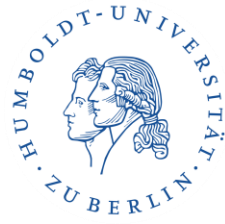


**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**



Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Filosofia, Sociologia, Pedagogia, Psicologia Applicata (FISPPA)

Sede Consorziata: Humboldt-Universität zu Berlin

Juristische Fakultät

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN: FILOSOFIA

INDIRIZZO: UNICO

CICLO XXVIII

QUALI CONCETTI POLITICI E GIURIDICI PER UNA “COSTITUZIONE” DELL’EUROPA?

Coordinatore: Ch.mo Prof. Francesca Menegoni

Supervisore: Ch.mo Prof. Antonino Scalone

Co-Supervisore: Ch.mo Prof. Mattias Kumm

Dottorando: Matteo Bozzon

INDICE

Sintesi/Abstract.	5
Introduzione.	11
CAPITOLO I. Il costituzionalismo moderno tra Stato e Europa: il contributo di Dieter Grimm.	
1- Introduzione. Posizione del problema e tesi.	17
2- <i>Begriff und Funktion der Verfassung</i> : approccio storico concettuale e concetto moderno di costituzione.	23
3- <i>Moderne Verfassung als Novum</i> .	33
4- <i>Verfassung der Freiheit: Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung</i> .	40
5- Il moderno concetto di costituzione e la dottrina costituzionale di Sieyès. La costituzione del potere rappresentativo.	47
6- <i>Stukturwandel der modernen Verfassung</i> : aspetti categoriali.	59
CAPITOLO II. Dalla solidarietà tra estranei alla costituzione di una comunità federale sopranazionale. Pensare l'Europa a partire da Jürgen Habermas.	
1- Introduzione. Posizione del problema e tesi.	67
2- Costellazione postnazionale e concetti politici e giuridici (moderni).	71
2.1. <i>Begriffe, die nicht mehr greifen?</i>	71
2.2. <i>Die weiterlaufende Moderne muss weitergeführt werden: pensare il postnazionale sulla base del nazionale?</i>	76
3- Che cos'è un popolo? Superamento della tesi <i>no-demos</i> attraverso la solidarietà tra estranei.	87
3.1. Solidarietà tra estranei: considerazioni a partire da <i>Fatti e norme</i> .	89
3.2. Dal ruolo catalizzatore della nazione alla disgiunzione della cittadinanza politica dall'identità nazionale.	96
3.3. Solidarietà tra estranei ed identità europea.	100
4- Transnazionalizzazione della democrazia e "costituzione" dell'Europa.	104
4.1. L'Europa oltre lo Stato.	104
4.2. Dalle teorie del <i>Bund</i> , oltre le teorie <i>demoi</i> -cratiche.	111

4.3. Come pensare una comunità federale destatalizzata e democratica oltre lo Stato? Presupposti.	118
4.4. Sovranità (con)divisa e <i>pouvoir constituant mixte</i> .	125
4.5. Le difficoltà del <i>pouvoir constituant mixte</i> .	134
CAPITOLO III. Una costituzione oltre lo Stato? La teoria del costituzionalismo multilivello di Ingolf Pernice.	
1- Introduzione. Posizione del problema e tesi.	141
2- La costituzione <i>oltre</i> lo Stato come <i>Verfassungsverbund</i> .	146
3- <i>Pluriversum der Staaten</i> : alcune aporie dello <i>Staatenverbund</i> .	154
4- Dagli Stati alle cittadine e i cittadini d'Europa.	162
5- Il modello del contratto sociale nella teoria del <i>Verfassungsverbund</i> : sulla necessità di un superamento.	166
CAPITOLO IV. Come pensare federalisticamente l'Europa? Per una critica della (teoria della) federazione.	
1- Sovranità e federalismo: due concetti antinomici.	173
2- Il <i>Bund</i> come ordine politico-giuridico senza sovranità? Strette concettuali.	184
3- La federazione oltre Schmitt?	192
4- La <i>Théorie de la Fédération</i> : elementi morfologici della federazione.	199
5- L'idea federale e la questione dell'individuo.	207
6- La federazione come istituzione e la questione della rappresentanza.	214
Conclusione.	221
Appendice.	227
• La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato, (D. Grimm).	229
• Parole chiave per una teoria discorsiva del diritto e dello Stato democratico di diritto, (J. Habermas).	249
Bibliografia.	259
Welche politischen und rechtlichen Begriffe für eine »Verfassung« Europas? – Zusammenfassung.	279

SINTESI:

Attraverso il confronto critico con alcuni dei contributi più significativi emersi all'interno del vastissimo dibattito sulla "costituzione" dell'Europa a partire dagli inizi degli anni '90 dello scorso secolo, il presente lavoro intende offrire un'analisi riflessiva delle categorie che sono state messe in campo per cercare di (ri)pensarla. Punto di partenza del lavoro è la problematizzazione dell'opinione diffusa e largamente condivisa nell'ambito degli studi giuridici, ma anche, politologici, storico-sociali e filosofici, secondo cui i processi in atto che determinano la realtà dell'Unione Europea presentano un carattere in larga parte inedito e non decifrabile sulla base degli schemi categoriali che hanno avuto come proprio referente privilegiato lo Stato (nazionale) moderno.

Per cercare di comprendere da un punto di vista filosofico-politico l'integrazione europea e la sua "costituzione", è stata rivolta attenzione particolare ai concetti di unità politica e di legittimazione democratica. Su di essi si è focalizzato il presente contributo al fine di provare a rispondere all'interrogativo posto dal titolo (*Quali concetti politici e giuridici per una "costituzione" dell'Europa?*). La modalità di indagine impiegata è stata di tipo storico-concettuale. Essa non intende muoversi immediatamente sul piano dei meccanismi costituzionali, bensì su quello dei concetti e dei valori, che stanno alla base della costituzione e delle sue procedure.

Il lavoro si suddivide in quattro capitoli, ciascuno dei quali è dedicato principalmente ad un autore o, nel caso dell'ultimo capitolo, ad una ben precisa linea interpretativa.

I primi due capitoli propongono una rivisitazione complessiva di quello che è stato presto chiamato *Grimm-Habermas debate*, che a metà degli anni Novanta ha visto come protagonisti il filosofo Jürgen Habermas e il costituzionalista Dieter Grimm. Il tentativo intrapreso nell'ambito del presente lavoro è quello di situare la loro riflessione sull'Europa, anche alla luce dei più recenti sviluppi, nel contesto più ampio della loro riflessione su temi quali il costituzionalismo moderno e la questione della legittimazione democratica.

Nel caso di Grimm (Capitolo I), i contributi sull'Europa sono stati posti in risonanza sia con le sue indagini storico-concettuali sulla genesi del costituzionalismo moderno sia con la questione del "futuro della costituzione" alla luce dei processi di erosione della

statalità. L'obiettivo è stato di determinare il nesso che lega strutturalmente la costituzione moderna allo Stato e di individuare le difficoltà che derivano da una proiezione dei concetti tradizionali *oltre* di esso. Se la cifra unitaria connota la costituzione moderna in relazione alla sua funzione, l'ostacolo principale a una sua proiezione oltre lo Stato consiste nell'impossibilità di pensare a una pluralità di soggetti politici.

Nel caso di Jürgen Habermas (Capitolo II), i contributi sull'Europa del filosofo tedesco sono interpretati in relazione ad alcuni degli snodi teorici del capolavoro del 1992, *Fatti e norme*, su cui fa leva il suo sforzo di ripensare il tema dell'identità e della cittadinanza democratiche a livello europeo nell'ambito della costellazione postnazionale mediante la valorizzazione del concetto di solidarietà tra estranei. La proposta recente di concetti come quelli di "sovranità (con)divisa" e "*pouvoir constituant mixte*" per pensare una comunità federale sovranazionale non-statale è analizzata nella sua (in)consistenza con l'assunzione dell'idea di autodeterminazione democratica.

Il capitolo III è dedicato alla teoria del *Verfassungsverbund* nella configurazione che esso ha assunto nella riflessione del "giurista europeo" Ingolf Pernice. Per un verso, sono stati individuati gli elementi che connotano positivamente questo tipo di costituzionalismo ("multilivellarità"/pluralità, dinamicità ecc.), tali da renderlo differente e irriducibile sia al costituzionalismo statale, sia a costruzioni dottrinarie alternative quali quella dello *Staatenverbund*. Per altro verso, si è mostrata la difficoltà di pensarlo sulla base del modello del contratto sociale specie se alla base si situa la dimensione dell'accordo tra cittadini.

Il quarto ed ultimo capitolo è dedicato a quei tentativi di ripensare l'Europa *oltre* lo Stato che hanno assunto come punto privilegiato di riferimento la categoria di *Bund*. In un tale contesto teorico, analizzato sulla scorta del contributo di Olivier Beaud in particolare, si presenta l'esigenza di pensare la politica e il diritto sulla base di premesse radicalmente diverse da quelle solitamente adottate nell'ambito dello Stato e che risultano necessarie per poter pensare produttivamente ad una pluralità di soggetti politici che intendono dare vita, attraverso la loro partecipazione, ad un nuovo orizzonte comune di interazione. In tal senso, viene ad assumere un ruolo di primo piano la dimensione pattizia come dimensione costitutiva della politica e del diritto. Si è cercato dimostrare perché la questione che pone una modalità di intendere la politica di questo tipo non è quella di una sua legittimazione democratica, bensì, se si intende garantire il carattere politico delle

parti e la possibilità del controllo, di indurre ad un ripensamento del comando politico che non può essere inteso come comando rappresentativo.

ABSTRACT:

This work critically confronts some of the most significant contributions to the political-philosophical and juridical debate over the “constitution” of Europe since the 1990s. The aim of this inquiry is to analyze and problematize the juridical and philosophical categories that have been proposed in attempts to conceive of the constitution beyond the State. I begin by inquiring into a conviction – widespread in jurisprudence, political sciences, sociology and philosophy – that the European Union is characterized by processes which can no longer be captured by relying on the political and juridical categories proper of modern national States.

To fulfill the task of re-thinking the European constitution, scholars have brought two concepts into the spotlight: “political unity” and democratic legitimation. I turn this aforementioned approach around, seeking first to answer the question in the title: Which political and legal concepts need to be considered for a “constitution” of Europe? This question will be taken up from the perspective of historical-conceptual analysis. Such an approach is concerned primarily with the concepts and values that underpin the Constitution and its procedure, taking as secondary an analysis of constitutional mechanisms.

Each chapter of the thesis is mainly dedicated to a single author except for the fourth, which is dedicated to an established theory.

The first two chapters revisit the so-called Grimm-Habermas debate of the mid-90s, named after its most prominent voices, constitutionalist Dieter Grimm and philosopher Jürgen Habermas. Based also on the most recent developments in this debate, these chapters will inquire into Habermas’ and Grimm’s positions on the European Constitution against the backdrop of their analyses of modern constitutionalism and democratic legitimacy.

Dieter Grimm’s contribution on the European Constitution has been correlated both with his historical conceptual inquiries on the genesis of modern constitutionalism and

with the topic of the “future of the constitution” in light of the erosion of the national State. The aim of this analysis is to determine the structural link between the modern Constitution and the national State, as it represents the primary obstacle to translating the categories into a Constitution beyond the State. If unity is essentially part of the modern Constitution in relation to its function of constituting and limiting political power, the obstacle to project it into a constitution which has States as its members consists in the impossibility of conserving the plurality and individuality of different political subjects, while simultaneously producing their union.

Chapter 2 addresses Jürgen Habermas’ contribution on the European Constitution from the point of view of Habermas’ masterpiece *Fact and Norms* (1992). I argue that Habermas’ attempt to rethink political identity and democratic citizenship at the European level is a sort of extension of his analysis in *Facts and Norms*, because his use of the notion of “solidarity among strangers” represents an attempt to find a new dimension for those categories (or for the political participation) within the post-national constellation. Moreover, Habermas’ recent appeal to the concept of “divided sovereignty” and “*pouvoir constituant mixte*” in theorizing a federal non-statal community reveals (in)consistencies when coupled with the assumption of democratic self-determination.

Chapter 3 is dedicated to Ingolf Pernice’s theorization of the *Verfassungsverbund*. On one hand, the chapter individuates the positive elements of Pernice’s theory of constitutionalism (multilevel structure/plurality, dynamicity, etc.), for these elements avoid any reduction of this form of constitutionalism both to statal constitutionalism, and to alternative forms such as the *Staatenverbund*. On the other hand, my analysis shows the difficulties that arise from grounding this model on a social contract-like theory, especially if at bottom there is a pact among citizens and not the constitution of the body politic.

Chapter 4 inquires into those attempts to rethink the political union within the EU which move from the political and juridical category of “*Bund*”. Olivier Beaud’s contribution to develop the category of federation also receives a critical analysis, for it clearly insists on the necessity of categories which radically differ from those proper of the State to conceive of politics at the European level. Only radically new categories can help in attributing political dimension to a plurality of subjects whose aim is grounding a new horizon of political action through their political participation. Towards this aim, a

relevant role is assumed by the “contractual” dimension of politics and law. This chapter demonstrates why such theories must meet the challenge of relativizing the category of democratic legitimation at the European level; their challenge consists instead in rethinking the political command not in terms of *modern* representation. Only this new form of command can warrant the political character of the members constituting a Union, whilst affirming a form of control over it.

INTRODUZIONE

Dieses Problem wird nicht durch eine Theorie gelöst werden.¹

Like our ancestors three centuries ago, we are in a rising slope of a mountain pass we have never climbed before and so have no inkling of what sort of a view will open up once we reach the top. We are not sure where the twisting gorge will lead us; one thing we are sure of is that we cannot settle and rest here, on a steeply rising path. And so we move on “because”: because we can’t stand still for long. Only when (if) we reach the top of the pass and survey the landscape on its other side will the time come to move “in order to”; pulled rather than pushed, and pull ahead visions, purposes and chosen destinations. For the time being, little can be said of that vexingly distant time except that it will (hopefully) arrive; that is, if there are still climbers left to find out that it has, and to say so. I suggested that much to Koselleck, pointing to the rarity of prophetic talents and the notorious deficiencies of scientific prediction. In his reply, however, Koselleck added an argument that was yet more decisive: we don’t even have the concepts in which to couch our anticipation. Such concepts are formed in the practice of climbing, and not a moment before. Of the other side of the mountain pass, prudent climbers ought to keep silent.²

Attraverso il confronto critico con alcuni dei contributi più significativi emersi all’interno del vastissimo dibattito sulla “costituzione” dell’Europa a partire dagli inizi degli anni ’90 dello scorso secolo, il presente lavoro intende offrire un’analisi e una problematizzazione riflessiva delle categorie che sono state messe in campo per cercare di (ri)pensarla. Punto di partenza del lavoro è rappresentato dalla consapevolezza ormai diffusa e largamente condivisa nell’ambito degli studi storico-sociali, ma anche giuridici, politologici e filosofici, secondo la quale i processi in atto che determinano la realtà dell’Unione Europea presentano un carattere in larga parte inedito e non decifrabile sulla base degli schemi categoriali che hanno avuto come proprio referente privilegiato lo Stato (nazionale) moderno. In tal senso, si tratta innanzitutto di capire in particolare in che modo le proposte di nuova concettualità prese in esame si articolino e se riescano a operare diversamente da quelle consolidate a livello statale (e, eventualmente, se e quali aspetti aporetici presentino al loro interno).

¹ Hofmann, *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, 2004, p. 170.

² Bauman, *Europe. An Unfinished Adventure*, 2004, p. 140.

L'impossibilità di un impiego dei medesimi schemi categoriali può essere considerata in prima istanza come l'effetto di un duplice punto di vista: da un lato, come detto, essa deriverebbe dal carattere innovativo – il cosiddetto carattere *sui generis* – “non-statale” – che connoterebbe *de facto* l'attuale assetto politico e giuridico dell'Unione Europea; dall'altro lato, tale impossibilità andrebbe fatta risalire agli effetti concreti che la formazione di un'organizzazione sovrastatale come l'Unione Europea ha prodotto e produce sugli Stati nazionali medesimi. In tal senso, infatti, lo stesso processo d'integrazione europeo è riconosciuto come uno dei fattori che ha determinato una trasformazione profonda e una crisi della statalità a livello nazionale. Esso va a sommarsi a quell'insieme più ampio di processi trasformativi solitamente designati, benché in maniera vaga, col termine “globalizzazione”.³ Inutile aggiungere forse che la presa d'atto di simili circostanze, così come il riconoscimento della loro rilevanza unitamente all'urgenza di un loro ripensamento, non comportino di per sé l'effettiva capacità di renderne ragione in modo compiuto proprio per il loro carattere inedito.

Al di là di quanto riscontrato fin qui, in effetti, è facile altresì constatare come, anche per pensare l'Europa, sia stato fatto sovente ricorso a concetti che hanno trovato la loro determinazione storica e hanno espletato la loro funzione normativa *primariamente* all'interno degli Stati nazionali. Sebbene questo modo di procedere e questo recupero non sia consistito per lo più in una pura e semplice trasposizione dei quadri categoriali acquisiti, può risultare utile un lavoro di interrogazione, per poter intendere se e come tali concetti possano, attraverso una “rispecificazione”, offrire orientamento pratico a livello europeo.

Per cercare di comprendere da un punto di vista filosofico-politico l'integrazione europea e la sua “costituzione” ci è parso pertanto necessario riconsiderare in modo particolare i concetti di unità politica e di legittimazione democratica. Su di essi intende focalizzarsi il presente contributo al fine di tentare di rispondere all'interrogativo posto dal titolo (*Quali concetti politici e giuridici per una “costituzione” dell'Europa?*)

³ Dell'ingente letteratura concernente un simile *corpus* di problemi e tematiche si vedano almeno i seguenti, seppur tra loro diversissimi, contributi: Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, Zürn, *Regieren jenseits des Nationalstaates*, 1998; Böckenförde, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, 1999; Balibar, *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo stato, il popolo*, 2004; Chignola & Duso, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, 2005; Beck & Grande, *L'Europa cosmopolitica*, 2006; Dobner & Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010.

attraverso una modalità di indagine di tipo storico-concettuale.⁴ Esso non intende muoversi immediatamente sul piano dei meccanismi costituzionali, bensì su quello dei concetti e dei valori, che stanno alla base della costituzione e delle sue procedure, per cercare di capire se e come sia possibile pensarla in modo diverso. In tale ottica, anzi, appare proficuo attingere alla ricchezza del termine “costituzione” intendendo quest’ultima in senso ampio come complesso di condizioni storiche, sociali, politiche, giuridiche, istituzionali, economiche, relativizzando il significato di un unico modello di costituzione verso cui ha teso idealmente il pensiero politico moderno.

Il lavoro si suddivide in quattro capitoli, ciascuno dei quali è dedicato principalmente ad un autore o, nel caso dell’ultimo capitolo, ad una ben precisa linea interpretativa. I primi due capitoli propongono una rivisitazione complessiva di quello che è stato da tempo chiamato come *Habermas-Grimm Debatte*, che a metà degli anni Novanta ha visto come protagonisti il filosofo Jürgen Habermas e il costituzionalista Dieter Grimm. Si tratta di un autentico *topos* della letteratura sul tema che non ha smesso di destare l’attenzione critica di studiosi provenienti dagli ambiti disciplinari più diversi.⁵ Il tentativo intrapreso nell’ambito del presente lavoro non è quello di riproporre per l’ennesima volta le tesi sostenute da parte dei due autori in merito all’opportunità o meno di una costituzione europea, quanto quello di situare la loro riflessione sull’Europa, anche alla luce dei più recenti sviluppi, nel contesto più ampio della loro riflessione su temi quali il costituzionalismo moderno e la questione della legittimazione democratica.

Nel caso di Dieter Grimm (Capitolo I), i contributi sull’Europa verranno posti in risonanza sia con le sue indagini storico-concettuali sulla genesi del costituzionalismo moderno sia con la questione del “futuro della costituzione” alla luce dei processi di erosione della statalità. L’obiettivo è quello di determinare il nesso che lega in certo senso

⁴ Per quel che attiene questo tipo di approccio teoretico si rimanda a: Chignola & Duso, *Storia dei concetti e filosofia politica*, 2008, p. 273-319, in particolare.

⁵ Giusto per avere un riscontro a titolo d’esempio in relazione alla letteratura in lingua italiana e tedesca: Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, 2002, p. 161-171 e 206-225; Marramao, 2003, *Passaggio a Occidente*, p. 223 e ss.; Cantaro, *Europa sovrana*, 2003, p. 53 e ss.; Agamben, *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell’economia e del governo*, 2007, p. 280-282; Chignola & Mezzadra, *Gli spazi d’Europa*, 2008, p. 130 e ss.; Thiel, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 2008, p. 163-179; Nanz, *Europolis*, 2009, p. 41-45 e 80-85; De Fiores, *L’Europa alla ricerca del suo "We the people"*, 2010, p. 62-91; Lo Giudice, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*, 2011, p. 197-214; Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, p. 11-13; Esposito, *Da fuori. Una filosofia per l’Europa*, 2016, p. 206-216; Scuccimarra, *Costituzionalismo e democrazia nell’epoca globale*, 2016, p. 26-28; Scalone, *Le istituzioni europee: carenza di legittimazione o superamento del principio rappresentativo?*, 2016, p. 180-186.

strutturalmente la costituzione moderna allo Stato e di individuare le difficoltà che derivano da una proiezione dei concetti tradizionali *oltre* lo Stato.

Nel caso di Jürgen Habermas (Capitolo II), i contributi sull'Europa del filosofo tedesco verranno interpretati in relazione tanto ad alcuni degli snodi teorici del capolavoro del 1992, *Fatti e norme*, su cui fa leva il suo sforzo di ripensare il tema dell'identità e della cittadinanza democratiche a livello europeo – ragionando in particolare sul concetto di “solidarietà tra estranei” – quanto alla sua riflessione sulla costellazione postnazionale e la costituzionalizzazione del diritto internazionale coeva e successiva a quella dell'opera maggiore. Nell'ambito del quarto paragrafo, inoltre, un'attenzione particolare sarà rivolta all'esito più recente della riflessione del filosofo tedesco sull'Europa in quanto, pur presentando degli evidenti elementi di continuità (*in primis* il motivo della transnazionalizzazione della democrazia), essa ci pare cionondimeno segnata dall'esplicito obiettivo di concepire la realtà politica europea in una prospettiva federalistica che vada al di là della dicotomia di Stato federale e federazione di Stati. La proposta di concetti come quelli di “sovranità (con)divisa” e “*pouvoir constituant mixte*”, avanzata a partire da *Zur Verfassung Europas* dovrà essere analizzata rispetto alle premesse teoriche del ragionamento habermasiano.⁶ Infine, in appendice al presente lavoro, vengono proposte le traduzioni in lingua italiana di due rilevanti contributi di questi autori, che riteniamo particolarmente significativi in funzione delle questioni affrontate nei relativi capitoli.⁷

Il capitolo III è dedicato alla teoria del *Verfassungsverbund* o del cosiddetto *multilevel constitutionalism* nella configurazione che esso ha assunto nella riflessione del “giurista europeo” Ingolf Pernice. Il costituzionalismo multilivello di Pernice è inteso come un tentativo esplicito di concettualizzare il costituzionalismo europeo “democratico” *oltre* lo Stato e in quanto tale è preso in considerazione e attraversato criticamente. Per un verso, si intende individuare gli elementi che lo connotano positivamente, tali da renderlo differente e irriducibile sia al costituzionalismo statale, sia a costruzioni dottrinarie alternative quali quella dello *Staatenverbund* ad esso

⁶ Cfr. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, 2011, p. 39-96.

⁷ I testi di cui si propone la traduzione sono i seguenti: Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, 2012, p. 315-344 (per l'edizione inglese precedente a quella apparsa in *Die Zukunft der Verfassung II*, cfr. anche: Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, 2010, p. 3-22); Habermas, *Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 2013, p. 67-81.

antitetivamente contrapposta. Alla luce degli elementi che lo connotano si tratterà infine di mostrare le ragioni in base alle quali il ricorso all'idea di contratto sociale europeo per fondare una realtà costituzionale plurale, multilivellare e dinamica, presenti delle difficoltà di ordine concettuale che lo rendono o del tutto accessorio o dotato di un significato radicalmente diverso da quello che ha tradizionalmente assunto come dispositivo logico attraverso cui lo Stato si pensa.

Il quarto ed ultimo capitolo è dedicato a quei tentativi di ripensare l'Europa *oltre* lo Stato che hanno assunto come punto privilegiato di riferimento la categoria di *Bund*, con l'obiettivo di proporre una riflessione sul federalismo consapevolmente emancipato dalla tradizionale distinzione di Stato federale e confederazione di Stati e, in generale, da una categorialità statocentrica – specie per quel che attiene il concetto di sovranità. In un tale contesto teorico si presenta l'esigenza di pensare la politica e il diritto sulla base di premesse radicalmente diverse da quelle solitamente adottate nell'ambito dello Stato e che risultano necessarie per poter pensare produttivamente ad una pluralità di soggetti politici che intendono dare vita, attraverso la loro partecipazione, ad un nuovo orizzonte comune di interazione. In tal senso, viene ad assumere un ruolo di primo piano la dimensione pattizia come dimensione costitutiva della politica e del diritto. Si cercherà di mostrare come la questione che pone una modalità di intendere la politica di questo tipo non è tanto quella di una sua legittimazione democratica, bensì di spingere in direzione di un ripensamento del comando politico che non può essere più inteso come comando rappresentativo.

RINGRAZIAMENTI

Parte consistente delle ricerche confluite nel presente elaborato sono state svolte oltre che nel contesto del dottorato di ricerca presso l'Università di Padova anche nell'ambito del gruppo di ricerca berlinese Grakov (*Graduiertenkolleg Verfassung jenseits des Staates*) presso la Facoltà di Giurisprudenza della Humboldt-Universität di Berlino, del quale ho avuto l'enorme privilegio di fare parte. Il presente lavoro è stato reso possibile inoltre grazie a una borsa di dottorato finanziata dalla DFG (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*). All'allora direttore, Prof. Ingolf Pernice, al Prof. Matthias Kumm, che ha dato la sua disponibilità a seguire il lavoro di tesi, ai coordinatori scientifici

Prof. Lars Viellechner e Dr. Detlef von Daniels, così come a tutti i membri del gruppo è rivolto il mio più sentito ringraziamento per l'accoglienza e le feconde discussioni.

CAPITOLO I.

IL COSTITUZIONALISMO MODERNO TRA STATO E EUROPA: IL CONTRIBUTO DI DIETER GRIMM.

1- INTRODUZIONE. POSIZIONE DEL PROBLEMA E TESI.

Il presente capitolo intende confrontarsi con i contributi e le tesi che il giurista Dieter Grimm ha elaborato con riferimento al tema della costituzionalizzazione dell'Europa considerandoli alla luce della riflessione complessiva che egli ha dedicato alla genesi storico-concettuale, alla crisi, nella sua dimensione interna ed esterna, e alla questione del futuro del costituzionalismo moderno. I lavori di Dieter Grimm offrono una prospettiva privilegiata per approssimare una risposta alla domanda se (ed eventualmente in che modo) la costituzione nel suo senso classico ed enfatico, ovvero come organizzazione di un'azione politica unitaria, basata sull'originaria coincidenza di autonomia privata e pubblica, capace di aprire al futuro sia ancora in grado di rendere ragione e fornire orientamento nel tentativo di pensare l'Europa politicamente.¹ Essi richiedono, inoltre, di esaminare la modalità dominante in cui è stato declinato il tentativo di pensare politicamente l'Europa, ovvero quella che prende le mosse dalla mancanza di legittimazione democratica che avrebbe caratterizzato e caratterizzerebbe i processi che hanno portato all'Unione Europea, per comprendere come essa ne condizioni fondamentalmente gli esiti.²

L'analisi condotta nel capitolo non è finalizzata tuttavia a presentare una sintesi esplicativa dei numerosi contributi di Grimm sul tema. Il tentativo fatto di seguito, in altri termini, non è semplicemente quello di una ricostruzione delle tesi del giurista tedesco sullo Stato nazionale, prima, e sull'Europa, poi, ma consiste in una ricognizione critica che si interroga su come esse si intrecciano o possano essere intrecciate produttivamente tra loro allo scopo di presentare l'aspetto analitico in rapporto all'esistente e di mettere in

¹ Su questo concetto di costituzione si veda, in particolare: Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, 2005, p. 227-237.

² Per un utile inquadramento critico si vedano: Scalone, *Le istituzioni europee: carenza di legittimazione o superamento del principio rappresentativo?*, 2016, p. 175-211; Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, 2002, p. 109-139.

luce i limiti e le aporie che conseguono nel tentativo di trasporre il modello della costituzione moderna su di un'unità politica differente dallo Stato come l'Europa (in taluni casi andando oltre quelle che sono le intenzioni stesse dell'autore).³

L'idea di dotare l'Europa di una costituzione, che nell'ambito del dibattito pubblico ha contraddistinto la fase cruciale del processo di integrazione europea inaugurata dal Trattato di Maastricht e che, nonostante gli scossoni “disintegranti” subiti dall'edificio europeo a seguito di crisi finanziarie e migratorie, fuoriuscite dall'Unione ecc.,⁴ incontra tutt'ora numerosi sostenitori, si situa nella fase occidua del costituzionalismo moderno a livello nazionale – di una concomitante “culminazione esterna ed erosione interna” della sua vicenda. Al contempo essa rappresenterebbe la chiave di volta per il superamento del cosiddetto deficit democratico di cui soffrirebbero le istituzioni europee. Sebbene le posizioni a riguardo del deficit democratico permangano fortemente polarizzate – tra coloro che ritengono che tale deficit sia strutturale, da una parte, e coloro che ritengono invece che a determinate condizioni una democratizzazione sia possibile, dall'altra parte –, ciò che viene dato per assodato è l'idea che la legittimazione democratica rappresenti di per sé un valore indiscutibile e un punto di riferimento teorico intrascendibile per pensare politicamente l'Unione. In uno scritto del 1997, interrogandosi sul futuro dell'Europa, un altro autorevole giurista tedesco, Ernst-Wolfgang Böckenförde, aveva precisato efficacemente i termini della questione nel modo seguente: “una comunità sovranazionale in cui viene esercitato un autonomo potere di sovranità, che determina durevolmente le condizioni di vita dei cittadini e il diritto che le regola, abbisogna a sua volta, nell'era della democrazia, di una struttura democratica”.⁵

L'incedere degli scritti di Grimm è tutto proteso all'apertura di uno spazio critico-riflessivo di interrogazione nei riguardi di una scansione lineare che da una tale presa d'atto porterebbe a concludere, ad esempio, la necessità di una costituzione Europea. Il

³ Vorremmo con ciò riprendere uno spunto suggerito da Hasso Hofmann nel suo *Dalla sociologia dello Stato a una sociologia della Costituzione?*, dove si legge: “Nell'odierno crepuscolo europeo dello Stato nazionale e nel caso di vistose e incontrollate escrescenze dell'amministrazione dell'assistenza pubblica, la passata promessa di una Costituzione del futuro si capovolge però, allo stesso tempo, nella domanda scettica su un futuro della Costituzione. Da qualche altra parte si parla al contrario, in modo disinvolto di una Costituzione – di tipo non statale – dell'Unione Europea. Questa ambiguità conferisce alla questione relativa alle condizioni sociali di formazione, di azione e di verifica del progetto di Costituzione anche attualità politica”, Hofmann, *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della costituzione*, 2009, p. 82.

⁴ Cfr., da ultimo, Zielonka, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, 2015, p. 23-48, in particolare.

⁵ Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa Unita*, 2010, p. 191.

riconoscimento e l'enucleazione dei tratti fondamentali della conquista storica rappresentata dal costituzionalismo moderno non precludono la possibilità di interrogarsi sul fatto se questa particolare concezione della forma politica permetta, in quanto tale, di pensare la diversa complessità e la struttura plurale dell'Europa in maniera appropriata (e senza che ciò comporti, malgrado le analogie, tanto anacronistici ritorni al pluralismo precedente la vicenda dello Stato moderno, quanto, nostalgicamente, il recupero integrale delle prerogative degli Stati nazionali). Le domande che possono e devono essere sollevate a tal proposito sono molteplici: qual è il nesso che lega tra loro legittimazione democratica e costituzione? Qual è il contenuto e la prestazione specifica delle costituzioni moderne? Qual è il nesso che lega la costituzione allo Stato? È possibile ed è sufficiente estendere e adattare gli strumenti concettuali ereditati dalla tradizione del costituzionalismo moderno per pensare una costituzione europea? Quali difficoltà presenta un approccio di questo tipo?

Ciò che vorremo provare a determinare in termini più chiari è allora, anzitutto, il quadro problematico dischiuso da questa serie interrogativi nella misura in cui essi si situano e agiscono sullo sfondo dell'indagine del giurista tedesco sull'Europa e non solo. Nell'apertura di tale campo problematico consiste lo specifico del contributo del giurista tedesco che si tenterà di sviluppare anche nel corso del lavoro. Il compito che si impone e che vorremmo provare a recuperare è, allora, quello di interrogarsi sui principi che stanno alla base della costituzione degli Stati nazionali e sulle procedure che da essi discendono a partire da uno sguardo storico ampio, che arrivi a mettere in questione gli stessi concetti moderni e le loro precondizioni.⁶ Se si tiene presente inoltre la proliferazione e la grande fortuna di cui ha goduto il "linguaggio del costituzionalismo" entro e oltre il dibattito sull'Europa assieme alla rivendicazione di una continuità e di una diretta derivazione dal "grande laboratorio del costituzionalismo moderno",⁷ è possibile

⁶ Sul rapporto tra sapere storico e scienza del diritto costituzionale, si veda in particolare il contributo di Gustavo Zagrebelsky su storia e costituzione, cfr. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, 1996, p. 35-82. L'interrogativo che qui viene sollevato è il seguente: "può il nostro tempo essere quello di un'unione costruttiva di storia e diritto costituzionale?". Sulla necessità di assumere radicalmente la questione ha insistito, con particolare enfasi, Giuseppe Duso, secondo il quale "contro l'abitudine delle discipline moderne di fare la loro storia e di intendere la storia sulla base della propria 'scientificità', si tratta di intendere la storicità e dunque la determinatezza e i presupposti della scienza moderna, e con ciò mostrarne anche la contingenza e la precarietà che la connotano, contro un'impostazione dogmatica", Duso, *Tra Unione europea e forma-Stato: pensare il federalismo*, 2002 – citato dalla versione disponibile online.

⁷ Cfr. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, 2009, p. 258-325. Per un utile inquadramento storico-concettuale del "ritorno del costituzionalismo" all'interno del dibattito "sul nuovo ordine giuridico e politico della società globale" si vedano: Scuccimarra, *Costituzionalismo e democrazia*

cogliere un'ulteriore ragione in ordine alla quale appare doveroso provare a fare chiarezza su tale questione. Rispetto ai capitoli successivi del lavoro, dunque, l'oggetto dell'analisi è qui rappresentato innanzitutto dai concetti politici e giuridici che sono legati e hanno connotato l'esperienza costituzionale degli Stati nazionali (sovranità del popolo, rappresentanza politica, diritti individuali), mentre l'esigenza di pensare positivamente l'Europa mediante nuove categorie e concetti differenti da quelli tradizionali legati alla dottrina dello Stato si trova solo posta programmaticamente. Un tentativo di questo genere esige di superare un'irriflessa riduzione dei concetti che definiscono la democrazia e la costituzione nella loro accezione moderna a valori. Solo su questa base appare possibile affrontare la questione di come ripensare la costituzione e la democrazia in riferimento all'Europa superando concettualmente il quadro di riferimento rappresentato dallo Stato-nazionale

Gli studi di Dieter Grimm consentono di mettere in luce, in modo particolare, lo stato di criticità nel quale i concetti con cui si è soliti pensare la politica si trovano a seguito delle mutazioni profonde che dalle origini del costituzionalismo moderno sono intervenute sul piano di quella che possiamo provvisoriamente indicare come "costituzione materiale".⁸ Non solo, ma consentono di determinare, perlomeno negativamente, alcune difficoltà costitutive della tradizionale concettualità costituzionale di pensare un'entità politica come l'Europa. In tal senso, l'utilità di confrontarsi con quest'autore deriva, per un verso, dal lavoro che egli ha fatto sulla genesi, le trasformazioni strutturali e la crisi del costituzionalismo e, per l'altro verso, dall'indicazione esplicita della necessità di una nuova concettualità per comprendere i processi in corso che deriva non da ultimo proprio dalla consapevolezza di tale condizione di crisi.⁹

nell'epoca globale, 2016, e Scuccimarra, *Vedi alla voce "costituzione". Semantiche costituzionali nell'epoca globale*, 2016.

⁸ In questa direzione, la riflessione di Grimm non rappresenta un caso isolato e risulta affine a quella di altri giuristi tedeschi che, non a caso, hanno cercato di articolare le loro argomentazioni sulla base di un approccio più o meno direttamente riconducibile alla storia-concettuale. Si vedano a tale riguardo i saggi di Hasso Hofmann sul tema raccolti in: Hofmann, *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della costituzione*, 2009.

⁹ Rispetto alla modalità in cui il contributo del giurista tedesco viene recuperato e valorizzato nel presente lavoro è essenziale il gesto di radicalizzazione filosofica della storia concettuale. In questa direzione, si vedano in particolare Chignola & Duso, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, 2005, e Id., *Storia dei concetti e filosofia politica*, 2008.

Quest'ultimo aspetto – sul quale si dovrà fare ritorno anche per segnalare alcuni punti critici interni al discorso di Grimm – spesso messo in secondo piano da chi si è confrontato con le tesi grimmiane, emerge chiaramente se si insiste su quanto egli scriveva già nella parte conclusiva di *Braucht Europa eine Verfassung?*, significativamente intitolata *Verfassungssillusionen*, illusioni costituzionali:¹⁰

“gran parte dei problemi che necessitano di rielaborazione politica non è più risolvibile efficacemente entro la rigida cornice statale dei paesi europei. Questa diagnosi spinge in direzione di un'unione/associazione (*Zusammenschluss*) sovranazionale. Se questa tuttavia non deve essere accelerata verso un'unione europea in forma di Stato (*zu einem europäischen Staatsverband*), è perché attualmente una tale unione non potrebbe (cor)rispondere alle esigenze di una democrazia. [...] Si tratta anzi di conservare l'Unione Europea nella sua peculiarità come istituzione sovranazionale e di svilupparla in conformità a questa peculiarità, non, al contrario, di copiare modelli nazionalstatali”.¹¹

Poiché a partire dalla conferenza del 1994 fino al recente *Europa ja, aber welches?*, sono innanzitutto la possibilità e la rilevanza di una costituzione europea ad essere revocate in dubbio nel complesso degli interventi di Grimm, è invalsa la tendenza a considerare la riflessione di quest'ultimo *tout court* come espressione di euroscetticismo – e, in quanto tale, inutilizzabile rispetto al proposito di pensare in positivo l'Europa.¹² Dovrebbe essere tuttavia sufficiente da solo il passo appena citato per rivelare il carattere riduttivo e fuorviante di quest'etichetta. Certo, l'esposizione dei limiti delle categorie tipiche della *Staatlichkeit* per pensare l'Europa è qualche cosa di diverso che l'indicazione di categorie e concetti nuovi utili a tale scopo. Nel passaggio citato, tuttavia, non solo il processo di europeizzazione è considerato in larga misura come irreversibile e come necessario da un punto di vista politico, ma l'aspetto che mi pare vada posto in rilievo

¹⁰ Cfr. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995b, p. 590. Il titolo non compare nella traduzione italiana che è condotta sulla versione del testo apparsa come *Privatdruck* della Carl Friedrich Von Siemens Stiftung: cfr. Id., *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995° (cfr. Id., *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 339-367, per la traduzione italiana).

¹¹ Id., *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 364-365 (t.d.r.).

¹² Per ironia della sorte, l'associazione Grimm-no demos tesi-euroscetticismo va in larga parte ricondotta alla critica habermasiana che ha dato vita non solo al cosiddetto “*Grimm-Habermas debate*”, ma anche alla grande fortuna goduta dallo scritto del giurista tedesco ben al di là del dibattito giuridico specialistico. Sul punto e sulle circostanze che hanno dato vita alla discussione si veda la recente intervista biografico-scientifica a Dieter Grimm: Id., *»Ich bin ein Freund der Verfassung«*, 2017, p. 243-252. Sulla critica habermasiana si tornerà nel prossimo capitolo.

concerne l'urgenza – largamente condivisa all'interno del dibattito –¹³ di differenziarsi da modelli improntati allo Stato nazione per poter pensare politicamente e giuridicamente l'Europa.¹⁴ A ciò si riconnette il tentativo di dimostrare l'inconsistenza della tesi secondo cui la trasformazione dell'Unione sulla base del modello statale non sarebbe funzionale al superamento del deficit di legittimazione. Per quanto attiene la presente trattazione pertanto, lo specifico del contributo di Grimm è funzionale a dimostrare le difficoltà di approcciare il problema della costituzione europea proprio per mezzo di un'irriflessa assunzione o riproposizione di categorie e concetti tradizionalmente alla base dell'ordine politico moderno che con il concetto di costituzione intrattengono un rapporto strutturale: la sovranità del popolo, i diritti fondamentali, la rappresentanza politica, il potere costituente. Di esito euroscettico e nostalgico della riflessione di Grimm si può allora coerentemente parlare in relazione ai suoi scritti sull'Europa solo se si assumono, dandoli per certi e intrascendibili, quegli stessi concetti politici e giuridici moderni sulle cui trasformazioni e sulla cui effettiva capacità di comprendere la realtà politica (alla luce di processi quali la materializzazione dello Stato sociale, l'europeizzazione e l'internazionalizzazione) non cessa di interrogarsi egli stesso. Il che significherebbe, in altri termini, rinunciare *ab initio* all'esigenza di porre radicalmente la questione di una nuova concettualità qual è quella che invece negli scritti di Grimm si trova perlomeno costantemente auspicata, anche se solo parzialmente elaborata e, in ogni caso, non sviluppata compiutamente.

¹³ Per approcci esplicitamente tesi a pensare l'Europa secondo il modello statale si vedano: Mancini, *Europe: The Case for Statehood*, 1998, p. 29-42; Id., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, 2004 e Morgan, *The Idea of a European Superstate*, 2005.

¹⁴ Si tratta di elementi che contraddistinguono anche la riflessione più recente del giurista tedesco. È sufficiente a tale riguardo considerare l'incipit della raccolta di saggi sulla "costituzione della democrazia europea" *Europa ja, aber welches?*: "Wie der Titel dieses Buches zu erkennen gibt, liegt den darin enthaltenen Beiträgen ein Zweispalt zugrunde. Einerseits sind sie von der tiefen Überzeugung getragen, dass die europäische Integration eine Notwendigkeit ist. Andererseits sind sie von der nicht weniger tiefen Sorge erfüllt, dass die Integration auf dem falschen Weg ist. Die EU zahlt dafür mit einer Entfremdung von ihren Bürgern. [...] Im Vordergrund dieses Bandes steht daher die Kritik am derzeitigen Zustand der Union, jedoch nicht in der Absicht, auf weniger Europa zu dringen, sondern ein besseres Europa", Grimm, *Europa ja - aber welches?*, 2016, p. 7.

2- BEGRIFF UND FUNKTION DER VERFASSUNG: APPROCCIO STORICO CONCETTUALE E CONCETTO MODERNO DI COSTITUZIONE.

Il saggio di Grimm *Braucht Europa eine Verfassung?*, da cui si originò la nota diatriba con Jürgen Habermas, nasce da una conferenza che ebbe luogo all'inizio del 1994 presso la Carl Friedrich von Siemens Stiftung.¹⁵ Come ricorda Peter Lerche nel *Vorwort* al *Privatdruck* edito dalla fondazione, la relazione venne tenuta in un momento in cui i contorni di un confronto più approfondito sull'urgenza e la sostanza dell'Unione Europea erano emersi in modo chiaro tutt'al più settorialmente nell'ambito di dibattiti specialistici. All'epoca, la delicata e complessa questione della legittimazione democratica delle istituzioni europee era stata sollevata – e aveva trovato una risposta che generò notevoli polemiche – in modo particolare nel *Maastricht-Urteil* del *Bundesverfassungsgericht*, alla cui redazione, pur essendo allora egli stesso giudice presso la Corte, Grimm non prese parte. Come testimoniano le innumerevoli riprese nella letteratura che si è confrontata con l'argomento, peraltro da prospettive disciplinari molteplici e con orientamenti più diversi, si tratta di un testo estremamente rilevante che consente di mettere a fuoco alcuni snodi teorici fondamentali che fino ad allora erano stati lasciati ininvestigati perlomeno all'interno del dibattito sull'Europa: il nesso tra costituzione (in senso moderno) e Stato, quello tra costituzione e legittimazione democratica del potere e il significato e le implicazioni di una costituzionalizzazione dell'Europa.

Se si pone attenzione alla struttura dell'interventi di Grimm, si può vedere come la delucidazione del concetto e della funzione della costituzione (*Begriff und Funktion der Verfassung*) rappresenta il primo passaggio dell'argomentazione nel tentativo di rispondere all'interrogativo posto dal titolo del saggio sulla necessità di una costituzione europea. L'esigenza di fare chiarezza a tale riguardo non risiede in un malcelato proposito di avvalorare dogmaticamente la validità esclusiva di un concetto pregnante di costituzione – magari, per rivendicare come esso sia di pertinenza esclusiva degli Stati nazionali esistenti. Il piano del ragionamento è diverso e, come anticipato, la sua

¹⁵ Sulla questione della “mancanza di una democrazia europea”, Grimm era intervenuto con un articolo su *Der Spiegel* già nell'ottobre del 1992 in cui si ritrovano tutti i motivi ripresi e sviluppati successivamente in *Braucht Europa eine Verfassung?*. In esso, egli criticava in particolare l'ipotesi di un superamento del deficit democratico mediante il rafforzamento del parlamento europeo. Cfr. Grimm, *Der Mangel an europäischer Demokratie*, 1992, p. 57-58. Sull'inadeguatezza di una riforma di questo tipo, Grimm non ha smesso di insistere neanche nei suoi più recenti interventi nel dibattito pubblico. Cfr. Id., *Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung*, 2014, p. 11.

peculiarità mi pare possa essere riassunta come un tentativo di auto-problemizzazione categoriale il cui obiettivo consiste nella considerazione storico-critica di concetti che tendono a presentarsi come neutrali e ovvi. Il tentativo di fare chiarezza sul concetto e sulla funzione della costituzione deve essere in tal senso ricondotto innanzitutto alla problemizzazione dell'opinione politica, allora dominante, secondo la quale i trattati europei non erano più sufficienti a garantire una solida legittimazione dell'Unione Europea a causa del livello d'integrazione che era stato conseguito col trattato di Maastricht e al corollario secondo il quale solo mediante la creazione di una costituzione europea si sarebbe potuto porre rimedio a tale deficit.

Inoltre, come emerge ancora dall'*incipit* dello scritto, l'esplicazione del concetto e della funzione della costituzione appare non solo proficua, ma indispensabile alla luce di evidenti slittamenti semantici che risultano registrabili considerando gli usi del termine "costituzione" progressivamente affermatasi specie nel dibattito specialistico, che appaiono non solo essere difficilmente compatibili gli uni con gli altri, ma che presentano contorni tutt'altro che perfettamente delineati.¹⁶ Su tutte appare a Grimm problematica la richiesta di una costituzione europea e il concomitante rifiuto della trasformazione dell'UE in uno Stato. Questo non significa di per sé assumere aprioristicamente, dandolo per scontato, che tra Stato e costituzione vi sia e non vi possa essere che un rapporto necessario, concettualmente cogente.¹⁷ Cionondimeno non solo è possibile mostrare come la relazione tra il contesto dei concetti politici moderni, la forma Stato e la costituzione non sia fortuita e contingente (e, conseguentemente, il tentativo di sconnettere costituzione e statalità si rivela, da un punto di vista anzitutto logico, più complessa di quanto non appaia a prima vista),¹⁸ ma dal punto di vista del significato

¹⁶ La possibilità di parlare di costituzione europea con riguardo ai trattati, ad esempio, non è di per sé esclusa da Grimm. La questione è di ordine concettuale nella misura in cui se, per un verso, i trattati assolvono molteplici funzioni tipiche delle costituzioni moderne, per l'altro verso, essi presentano una differenza sostanziale rispetto alle costituzioni moderne.

¹⁷ Su tale aspetto si tornerà nella parte dedicata alla trattazione del costituzionalismo multilivello di Ingolf Pernice (vedi Capitolo III).

¹⁸ Il trasferimento/la traduzione del concetto di costituzione oltre lo Stato è centrale, per esempio, nella riflessione recente di Ulrich K. Preuss fortemente ispirata dalla riflessione kantiana e habermasiana. Secondo Preuss, la specificità di una costituzione politica risiede nei meccanismi costituiti giuridicamente che sono finalizzati alla formazione della volontà collettiva: "*to establish a regime of collective self-rule by constituting 'We the people'*" è la funzione primaria della costituzione secondo Preuss (Preuss, *Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, 2010, p. 42). Fondamentali per l'idea della costituzione sono i concetti di individui liberi e di autodeterminazione democratica. Secondo l'approccio costituzionalistico – che Preuss distingue da quello propriamente sovranista – per determinare che una moltitudine governi se stessa è necessario che: "*the will of the united*

socialmente diffuso e dell'orizzonte comune d'esperienza l'idea di un nesso tra Stato e costituzione appare senz'altro di più immediata evidenza.¹⁹ Il punto di partenza, in altri termini, è un'attualità che si presenta tutt'altro che "conciliata" nella misura in cui il modo di pensare la politica sedimentato nell'immaginario comune appare fortemente sollecitato da mutamenti di significato impostisi nell'uso dei termini. Tali usi, insomma, oltre a evidenziare il carattere ormai tutt'altro che univoco del significato del termine costituzione, non sembrano a lor volta immediatamente conciliabili in particolare con la *richiesta* di una costituzione per l'Europa e con l'aspettativa connessa alla proposta di una costituzione: la risoluzione del deficit di legittimazione democratica di cui soffrirebbero le istituzioni europee, appunto. In tal senso, nel concetto di costituzione va infatti ravvisato un elemento politico-ideologico del linguaggio che lo rende tutt'altro che neutrale e portatore di un alto potenziale politico.

L'incompatibilità nelle accezioni del termine è registrabile in modo particolare attraverso il confronto tra gli usi che vengono fatti rispettivamente nell'ambito del discorso politico europeo e in quello della prassi giuridica europea. Grimm osserva che "se fosse giusta l'ipotesi della scienza del diritto comunitario, secondo cui la costituzione auspicata esisterebbe già da tempo, la domanda di costituzione cadrebbe sin dall'inizio nel vuoto".²⁰ L'ambivalenza semantica si produce, dunque, rispetto a un qualcosa che già c'è e che non può essere creato, bensì al limite modificato e migliorato, e qualcosa che, invece, non c'è ancora e per questo, innanzitutto, deve essere creato per poter sussistere – il che richiederebbe di considerare la modalità in cui è possibile crearlo. Nell'uso del

*body is embodied in a system of rules, institutions, and procedures which determine the principles of how society wants to be ordered. Here [...] the multitude is transformed into "the people"; but "the people" do not rule by joining the individual wills to one collective will but by application of those rules to the relevant cases to the competent institutions. The effectiveness of this sovereignty, embodied in the constitution, is [...] dependent [...] upon the functioning of the constitutional institutions", Ivi, p. 36. Intento di Preuss – esplicitamente *contra* Grimm – è di sganciare il concetto di potere (democratico-costituzionale) dal riferimento al concetto di territorio, il quale rappresenterebbe l'ostacolo maggiore per riattualizzare la costituzione oltre lo Stato. Non è possibile entrare qui nel dettaglio di tale proposta teorica (a riguardo si veda il saggio di Anne Peters: Peters, *Die "konstitutionalistische" Frage*, 2015, p. 109-122). Che essa permetta di pensare costituzionalmente in modo radicalmente diverso da quello della *Staatlichkeit* l'Europa è da ritenere dubbio.*

¹⁹ Del resto, la stessa domanda che è stata sollevata anche nei tentativi di riabilitazione del costituzionalismo oltre lo Stato (ovvero, "*what might constitutionalism be, once it is not imagined within a democratic statist framework but nonetheless remains committed to the French and American revolutionary tradition?*") non può che passare attraverso la determinazione del significato di costituzionalismo. Cfr. Kumm, *The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia*, 2010, p. 201-212.

²⁰ Grimm, *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 342.

termine costituzione fatto nell'ambito della scienza giuridica europea, in particolare, sembra andare smarrito la valenza propria del concetto moderno di costituzione per come esso è venuto definendosi all'altezza dell'epoca delle rivoluzioni con la svolta dalla sua accezione premoderna a quella moderna, ovvero come esito di un atto di autodeterminazione – svolta che richiede di distinguere due concetti di costituzione per ragioni di ordine concettuale incommensurabili tra loro.

È lo stesso Grimm, inoltre, che sempre nell'*incipit* del saggio osserva come la distinzione netta tra costituzione e trattato tipica dello *ius publicum europæum* risulti problematica e, comunque, non possa più essere assunta come criterio per definire la natura giuridica dell'Unione:

“le costituzioni danno il fondamento giuridico agli Stati. Le istituzioni internazionali hanno invece il loro fondamento giuridico nei trattati di diritto internazionale. O almeno così si diceva nel passato. Ma con l'Unione europea questa distinzione sembra venir meno. Si fa un gran parlare della sua costituzione anche se nessuno pensa che l'Unione sia uno Stato. Da un lato, i trattati internazionali su cui poggia l'esistenza dell'Unione sono normalmente definiti come la sua costituzione. Dall'altro, si accresce la percezione dell'insufficienza della base pattizia e si lamenta l'assenza di una costituzione europea”.²¹

Cionondimeno, secondo Grimm non sussistono dubbi rispetto al fatto che con la *rivendicazione* di una costituzione per l'Europa, non si allude a qualche cosa di generico, bensì “si intende con ciò l'ordinamento giuridico fondamentale della comunità analogo a quello sorto in Francia e in Nordamerica alla fine del XVIII secolo in seguito a due rivoluzioni vittoriose e qui costantemente diffusosi sino alla sua pressoché universale affermazione. Una costituzione in questo senso non era mai esistita in precedenza”.²² Questo rimando analogico è palese proprio se si confronta la richiesta di una costituzione europea con l'aspettativa (*Verfassungserwartung*) connessa a tale richiesta, ovvero porre rimedio al *deficit* di legittimità che caratterizzerebbe le istituzioni europee.²³ Secondo Grimm, all'ipotesi di una risoluzione del *deficit democratico* attraverso la costituzione

²¹ Grimm, *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 340.

²² *Ivi*, p. 342.

²³ “È appunto il deficit di legittimazione a far crescere la domanda di una costituzione per l'Europa e a giustificarne l'attuale risonanza presso l'opinione pubblica. La forza di legittimazione che la costituzione sviluppa sul piano nazionale deve affluire anche all'Unione Europea”, *Ivi*, p. 341.

non può che essere implicito il riferimento al concetto *moderno* di costituzione: per costituzione si intende un insieme completo di norme scritte che hanno la loro origine nel popolo, si rivolgono al detentore stesso del potere sovrano del quale fondano il potere (costituendolo e limitandolo al tempo stesso), le quali rivendicano la preminenza in quanto ordinamento fondamentale e rendono possibile l'integrazione sociale. L'indagine storico-concettuale consente di dimostrare le ragioni di tale assunto, svelando tuttavia anche il carattere storicamente determinato del concetto e mettendone contestualmente in dubbio la necessità per l'Europa.

Se l'analisi del concetto e della funzione della costituzione permette di chiarire, dunque, che cosa giustifichi le aspettative collegate alla proposta di una costituzione, essa consente al contempo di enucleare delle ragioni teoriche per l'impossibilità di applicare quel modello all'Europa e alle esigenze "costituzionali" che sono proprie di quest'ultima. Da un punto di vista logico – ma su questo si tornerà più oltre –, tale impossibilità e con essa la necessità di porre su basi radicalmente nuove la questione costituzionale europea, sembrano riguardare principalmente la modalità in cui si declina il rapporto tra unità e pluralità nelle costituzioni moderne e la cifra unitaria che caratterizza la logica dell'autodeterminazione propria del moderno costituzionalismo.²⁴ La modalità in cui tale rapporto è declinato permette di comprendere invece, perché lo Stato sovrano rappresenti una precondizione del moderno costituzionalismo. Le difficoltà di proiettare la concettualità tradizionale oltre lo Stato non sono poste in luce a partire dalla contrapposizione di una teoria differente, ma emergono dunque nella considerazione di tale concettualità.

Alla storia del concetto *moderno* di costituzione Grimm ha dedicato una parte notevole della sua produzione attraverso una modalità d'indagine complessa che si è focalizzata in particolare sull'origine, sulle condizioni dell'origine e di effettività e sulle trasformazioni del costituzionalismo moderno. L'analisi di questi aspetti, confluita in rilevanti contributi storico-concettuali e di storia costituzionale,²⁵ non è il frutto di un mero interesse storiografico. Essa si intreccia fin dall'inizio con la questione del "futuro

²⁴ Fondamentali a riguardo: Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, 2002, p. 109-139; Id., *Quali concetti politici per l'Europa?*, 2005, p. 39-56; Id., *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, 2008, p. 183-210; Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, 2009.

²⁵ Cfr. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988; Mohnhaupt & Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, 1995; Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991; Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012.

della costituzione”,²⁶ che sorge rispetto alla pretesa della costituzione di realizzare il suo programma originario di istituire e regolare il potere pubblico nella sua totalità. La questione del “futuro della costituzione” si impone anzitutto nell’ambito degli Stati nazionali, laddove la costituzione ha trovato la sua (seppur parziale) concretizzazione storica, ma poi anche nelle reazioni alla perdita di significato delle costituzioni nazionali attraverso tentativi di compensazione sul piano internazionale. Col tema della perdita di significato della costituzione (*Bedeutungsschwund der Verfassung*) non si allude infatti alla mera violazione o al disattendimento dei principi costituzionali e nemmeno ad una loro realizzazione in qualche modo solo parziale. Il problema, in altri termini, non è quello di una generica discrepanza tra quanto prescritto normativamente e la realtà di fatto – che peraltro è inscritta nella progettualità delle costituzioni moderne. Con esso viene bensì sollevata la questione relativa alla possibilità dei principi costituzionali nel loro complesso di risultare significante di fronte alla radicale trasformazione (nel senso di un loro venir meno) delle condizioni che ne avevano reso possibile l’emergere e, in particolare, rispetto alla logica (unitaria) che li caratterizza. In tale prospettiva, la *Bedeutungsschwund* non implica alcun rimando immediato al suo possibile superamento nella direzione di una (migliore) implementazione di principi non realizzati, ma spinge in direzione un’interrogazione radicale sul senso di quei principi.²⁷

²⁶ Si veda a riguardo il *Vorwort* di quello che veniva annunciato come primo volume dedicato alla storia costituzionale tedesca (1776-1866). Cfr. Grimm., *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, p. 9. Qui si accenna ad un secondo volume in cui si sarebbe dovuto trattare soprattutto della *Krise und Verfall* dello Stato costituzionale. Grimm osserva infatti come, malgrado non venga messa radicalmente in discussione, “nondimeno si accrescono i segnali, che la costituzione comincia a perdere la sua capacità di regolazione della politica alla luce di condizioni di validità che si sono trasformate. Proprio per tale ragione”, conclude Grimm, “l’esposizione storica deve essere condotta fino al presente e lo sguardo all’origine della costituzione concludersi con la domanda sul suo futuro”, *Ivi*, p. 9 (t.d.r.). Questo vero e proprio programma di ricerca verrà portato avanti sistematicamente nei due volumi intitolati *Die Zukunft der Verfassung*, cfr. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991 e Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012. Hasso Hofmann – dopo aver sollevato la questione della capacità della costituzione nella sua accezione moderna di creare aspettativa e di avere un futuro “europeo” – ha messo in evidenza come “dal punto di vista delle origini, la nota domanda di Dieter Grimm sul “futuro della costituzione” rappresenti, dunque, una paradossale inversione”, Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, 2009, p. 45. Perché si tratti di una “paradossale inversione”, come verrà chiarito in seguito, dipende dal carattere futuro-centrico che connota il dispositivo normativo delle moderne costituzioni.

²⁷ Su questo aspetto si innesta la polemica habermasiana in *Fatti e norme* (“La risposta evasiva con cui Dieter Grimm licenzia il lettore, al termine della sua ricerca su Il futuro della costituzione, è indicativo del carattere aporetico dell’attuale dibattito. Li Grimm discute (come vedremo più avanti) le ragioni strutturali per cui il diritto costituzionale sembra oggi avere una ridotta forza (funzionale) di controllo e una ridotta forza (normativa) di vincolo. Alla fine egli si chiede persino se l’idea di costituzione abbia ancora un futuro”, Habermas, *Fatti e norme*, 2013, p. 437. Il piano programmatico di *Fatti e norme* deve essere visto come un tentativo di risposta all’alternativa delineata da Grimm. I capitoli terzo e quarto dell’opera habermasiana, quelli teoricamente più impegnativi, sono dedicati alla “ricostruzione del diritto moderno”

La *Bedeutungsschwund* coincide con una *Geltungsschwund* che si può tradurre o in un tentativo di ripensamento della costituzione o in una sempre più drastica perdita di capacità regolativa – dunque, riduzione a ordinamento parziale (ovvero, fine del costituzionalismo moderno). A sua volta, l’urgenza di una tematizzazione della *Bedeutungsschwund* deriva dall’universale riconoscimento di fatto del costituzionalismo quale modello di organizzazione e di legittimazione del potere politico da cui non si può prescindere. (La dimensione interna del fenomeno di erosione del costituzionalismo è da ricondurre alle trasformazioni della statalità). In tal senso, è tutt’altro che secondaria la domanda su come si rapporta l’interrogativo che Grimm pone al centro della sua riflessione sul “futuro della costituzione” all’idea di una costituzione per l’Europa.

In tutti i suoi contributi sul tema, Grimm propone una ricostruzione storico-concettuale del concetto di costituzione marcatamente discontinuista che riflette, confermandola, la più generale impostazione teorica della *Begriffsgeschichte* tedesca.²⁸ Quello che emerge da questi contributi è la necessità di considerare più attentamente la possibilità di raccordare in modo a-problematico le costituzioni moderne con le precedenti realtà storiche all’interno di una narrazione continuista del costituzionalismo moderno inteso come limitazione e come giuridificazione (*Verrechtlichung*) del potere politico.²⁹ Le ragioni per le quali l’emergere del concetto di costituzione moderno

con il seguente proposito: “riallacciandomi alle problematiche giusrazionalistiche, cerco qui di mostrare come sia concepibile in forma nuova – nelle condizioni poste dalle società complesse – la vecchia promessa dell’autoorganizzazione giuridica di cittadini liberi ed eguali”, Habermas, *Fatti e norme*, 2013 p. 15. La tesi di Habermas è dunque che la costituzione nel suo significato moderno possa avere un futuro, ma questo richieda un suo radicale ripensamento.

²⁸ Come noto, Grimm è stato curatore, insieme allo storico Heinz Mohnhaupt, della voce *Verfassung* dei GG. Sebbene – per ovvie ragioni del resto - non siano confluiti nei GG, si possono considerare a buon titolo i due volumi dedicati al futuro della costituzione come un approfondimento e uno sviluppo di quanto è possibile leggere consultando la voce contenuta nel *Lexicon*. A conforto di tale tesi, può essere ricordato il parere autorevole dello storico Michael Stolleis espresso nella conclusione alla recensione della voce *Verfassung* curata da Mohnhaupt e Grimm e pubblicata separatamente presso la *Duncker & Humblot* di Berlino (Mohnhaupt & Grimm, 1995): “*Ein kleiner Ausblick auf die Gegenwart beschließt die Skizze. Grimm hat seine Gedanken über den Bedingungen der Industriegesellschaft und des sozialen Interventionsstaats in einer Sammlung von Essays niederlegt, die man als Fortsetzung heranziehen kann (D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1994). Dort wird ausführlicher gezeigt, warum der Abschied vom „bürgerlichen Sozialmodell“ auch Veränderungen der Rolle von Verfassungen erzwingt. Neue Gefahren provozieren neue Antworten. Diese Antworten in Verfassungsrecht zu kleiden, ist eminent wichtig, wenn die Verfassung den Charakter eines integrierenden fundamental law der Nation behalten soll*”, Stolleis, *BOOK REVIEWS (Mohnhaupt, Heinz/Grimm, Dieter, Verfassung)*, 1999, p. 475.

²⁹ Certo questo non significa che non vi siano modalità diverse di declinare la storia costituzionale “moderna”. Per un approccio in cui l’elemento della limitazione del potere individua la costante che permetterebbe di retrodatare gli inizi del costituzionalismo medievale si veda, per esempio, Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, 2009 – in cui peraltro emerge l’“eccentricità” del costituzionalismo moderno.

determina una rottura (*Trennung*) sono una conseguenza delle pretese normative ad esso connesse.

L'analisi semantica e concettuale del termine all'altezza delle rivoluzioni americana e francese evidenzia una tendenza in cui sono riconoscibili i più generali processi di mutamento che, secondo l'impostazione data da Reinhart Koselleck, investono i concetti socio-politici in quella fase di passaggio definita della *Sattelzeit*. Il "passaggio" dal mondo antico a quello moderno, che avviene nel segno della rottura ("la dissoluzione del mondo antico e la nascita del mondo moderno"), si esprime in quattro dinamiche storico-concettuali: (a) la democratizzazione, (b) la temporalizzazione, (c) l'astrazione-ideologizzazione e (d) la politicizzazione.³⁰ Il periodo che va dalla seconda metà del '700 alla prima dell' '800 è indicato appunto come *Sattelzeit*, epoca sella, in cui si produce la modernizzazione linguistico-concettuale del lessico politico e sociale – secondo le modalità accennate.

Sebbene la nozione di *Sattelzeit* abbia rappresentato uno degli aspetti teoricamente più problematici dell'impianto della *Begriffsgeschichte*,³¹ è proprio con l'affermazione del concetto moderno di costituzione che la verifica della sua plausibilità trova uno dei riscontri più coerenti, così come l'anticipazione euristica di Koselleck relativa al darsi di una cesura netta tra antico e moderno.³² A livello semantico, con la modernità, "costituzione" passa dall'essere un concetto empirico all'essere un concetto normativo: essa si sgancia dal riferimento ad un particolare oggetto dell'esperienza e si autodefinisce in funzione dell'aspettativa rivolta al futuro che essa stessa produce. La costituzione in

³⁰ È sufficiente a tal proposito leggere l'*incipit* alla parte curata da Grimm in cui è delineata la "Entwicklungsrichtung", cfr. Mohnhaupt & Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, 1995, p. 100-101.

³¹ Non è possibile affrontare in questa sede la questione più approfonditamente. Si tengano conto a riguardo: Scuccimarra, *La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, 1998, p. 7-99; Chignola & Duso, *Storia dei concetti e filosofia politica*, 2008.

³² Significativo, alla luce dell'impianto teorico di Koselleck, è anche il fatto che la voce sia stata curata non solo da due autori diversi, ma da uno storico e da un giurista. La conferma dell'ipotesi euristica relativa alla mutazione semantica del linguaggio politico è evidenziata da Grimm all'inizio della sua trattazione: "Der Verfassungsbegriff wird normativ aufgeladen und ideologisiert. Nur noch eine Ordnung, die bestimmte formale oder inhaltliche Qualitäten aufweist, gilt danach als „Verfassung“. So herausgehoben, bedarf der Begriff sprachlich keines Objekts mehr, sondern steht für sich. „Verfassung“ verzeitlicht sich dann zugleich in dem Sinn, daß sie zum Zielbegriff wird, der bestimmte Erwartungen transportiert, die historisch einzulösen sind", Mohnhaupt & Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, 1995, p. 100. Benché dopo la seconda guerra mondiale abbia luogo un forte recupero del concetto giuridico di costituzione, anche in questa sede viene sottolineato come "doch deutet sich nun ein Verlust an normativer Steuerungskraft an, der den mit dem modernen Verfassungsbegriff verbundenen Anspruch bedroht", Ivi, p. 101. Cfr. anche: Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, 2005, p. 227.

senso giuridico si inserisce in un contesto sociale che non si incarica di restituire fedelmente in forma diversa, di rispecchiare nella sua complessa articolazione. Rispetto al contesto sociale, essa rivolge anzitutto delle aspettative determinate.

La ricostruzione del concetto moderno di costituzione evidenzia come non ci si trovi di fronte alla trasformazione di un concetto dato che sarebbe rinvenibile anche precedentemente, connotante dunque una realtà oggettiva sovratemporale, quanto piuttosto alla nascita di un concetto radicalmente nuovo, il cui significato peraltro appare legato a una più complessiva ridefinizione di un'ampia costellazione concettuale. Esso non è pensabile e definibile, se non in riferimento ad altri concetti quali sovranità del popolo, rappresentanza, la dicotomia potere costituente/potere costituito, diritti individuali. Si tratta di aspetti che hanno ricadute fondamentali sul modo stesso in cui Grimm ritiene possibile e praticabile la storia costituzionale. Nel dibattito agli inizi degli anni '80 sull'oggetto e i concetti della modalità di scrittura della storia costituzionale, distanziandosi da Koselleck (e ancor più da Brunner), secondo il quale la storia costituzionale aveva a che fare con "istituzioni" – caratterizzate dalla "ripetibilità" – in forza delle quali l'agire in comune degli uomini si organizza politicamente, Grimm pone quale punto di partenza della storia costituzionale la norma giuridica (in quanto distinta da una qualsiasi *soziale wirksame Norm*), dopo aver distinto tra *normative* e *faktische Verfassung*.³³ Si tratta di un'operazione possibile solo in virtù di una determinazione chiara del concetto di costituzione che si dischiuderebbe esclusivamente con la modernità.

In ogni caso – al di là delle immediate ricadute sulla pratica di scrittura della storia costituzionale – la determinazione del concetto moderno di costituzione appare rilevante in Grimm non solo per poter avere consapevolezza dei concetti moderni che connotano la parola che usiamo e, nell'indagine storiografica, della problematicità del loro uso in contesti di pensiero differenti – specie laddove ricorra lo stesso termine. Come già visto, essa risulta altrettanto importante all'interno del dibattito giuridico e politologico contemporaneo nella misura in cui si assiste ad un proliferare dell'uso dei termini costituzione, costituzionalismo, costituzionalizzazione (con riferimento a realtà politiche diverse da quelle dello Stato e dietro a cui si celano significati profondamente differenti da quelli comunemente intesi), se si ammette che il modo socialmente diffuso di pensare

³³ Cfr. Quaritsch, *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung*, 1981, p. 37, 40, 127-128; Schmidt, *Verfassungskultur und Verfassungssoziologie*, 2012, p. 35-37.

la politica è segnato ancora dai concetti moderni. La crisi dei concetti moderni (es. sovranità, costituzione) concerne infatti il loro *Inhalt* – il contenuto semantico che li definisce –, ma solo mediatamente: è in relazione al piano del *Gegenstand des Begriffs* – l’oggetto designato dalla parola veicolante il concetto – che una sfasatura o una perdita di significato diventa registrabile. Nella misura in cui a venir meno (non a cambiare) è il *Gegenstand des Begriffs*, perde senso anche la *Verwendung des Begriffs*. Da un punto di vista teorico, si verifica allora che “*er [der Begriff] besäße keinen Erklärungswert mehr für die Realität und liefe nur noch als Redensart mit, welche die tatsächlichen Verhältnisse verschleiert statt sie zu erhellen. Das würde erneut auf Veränderungen im Bereich von politischer Herrschaft hindeuten, diesmal aber so radikaler Art, dass Begriffsanpassungen nicht mehr sinnvoll erschienen*”.³⁴

In una considerazione di questo tipo è riscontrabile la consonanza con una delle avvertenze metodologiche portanti della *Begriffsgeschichte* tedesca: quella del carattere storicamente determinato dei concetti che esclude la possibilità di un’immediata e irriflessa trasposizione di quadri concettuali in contesti storici differenti da quelli in cui si sono prodotti. In questo caso, tuttavia, il problema non è più quello di una retroproiezione dei concetti moderni rispetto a fonti storiche pre-moderne, bensì quello della loro proiezione “in avanti” per la comprensione e la configurazione della costellazione postnazionale (in una loro funzione ideologica).³⁵ La ricostruzione storico-concettuale di Grimm offre una duplice chiave di problematizzazione: da un lato – in una prospettiva “sociologica” – dall’individuazione delle condizioni del sorgere e dell’influenza del costituzionalismo, come visto, viene a dipendere direttamente l’interrogativo relativo al futuro della costituzione in una realtà storico-sociale radicalmente trasformata (ovvero, in altre parole, si impone l’interrogativo, se la costituzione possa essere conservata anche

³⁴ Grimm, *Souveränität*, 2009, p. 10. Esprime bene (e, in un certo senso, in forma più radicale, capace di evidenziare gli aspetti paradossali che ne derivano) questa particolare dinamica (riferendosi alla costituzione) Adone Brandalise nei seguenti termini: “[...] l’effettiva attualità della forma costituzione finisce per consistere proprio in quello che può essere definito un processo di *decostituzionalizzazione*, inteso come tendenziale irriducibilità di quelli che pure si possono riconoscere come prodotti della *Verfassung* al quadro costituzionale come luogo di una loro coerente interpretabilità”, cfr. Brandalise, *Democrazia e deconstituzionalizzazione*, 2006, p. 404. Si ritornerà più in dettaglio su tale questione nel paragrafo 6 del presente capitolo.

³⁵ Ai termini costituzione, costituzionalismo e costituzionalizzazione sono inevitabilmente ancora connesse una serie di aspettative che permangono nel momento in cui vengono utilizzati, con accezione diversa, in riferimento al piano europeo ed internazionale: il carattere equivoco di tali concetti deriva dalla speranza di realizzare l’aspettativa in essi implicita trasponendoli sul piano internazionale, ricomponendo la perdita che essi hanno subito sul piano nazionale. Si veda in proposito il quinto paragrafo del presente capitolo.

se staccata dalle proprie condizioni storiche di formazione e sotto presupposti mutati); dall'altro, l'individuazione della matrice logica della costituzione nei modelli giusnaturalistici del contratto sociale permette di evidenziare una difficoltà propriamente concettuale: scopo di tali modelli è infatti la produzione di un'unità politica sovrana legittima fondata sull'idea di individui liberi e uguali.

La domanda che si impone è a questo punto: perché e in che senso le costituzioni moderne rappresentano una novità senza precedenti? La risposta a tale interrogativo verrà affrontata di seguito in tre passaggi. Il primo si rivolge alla modalità con cui Grimm stesso cerca di descrivere e connotare la specificità del costituzionalismo moderno in chiave storico concettuale (*Moderne Verfassung als Novum*); il secondo intende chiarire il significato della costituzione come base di un nuovo sistema di potere legittimo (*neues System von Herrschaft*) che viene pensato a partire dal concetto di libertà (*Verfassung der Freiheit: Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung*); il terzo si rivolge alle ricadute politico-costituzionali all'epoca della Rivoluzione Francese e, in particolare, nella teoria politico-costituzionale dell'abate Sieyès, per chiarire la logica rappresentativa alla base del concetto di potere costituente (Il moderno concetto di costituzione e la dottrina costituzionale di Sieyès. La costituzione del potere rappresentativo).

I tre passaggi verranno quindi posti in dialogo col tentativo di pensare politicamente e giuridicamente l'Europa per provare a comprendere la differenza radicale tra il processo di formazione di un'entità politica sovranazionale come l'Unione Europea e il processo costituente proprio agli Stati nazionali da un punto di vista concettuale e per provare a mostrare come per ripensare i criteri di legittimità propri dell'UE è necessario superare la modalità secondo cui la autodeterminazione dei singoli si lega alla dimensione della decisione pubblica mediante il significato specifico del concetto di rappresentanza.

3- MODERNE VERFASSUNG ALS NOVUM.

L'idea che la costituzione in senso moderno rappresenti una novità senza precedenti (*Novum*) risulta decisiva sia per il lavoro storico-concettuale di Grimm sia per analizzare la crisi e le prospettive del costituzionalismo nell'attuale costellazione. Da chiave interpretativa che si colloca a presupposto della scrittura della storia costituzionale così

come praticata, in particolare, nella *Deutsche Verfassungsgeschichte*, la determinazione del concetto moderno di costituzione funge da modello esplicativo (*Erklärungsmodell*) per valutare “se la costituzione possa essere staccata dalle proprie condizioni d’origine e mantenuta anche a condizioni mutate”³⁶ sia nell’ambito degli Stati costituzionali sia in quello internazionale, dove si tratterebbe di recuperarne le perdite di significato mediante una sua trasposizione.³⁷ Alludendo a tale modello esplicativo nei termini di un concetto pregnante di costituzione (*anspruchsvoller Verfassungsbegriff/die Verfassung im Vollsinn des Begriffs*), nei contributi più recenti – e in risposta soprattutto all’inflazionamento derivante dall’uso sempre più diffuso dei termini di “costituzione” e “costituzionalismo” nell’orizzonte oltre lo Stato –,³⁸ Grimm ha parlato sempre più spesso di “conquista/acquisizione (*Errungenschaft*, in tedesco; *achievement*, in inglese) della costituzione(/del costituzionalismo)”.³⁹ Per giustificare tale denominazione, Grimm precisa a riguardo:

*“Der Konstitutionalismus [...] verdient die Bezeichnung »Errungenschaft«, weil er jede Form der absoluten oder willkürlichen Gewalt von Menschen über Menschen ausschließt. Indem er sämtliche Herrschaftsakte rechtlichen Regeln unterwirft, mach er die Ausübung öffentlicher Gewalt vorhersehbar und ermöglicht es den Herrschaftsunterworfenen, sich auf Regierungshandeln einzustellen und den Inhabern der öffentlichen Gewalt angstfrei entgegenzutreten”.*⁴⁰

La conquista del costituzionalismo si riconnette all’idea del superamento del comando (assoluto o arbitrario) dell’uomo sull’uomo. Come ribadito da Grimm, ciò che

³⁶ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 61 (t.d.r.).

³⁷ In tal modo è definito il piano generale dell’indagine condotta da Grimm nei due volumi dedicati al “futuro della costituzione”. Nella prima raccolta di studi risalente al 1991 saranno messe a fuoco le cause e gli effetti che sul piano domestico hanno caratterizzato l’erosione della costituzione e giuridica: con ciò è da intendersi la perdita di forza regolativa derivante dai regimi di *welfare state*. Nella seconda del 2012 trovano attenzione le tendenze erosive derivanti dai processi di europeizzazione e di internazionalizzazione.

³⁸ Per una panoramica a riguardo si tenga presente, tra gli altri, Dellavalle, *Il costituzionalismo postnazionale. Varianti di un progetto per il futuro*, 2014, p. 37-83.

³⁹ Si confrontino gli scritti raccolti in: Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012. Già nella prefazione al primo volume, del resto, Grimm descriveva le trasformazioni costituzionali derivanti dallo Stato sociale come “minaccia della conquista” del costituzionalismo: “*Der moderne Wohlfahrtsstaat zehrt an der rechtlichen Verfassung. Für einen Staat mit ganz anderen Aufgaben und Mitteln konzipiert, ist sie auf die wohlfahrtsstaatlichen Aktivitäten und Instrumentarien nicht eingestellt und läßt sich auch durch Verfassungsänderungen offenbar nur begrenzt darauf einstellen. [...] Trifft sie [die Beobachtung] zu, so bedeutet das nicht weniger als die Bedrohung einer Errungenschaft, die zweihundert Jahre lang als wichtigstes Mittel zur Machtbegrenzung und Politiksteuerung im Interesse personaler Freiheit gedient hat*”, Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 7.

⁴⁰ Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 326.

in questo modo viene definito non è semplicemente un idealtipo, weberianamente inteso⁴¹ – rispetto al quale sarebbe dunque possibile solo un'approssimazione infinita –, bensì il concreto del progetto costituzionale moderno, ovvero una modalità storicamente determinata di pensare la politica (e il diritto) il cui significato è integralmente sviluppato dalle prime costituzioni in Nordamerica e Francia.

Un aspetto interessante a riguardo è legato al fatto che Grimm mutui esplicitamente l'espressione *Errungenschaft* da un noto saggio di Niklas Luhmann, in cui il sociologo parlava della “costituzione [moderna] come acquisizione evolutiva”.⁴² In opposizione a quella che Luhmann ritiene essere l'opinione diffusa tra i giuristi, il carattere “evolutivo” della costituzione moderna si contrappone direttamente a “rivoluzionario” e consegue dal modo in cui la considerazione sociologica percepisce la particolarità delle costituzioni moderne.⁴³ In tal senso, Luhmann andava ridimensionando la portata della rottura rivoluzionaria dal punto di vista dell'innovazione concettuale, non tanto per negare il carattere innovativo in sé del concetto di costituzione, bensì per cercare di produrne un'analisi rigorosa su altre basi teoriche: quelle teorico-sistemiche.⁴⁴ La costituzione con la sua caratteristica struttura riflessiva – in cui la produzione giuridica è regolata a sua volta giuridicamente – rappresenta una reazione alla differenziazione del diritto e della politica come sistemi funzionali, producendone un accoppiamento strutturale (*Verkoppelung*). Sebbene la teoria sistemica di Luhmann giochi un ruolo determinante nell'approccio di Grimm, per quest'ultimo rimane determinante il contesto d'origine rivoluzionario rispetto alla definizione delle costituzioni moderne come novità senza precedenti: “L'origine della costituzione moderna dalla rivoluzione non è un caso”.⁴⁵

⁴¹ Cfr. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 299 e 326.

⁴² A riguardo si veda, in particolare, *Ivi*, p. 67.

⁴³ “Poche conquiste della civilizzazione moderna sono il risultato di una pianificazione intenzionale quanto le costituzioni di cui gli Stati moderni si sono dotati a partire dalla fine del Settecento. Se questo è vero, come si può parlare allora di evoluzione? [...] I giuristi, pur tendendo piuttosto a considerare la costituzione come oggetto di una pianificazione, sono oggi assai più propensi a ritenere che la pianificazione della costituzione non si esaurisca in un unico evento, ma anzi necessiti di una continua opera di revisione interpretativa e, se del caso, totale. I sociologi tendono piuttosto a ridimensionare il momento della creazione intenzionale e, non senza indulgenza, a denunciare l'illusorietà sul piano della concretizzazione dei fatti”, Id., *Il futuro della costituzione*, 1996, p. 83.

⁴⁴ “La mia tesi sarà che il concetto di costituzione, contrariamente a quanto appare a prima vista, è una reazione alla differenziazione di diritto e politica, anzi, con ancora più enfasi, alla totale separazione di entrambi i sistemi di funzioni e *al conseguente bisogno di un loro riaccoppiamento*”, Zagrebelsky, Portinaro, & Luther, *Il futuro della costituzione*, 1996, p. 87 – il testo di Luhmann a cui ci riferiamo è intitolato “La costituzione come conquista evolutiva”.

⁴⁵ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 318 (t.d.r.).

Malgrado il termine fosse in uso anche precedentemente, c'è un nesso fondamentale tra l'origine della costituzione moderna e la rivoluzione che illumina la novità del costituzionalismo moderno e consente di chiarire l'*Anspruch* della costituzione moderna. A partire dalle Rivoluzioni francese e americana, inoltre, è registrabile una decisiva mutazione semantica del termine che ne segnerà l'uso nell'età contemporanea: da questo momento in poi, col termine costituzione si indica la carta costituzionale attraverso la quale è stabilita l'organizzazione dello Stato e sono fissati i principi delimitanti il potere e tutelanti i diritti dei cittadini.⁴⁶

Il contesto rivoluzionario presenta un costitutivo volto di Giano: da un lato, la rivoluzione coincide con l'abbattimento del dispotismo, dell'aristocrazia e della società per ordini, producendo uno spazio pre-politico o a-politico; dall'altro lato, essa mira alla costruzione razionale di un nuovo sistema politico.⁴⁷ Quest'ultima consiste principalmente nella rifondazione del potere politico sulla base della sovranità del popolo e secondo le prescrizioni delle dottrine giusnaturalistiche:⁴⁸ le rivoluzioni moderne intendono fondare un sistema politico che differisca radicalmente da quello che esse accusano di essere ingiusto. La costruzione teorica delle condizioni del potere legittimo era stata l'oggetto di elaborazione di quest'ultime e nel periodo rivoluzionario è riscontrabile la loro diffusione. Sebbene il diritto naturale si differenzi profondamente dal diritto costituzionale,⁴⁹ in quanto è un sistema filosofico che manca totalmente del riconoscimento giuridico e non è dotato di forza di legge, esso gioca una duplice funzione nel contesto rivoluzionario: per un verso, consente di giustificare la rottura rivoluzionaria, fornendo gli elementi per dichiarare illegittimo l'ordine sociale e politico esistente; per l'altro verso, fornisce gli elementi per progettare il nuovo ordinamento del potere.⁵⁰ Questo non va inteso nel senso che il movimento rivoluzionario sia stato prodotto dalla

⁴⁶ Cfr. Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, 2005, p. 227-237; Id., *Il modello della costituzione statale e i suoi punti critici*, 2008, p. 21-28.

⁴⁷ Cfr. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 296.

⁴⁸ Cfr. Id., *Souveränität*, 2009, p. 35-41.

⁴⁹ “Die Vertragstheorie diene den meisten nur als Test für die Legitimität einer Herrschaftsordnung. [...] Der Gedanke eines herrschaftsbegründenden, nicht nur herrschaftsmodifizierenden, die Einrichtung und Ausübung von Herrschaft durchgängig regelnden Rechtsdokument war in ihnen nicht erhalten und wäre ohne den revolutionären Bruch mit der angestammten Herrschaft und das dadurch entstandene Machtvakuum auch nicht zur Wirksamkeit gelangt”, Ivi, p. 35-36.

⁵⁰ “Die Leistung der amerikanischen und der französischen Revolution bestand daher darin, die naturrechtlichen Vorstellungen von Philosophie in einen auf die Legitimierung und Limitierung von Herrschaft spezialisierten Rechtskodex zu überführen”, Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 323.

teoria.⁵¹ Cionondimeno è il contesto rivoluzionario stesso, dissolvendo l'ordine politico e giuridico esistente, a trasformare le idee filosofiche in diritto vigente. Senza di esse, pertanto, il passaggio alla realtà dello Stato costituzionale risulta difficilmente comprensibile. Non solo: il fatto che la costituzione moderna abbia avuto origine rivoluzionaria non significa che la rivoluzione ne costituisca di per sé il presupposto. La rivoluzione è bensì costitutiva per l'*invenzione* della costituzione "*aber einmal erfunden, hing die Verfassung nicht mehr von einem revolutionären Ursprung ab*".⁵²

Per definire la specificità e, con ciò, la novità caratterizzante le costituzioni moderne da un punto di vista concettuale, Grimm procede attraverso l'enucleazione di tre coppie oppositive che permettono di differenziarla da vincoli giuridici del potere più antichi: "Dalle antiche limitazioni giuridiche dell'autorità dello Stato, le costituzioni *si differenziano* [...] in tre modi".⁵³ A prima vista, una simile modalità ricostruttiva sembra almeno in parte contraddire la tesi della novità senza precedenti delle costituzioni moderne – della rottura in esse implicita rispetto a modalità differenti di intendere l'ordine politico, giuridico e sociale – poiché lascia presupporre un piano comune che rende possibile la comparazione tra le costituzioni appunto e vincoli giuridici precedenti. Tale piano comune deriverebbe dalla possibilità di assimilare o, quantomeno, di ricondurre la costituzione a una forma di limitazione o regolazione giuridica dell'autorità dello Stato. Per superare tale difficoltà, è necessario considerare più attentamente il carattere riflessivo e la modalità in cui la costituzione pretende di differenziarsi, da cui deriva un'esigenza specifica. Nella costituzione in senso moderno, si intrecciano infatti strutturalmente due elementi che non possono essere disgiunti per ragioni di natura logico-teorica: la prima riguarda la costruzione delle condizioni del potere legittimo; la seconda riguarda la limitazione dell'autorità dello Stato. La novità senza precedenti della costituzione deriva precisamente dall'impossibilità di scindere tali istanze. In tal senso, la costituzione è una regolamentazione del potere solo in quanto lo determina, lo crea, come potere costituito, e ciò richiede necessariamente tanto un potere costituente, quanto

⁵¹ Cfr. Duso, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, 2007, p. 165. Duso sottolinea come "i concetti [delle moderne dottrine giusnaturalistiche] risultano qui [nel contesto rivoluzionario] indicatori dei processi costituzionali e nello stesso forze propulsive degli stessi".

⁵² Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 327.

⁵³ Id., *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, p. 12 (t.d.r.): "*Von den älteren rechtlichen Begrenzungen der Staatsgewalt unterscheiden sich die modernen Verfassungen danach auf dreifache Weise*".

un principio legittimante coerente con l'idea del superamento del governo dell'uomo sull'uomo. Poiché è la costituzione stessa a costituire il potere legittimo, essa non può che derivare necessariamente da una fonte differente da quest'ultimo: dall'epoca delle rivoluzioni questa fonte è identificata col popolo. In quanto entità giuridico-costituzionale, con popolo non ci si riferisce ad un'entità politica pre-giuridica caratterizzata da omogeneità etnica, culturale, ecc. Come titolare del potere costituente e in quanto base legittimante dell'ordinamento giuridico, esso indica la totalità degli individui liberi e uguali e serve a dare forma concreta all'idea che la legittimazione del potere possa procedere rappresentativamente esclusivamente dall'insieme di coloro che sono sottoposti al potere – che, come detto, si tratta di costituire.

Le coppie oppositive introdotte da Grimm che chiariscono modalità ordinativa specifica delle costituzioni moderne in considerazione dell'effetto che esse determinano sul potere, differenziandola al contempo da forme premoderne di giuridificazione del potere politico e dimostrandone l'irriducibilità a quest'ultime, sono le seguenti: 1- *herrschaftsmodifizierend/herrschaftskonstituierend*; 2- *punktuell/umfassend*; 3- *partikular/universell*. Si può comprendere allora come il concetto moderno di costituzione, ovvero la costituzione come concetto normativo, non si caratterizza come la modificazione o la trasformazione del concetto empirico-descrittivo: benché possa essere letto in contrapposizione ad esso, essa si (im)pone come un concetto nuovo, non ricavabile da quello precedente. In base alla prima coppia oppositiva, emerge come il potere legittimo sia creato per mezzo della costituzione: *konstituieren* significa al contempo fondare e limitare. Ciò che è limitato nelle forme della costituzione è identico con ciò che la costituzione pone. Esso non indica più una realtà esistente di fatto che richiede un preliminare riconoscimento per poter essere regolata, ma è qualcosa che non è dato e per questo deve essere innanzitutto prodotto. In base alla seconda coppia, emerge come la modalità di regolazione non può che avere una pretesa integrale relativa all'istituzione e all'esercizio del potere stesso: non solo c'è tanto potere legittimo quanto ne viene costituito, ma non sono ammessi né detentori del potere, né mezzi e modalità del suo esercizio non riconosciuti costituzionalmente. In base alla terza coppia, infine, emerge come i destinatari delle prescrizioni sia la totalità dei sudditi: esse non valgono per delle parti che hanno stipulato tra loro un patto. In virtù di tali connotati, Grimm sottolinea come: “*Verfassung bezog sich nicht mehr auf die den Zustand prägende Norm*

und wurde damit selber zum normativen Begriff'.⁵⁴ Che il concetto di costituzione diventi in questo modo "normativo" non significa che la costituzione moderna si caratterizzerebbe per il fatto di contenere una serie di prescrizioni dettagliate dotate di un certo scopo e basate: la natura del concetto è normativa. Il carattere normativo della costituzione moderna si riconnette allora alla decisione per la normatività che essa esprime e con ciò si allude alla dimensione specifica della costituzione che si produce a partire dall'assunzione della libertà soggettiva come criterio genetico della costituzione. La costituzione esprime la decisione di fondare il potere legittimo su tale base.

Il significato del termine costituzione si deve conseguentemente riferire alla legge fondamentale che regola l'istituzione e l'esercizio del potere politico. In senso generale, l'aspetto fondamentale della *Trennung* che viene valorizzata mediante la serie di coppie oppostive poco fa elencate riguarda il fatto che l'emergere del moderno costituzionalismo comporta la negazione e il superamento di una concezione pattizia della politica, in cui decisive si rivelano, in primo luogo, la naturalità del rapporto di governo e, in secondo luogo, la precedenza e l'effettiva presenza di una molteplicità di soggetti politici differenti nei confronti della scena pattizia – pluralità che permane anche dopo l'istituzione del patto e che non può che essere neutralizzata nel momento in cui un ordinamento fondato sull'uguale libertà di ciascuno. In quest'ultimo contesto, neutralizzazione non significa scomparsa della pluralità e differenza, ma perdita di rilevanza e divenire indeterminato: il potere politico non solo può essere costituito, ma deve essere costituito. L'affermazione del moderno costituzionalismo si lega alla vicenda dello Stato moderno, perché lo Stato rappresenta un "oggetto" *konstitutionsfähig* nella misura in cui mediante il monopolio del potere esclude e neutralizza una molteplicità di attori politici. In un ordine segnato da una molteplicità di attori politici indipendenti in rapporto tra loro, ordinati gerarchicamente ecc., non ha senso un ordinamento di tipo costituzionale perché non ha senso la declinazione al singolare della questione del potere.

⁵⁴ Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, p. 13.

4- VERFASSUNG DER FREIHEIT: HERRSCHAFTSBEGRÜNDUNG UND HERRSCHAFTSBEGRENZUNG.

Nel momento in cui all'altezza delle rivoluzioni tardo settecentesche il compito diventa quello di fare la costituzione dello Stato e si tratta di fondare il potere politico, il principio legittimante del nuovo ordinamento – in cui, come detto è innanzitutto il potere a dover prendere forma – è quello della sovranità popolare. La legittimazione della costituzione dunque viene a dipendere dall'individuazione del soggetto della sovranità nel soggetto collettivo, ovvero nella totalità del popolo. Se la sovranità del popolo rappresenta il principio legittimante del nuovo ordinamento, essa risulta come l'altro lato di una costruzione che esprime la *Grundentscheidung für Freiheit* (nel senso dell'uguale libertà di ciascun singolo individuo). A proposito della libertà proclamata, per esempio, nel *Bill of Rights* e nella *Déclaration* del 1789, Grimm osserva:

*“die Freiheit ist also nicht zweckgerichtet oder funktionsabhängig, sondern Selbstzweck und als solche Ermächtigung zu beliebigem Gebrauch. Eine so verstandene Freiheit läßt ihrer Eigenart nach keine anderen Schranken zu ‘que celles, qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits’. [...] [Die Grundrechte] treffen eine Systementscheidung zugunsten von Freiheit schlechthin”.*⁵⁵

Alla base delle moderne costituzioni si situa il valore assoluto della libertà soggettiva individuale come perno dell'ordine collettivo.⁵⁶ A tale riguardo, Grimm parla anche di *bürgerliche Gesellschaftsordnung*, col quale tuttavia si allude a un modello – non alla realtà della società borghese –⁵⁷ basato sull'assunto secondo il quale “*die*

⁵⁵ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 69. Nella “decisione sistemica a favore della libertà come tale (in sé e per sé)” si riassume l'elemento costitutivo del modello sociale borghese, in cui i presupposti della costruzione dell'ordine sociale sono la libertà e l'uguaglianza degli individui, che trova espressione nelle moderne costituzioni: cfr. Id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 11-18.

⁵⁶ Come è stato giustamente osservato, “*Die Form der subjektiven Rechte [...] wird durch die Verfassung etabliert*”; cfr. Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, p. 316. Si tenga presente che libertà ha in tale contesto un significato preciso: “*Freiheit bedeutete dabei nicht die Erlaubnis, in dieser oder jener Hinsicht nach eigenem Belieben zu handeln. [...] Demgegenüber wurde Freiheit nun als Abwesenheit von Fremdbestimmung und Möglichkeit zur Selbstbestimmung in allen Hinsichten verstanden. [...] Diese Freiheit mußte sich auf gleichermaßen erstrecken. [...] Insofern stand die Gleichheit nicht im Gegensatz zur Freiheit, sondern blieb modal auf diese bezogen. Gleichheit bedeutete Gleichheit in der Freiheit*”, Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 12.

⁵⁷ Id., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 401, (n. 4): “*Das ‘Modell’ und nicht die Realität der bürgerlichen Gesellschaft steht hier im Vordergrund, weil auf dieses hin die Verfassungen entworfen werden*”.

Gesellschaft sei aus sich heraus in der Lage, zu Wohlstand und Gerechtigkeit zu gelangen, wenn sie sich nur frei von externer Bestimmung entfalten dürfte".⁵⁸ La sfera della libertà individuale può essere allora definita esclusivamente per mezzo di leggi generali e astratte nella misura in cui la partecipazione alla legislazione è garantita a ciascuno indifferentemente:⁵⁹ il concetto moderno di democrazia stesso deve essere espresso (e non può che trovare espressione) nella forma dei diritti. Il potere politico è in questo senso liberato dai condizionamenti e dalle limitazioni di carattere etico o legate ai costumi, alla virtù, alla ragione, per essere fondato e limitato sulla base dei diritti individuali.⁶⁰ È per tale ragione che *"mit einer so verstandene Freiheit war notwendig eine Umstrukturierung des Herrschaftssystems verbunden"*.⁶¹ Ciò che fa la costituzione, tuttavia, non è assumere questo principio di legittimità come punto di riferimento ideale per tradurlo in una serie di prescrizioni nei confronti di un potere esistente.⁶² La costituzione è una legge che ha come oggetto l'istituzione e l'esercizio del potere politico che è formato sulla base dei diritti individuali: l'oggetto che si tratta di limitare tramite i diritti è il medesimo che viene prodotto sulla base dei diritti – e che richiede di essere prodotto innanzitutto nella misura in cui il fatto che ci sia comando dell'uomo sull'uomo non può costituire più un dato naturale, deve essere superato.⁶³

⁵⁸ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 401.

⁵⁹ Cfr. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 1995, p. 28-41 e 53-74.

⁶⁰ A tal proposito, Grimm sottolinea la radicale novità del concetto moderno di libertà rispetto alle precedenti *libertates* nei termini seguenti: "[...] [Die älteren, auf einem präexistenten, material definierten Gemeinwohl beruhenden Sozialordnungen] erlegten den Gesellschaftsgliedern zuerst Bindungen und Pflichten auf. Daher war ihr Gebrauch von dieser Funktion sowohl angeleitet als auch begrenzt. Aus demselben Grund konnten die älteren rechtlichen Freiheitssicherungen immer nur einzelne Freiheiten zum Gegenstand haben und im Übrigen durchaus mit einem System genereller Unfreiheit koexistieren", Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 69.

⁶¹ L'altro risvolto è la "liberazione" di una molteplicità di ambiti sociali dalla guida politica: "Vermittelt durch die individuelle Entscheidungsfreiheit mußten sich die verschiedenen Sozialbereiche wie Wirtschaft, Wissenschaft, Religion, Kunst, Erziehung, Familie etc. von der politischen Lenkung emanzipieren und ihren je eigenen Rationalitätskriterien folgen. Die Herstellung sozialer Kohäsion und die Schaffung eines gerechten Interessenausgleichs gingen dann auf den Marktmechanismus über, der diese Aufgabe zuverlässiger und feinfühlicher erfüllen sollte, als es mittels zentrales politischer Lenkung gelungen war", *Ivi*, p. 72.

⁶² Come è stato messo in evidenza: "Il ruolo della posizione dei diritti dell'uomo alla base della costituzione non è solo quello di porre limiti e obiettivi da salvaguardare di fronte al potere. Una semplice limitazione del potere da parte dei diritti sarebbe pensabile se il potere avesse un fondamento diverso da quello costituito dalla ragione che pone o riconosce i diritti", Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi di un concetto*, 2007, p. 56.

⁶³ Cfr. Hofmann, *Il contenuto politico delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 373-397; Duso, *Crisi della sovranità: crisi dei diritti?*, 2004, p. 89-110.

Due domande possono sorgere spontaneamente a riguardo: la prima è come si declina e cosa implica la ritrascrizione della sovranità del popolo in termini di diritti soggettivi; la seconda è se il concetto di popolo rappresenti un elemento accessorio rispetto alla definizione della costituzione in senso moderno, oppure ne costituisca una componente essenziale (e, in questo caso: che cosa vada inteso per popolo). Secondo Grimm, non sussistono dubbi rispetto al ruolo strutturale che il principio di sovranità popolare riveste rispetto alla genesi (innanzitutto logica) del moderno costituzionalismo. A conforto di tale tesi, Grimm adduce due ordini di ragioni (non prive di connessioni tra loro). Il primo fa leva sul processo di secolarizzazione dell'autorità politica: il potere politico, a seguito della Riforma protestante, non può più trovare fondamento nella legge divina trascendente e, meno che meno, procedere dal diritto proprio di chi lo detiene *de facto* (in virtù della mera forza). Per tale ragione, l'unica idea razionalmente giustificata è che, sulla scorta di quanto emerso nelle dottrine giusnaturalistiche, si legittimi sulla base del consenso di tutti coloro i quali ad esso sono sottoposti. Il secondo concerne lo statuto peculiare del popolo come soggetto/detentore del potere. Dal punto di vista giuridico-politico, con popolo non si designa affatto un'entità empiricamente esistente, bensì un'idea, che si tratta anzitutto di costruire e rendere presente mediante l'artificio rappresentativo – in quanto punto di partenza del corpo politico sono gli individui nella loro eguale-libertà. La ritrascrizione della sovranità popolare in termini di diritti consiste nell'assegnazione a ciascuno dell'eguale diritto alla partecipazione all'esercizio del potere. L'atto di partecipazione politica in quanto esercizio di un diritto soggettivo e in cui solo può trovare espressione l'idea di autodeterminazione è l'elezione o il voto – come espressione libera (incondizionata: ovvero che deve essere altrettanto libera di non concretizzarsi) – dell'opinione. L'atto del voto riduce il senso della trasmissione di volontà a una forma priva di contenuto determinato, ovvero all'autorizzazione.

Il popolo, sempre da un punto di vista costituzionale, non identifica inoltre in alcun modo una comunità la cui unità e la cui volontà sarebbero già date né, meno che meno, una realtà fatta di parti in relazione tra loro. In tal senso, il popolo possiede il potere – è il titolare del potere –, ma non ha la capacità di esercitarlo *immediatamente*, perché con esso si designa la totalità dei singoli liberi e uguali come coloro che saranno destinatari di un comando che può esserci solo se ad esso si è acconsentito: “*das Volk [...] war aus sich heraus nicht handlungsfähig, sondern mußte durch Verfahren und Organe erst zur*

Bildung eines einheitlichen Willens instand gesetzt werden. Seine Herrschaft kam, wie Sieyès klar erkannte, nur als Auftrags Herrschaft in Betracht".⁶⁴ Il popolo, in altre parole, può fungere da fondamento della costituzione solo in quanto è assente come unità.⁶⁵ Per poter essere, il popolo deve essere rappresentato e rappresentarlo non significa rispecchiarne la volontà – limitandosi a dare espressione a qualcosa che già c'è –, bensì metterla in forma.⁶⁶

La sfasatura tra la *Innehabung* e la *Ausübung* del potere pubblico che caratterizza il concetto di popolo risulta in tal modo essenziale per il senso della costituzione moderna con riguardo al fatto che solo sulla base della costituzione stessa il potere viene legittimato, ovvero istituito ed esercitato:

“erst auf der Grundlage der Verfassung wurden Personen zur Herrschaft berufen, die für ihre Herrschaftsakte nur dann Befolgung beanspruchen konnten, wenn sie sich im Rahmen ihres rechtlich bestimmten Auftrags hielten und ihre Befugnisse rechtsförmig ausübten. Es war diese Konstruktion, welche es erlaubte, vom Verfassungsstaat als einem »government of laws and not of men« zu sprechen”.⁶⁷

In tal modo, se ciò che viene evitato formalmente è che si possa riprodurre quella condizione di ingiustizia derivante dal comando dell'uomo sull'uomo (che contraddice la naturale libertà e uguaglianza tra gli uomini), il rischio sempre aperto è che tale relazione

⁶⁴ Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, p. 25. Si tratta di un aspetto decisivo, ribadito più e più volte da Grimm. Si consideri, per esempio, il seguente passo: *“Dem Volk als Träger der Herrschaftsgewalt fehlte allerdings die Fähigkeit, diese Gewalt selbst auszuüben. Daher musste es Repräsentanten mit der Ausübung von Herrschaft betrauen. Politische Herrschaft wurde unter den Bedingungen der Volkssouveränität zur Auftragsangelegenheit”*, Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 92. Anche sulla scorta del riferimento di Grimm a Sieyès, ritorneremo su questo punto più avanti in dettaglio.

⁶⁵ Dal punto di vista giuridico-politico, lo stesso carattere ideale è proprio anche del concetto di Nazione, benché con esso non si alluda solamente alla totalità degli individui (liberi e uguali). Per quanto, infatti, con Nazione ci si riferisca a una qualche forma di unità sovraperonale, essa è più della somma delle persone che in un certo momento vivono su di un determinato territorio: *“Im Begriff der Nation schwingt ohnehin die Vorstellung einer überpersonalen Einheit mit, die mehr als die Summe der momentan in einem Territorium lebenden Personen ist. Aber auch das Volk als Summe von Individuen ist als personaler Träger schwer vorstellbar, jedenfalls wenn man zur Souveränität auch Entscheidungsfähigkeit zählt. Reduziert man es auf die Aktivbürger, ist es nicht das ganze Volk. Umfasst es sämtliche Staatsbürger, fehlt es diesem Kollektiv an der Handlungsfähigkeit”*, Grimm, *Souveränität*, 2009, p. 72. Che solo idee, quali popolo o nazione, possano essere rappresentate è quanto alla fine degli anni '20 del Novecento aveva ribadito non solo Schmitt nella sua *Verfassungslehre*, ma anche Leibholz in *Das Wesen der Repräsentation*. Cfr. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 271 e ss.; Leibholz, *La rappresentazione nella democrazia*, 1989, p. 94 e ss.

⁶⁶ Cfr. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi di un concetto*, 2007.

⁶⁷ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 25. Il riferimento è alla sentenza *Madison vs Marbury* della Corte suprema americana.

riemerge di fatto – senza che, se assunto radicalmente, sia peraltro pensabile alcuna forma di resistenza in quanto il popolo, quale soggetto unitario e capace d’azione, non sta di fronte al rappresentante, bensì si esprime esclusivamente attraverso colui che lo rappresenta. Tale rischio, inoltre, non risulta neutralizzabile nemmeno attraverso la soluzione adottata dagli stessi teorici rivoluzionari, consistente nello scindersi del diritto in legge costituzionale (proveniente dal popolo o ad esso ascritta che vincola chi detiene il potere) e legge ordinaria (proveniente da chi è costituzionalmente autorizzato a produrla e che vincola il popolo). Con la necessaria disgiunzione tra il possesso e l’esercizio del potere politico, all’interno di una dimensione di autodeterminazione si pone il problema dipendenza retrospettiva dei rappresentanti dal rappresentato che però può basarsi solamente su un atto di fede. Il problema dell’assolutezza di un potere onnivincolante così determinato non deriva tuttavia dall’arbitrarietà che ne può connotare l’esercizio, ma dal fondamento di legittimità che si presenta come necessariamente unitario, illimitato e illimitabile: la volontà individuale.

Se la costituzione riflessiva della politica attraverso i diritti rappresenta una nuova modalità di “*Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung*”, l’operazione che la pone in essere comporta anche la produzione di un ambito che alla fondazione e limitazione deve permanere sottratto. Nella costituzione, l’opposizione dei diritti al potere si dà solo in quanto il potere è altrettanto fondato sulla base dei diritti. Ma, nella misura in cui in tal modo viene conferito potere alla libertà soggettiva, viene prodotto un ambito, quello sociale, che è ulteriore rispetto alla politica – ovvero, che è posto dalla politica in quanto si sottrae ad essa. Riferendosi allo Stato, la costituzione moderna “*legt [...] die Prinzipien dieser [der Gesellschaft, n.d.r.] fest. Aber sie bringt sie zur Geltung, indem sie den Staat daran bindet. Er ist Regelungsadressat der Verfassung, die Gesellschaft ihr Nutznießer*”.⁶⁸ La distinzione e contrapposizione di Stato e società è messa in forma e stabilizzata dalla costituzione in funzione della libertà soggettiva: lo Stato è prodotto e regolato nella sua “costituzione”, mentre la società è letteralmente liberata. Se l’immaginario su cui sono basate le costituzioni moderne – in quanto costituzioni della libertà – è allora necessariamente quello della distinzione tra società civile e Stato,

⁶⁸ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 431. Il passo prosegue: “*In der Verfassung findet die empirisch längst zweifelhaft gewordene Einheit der Staatsverfassung ihren rechtlichen Halt. Insofern setzt die moderne Verfassung die Differenz von Staat und Gesellschaft voraus. Umgekehrt ist sie auf Akteure, Institutionen und Verfahren, die sich auf diese Grenzlinie nicht festlegen lassen, nicht eingerichtet*”.

l'indefinita pluralità dei singoli, da un lato, richiede l'unità del soggetto politico, dall'altro culmina necessariamente nella spoliticizzazione radicale dell'individuo: la pluralità pensata secondo questa modalità (come pluralità indefinita degli individui liberi e uguali, ovvero come pluralità di opinioni equipollenti) ha una dignità politica solo annullandosi. Al di là del fatto che, come vedremo, proprio questo tipo di strutturazione dello spazio (politico) interno che rende significante un movimento di fondazione-limitazione del potere politico si trova travolto da processi di erosione, si trova cioè condizionato da ostacoli strutturali che rendono in-significante la distinzione Stato-società, quello che deve essere messo in evidenza è che esso impedisce di immaginare *a priori* a una pluralità di soggetti *politici* come dimensione costitutiva di *un'unità politica*.⁶⁹

Solo alla luce del complesso quadro storico-teorico dell'origine del moderno costituzionalismo che si è cercato di ripercorrere in sintesi negli elementi che lo strutturano, mi pare possa essere compresa la definizione del concetto funzionale di costituzione del quale Dieter Grimm si è servito, non solo di recente, per comprendere e determinare le trasformazioni del costituzionalismo moderno:

“1- La costituzione moderna è un complesso di norme giuridiche, non una teoria politica. A fondamento di tali norme giace una decisione politica, non una verità preesistente. 2- Lo scopo di tali norme è di regolare l'istituzione e l'esercizio del potere pubblico. Esso non si limita soltanto a modificare un potere pubblico esistente. 3- La regolazione è completa, nel senso che essa esclude detentori extracostituzionali del potere pubblico, così come mezzi e vie extracostituzionali del suo esercizio. 4- La costituzione ha la sua origine nel popolo come unica fonte legittima del potere pubblico. La distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* è essenziale per la costituzione. 5- Il diritto costituzionale è diritto di rango superiore. Esso ha precedenza rispetto alle leggi e agli atti giuridici derivanti dal potere pubblico. Quegli atti che non sono in accordo con la costituzione non dispiegano alcun effetto giuridico”.⁷⁰

⁶⁹ Non a caso, è stato ravvisato proprio nel dualismo società-Stato quale nesso strutturante l'immaginario alla base delle costituzioni moderne, non semplicemente un ostacolo per pensare politicamente l'Europa, ma ciò che deve essere superato a tale scopo: Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, 2002, p. 137-139; Id., *Quali concetti politici per l'Europa?*, 2005, p. 51-56; Id., *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, 2008, p. 184-187.

⁷⁰ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 324-325 (t.d.r.). All'interno contributi raccolti in *Die Zukunft der Verfassung* sono presenti altri elenchi in cui Grimm ricapitola in modo anche differente quella sopracitata i tratti costitutivi del concetto funzionale: cfr. *Ivi*, p. 39-40, 298. Ci riferiamo a quest'ultima, non solo perché è stata proposta più recentemente in ordine di tempo, ma anche perché appare più conseguente rispetto alla ricostruzione sviluppata da Grimm.

Grimm sottolinea come i cinque tratti definitivi elencati, oltre a presentare dei nessi strutturali che li connettono tra loro, si riferiscono alla *funzione* della costituzione e, dunque, non al contenuto particolare delle disposizioni, le quali sono appannaggio del *pouvoir constituant*. Questo non significa tuttavia che la costituzione sia aperta a qualsiasi tipo di contenuto, ma che nella caratterizzazione funzionale siano comunque impliciti tali componenti di ordine formale. Dalla funzione propria della costituzione, ovvero la fondazione del potere legittimo e la regolazione integrale dell'esercizio, deriva necessariamente che “gli elementi del costituzionalismo, quello democratico e quello dello stato di diritto, non posso venir separati l'uno dall'altro, senza che la conquista del costituzionalismo non venga ridotta”.⁷¹ A differenza della lettura schmittiana che tende a ravvisare nell'elemento liberale e democratico due componenti distinte e conflittuali della costituzione,⁷² Grimm fa emergere l'impossibilità di una loro scissione sul piano costituzionale in quanto esse partecipano di una medesima modalità di concepire la politica.⁷³ Il che significa che la stessa democrazia moderna può essere pensata solo sulla base di concetti come individuo, libertà e uguaglianza.⁷⁴

Se nel dibattito europeo la costituzione gode di una ripresa e sembra trovare una nuova attualità, la definizione del concetto funzionale di costituzione si presta a marcare gli scarti concettuali tra il significato che il termine possiede sul piano nazionale e quello che può possedere sul piano sovranazionale. Al contempo, la formazione di strutture politiche sovranazionali, capaci di produrre decisioni efficaci a livello nazionale, interviene come fattore che altera la costituzione a questo livello, la cui effettiva modalità di funzionamento è pertanto concepibile solo tenendo presente un quadro più ampio che, anche al di là della sua pretesa normativa, la condiziona.

⁷¹ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 325

⁷² Ci riferiamo complessivamente ai capitoli secondo e terzo di Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984. La lettura schmittiana non coglierebbe come la democrazia moderna e borghese può essere definita solo nella forma dei diritti. Sul tema, cfr. Duso, *Regionale Identität: eine neue politische Bedeutung*, 2004, p. 22-27.

⁷³ Modalità di pensare la politica che rimanda all'alveo teorico delle moderne dottrine giusnaturalistiche, cfr. Duso, *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, 2006, p. 7-49, in particolare.

⁷⁴ Il che significa che, in termini di diritti, deve venire ritrascritta la componente propriamente politica da un punto di vista schmittiano, ovvero quella democratica.

5- IL MODERNO CONCETTO DI COSTITUZIONE E LA DOTTRINA COSTITUZIONALE DI SIEYÈS. LA COSTITUZIONE DEL POTERE RAPPRESENTATIVO.

Laddove Grimm pone la questione della necessità di una costituzione per l'Europa, l'impossibilità di utilizzare propriamente il concetto funzionale di costituzione con riguardo all'attuale fondamento giuridico dell'Unione deriva fundamentalmente dall'irriducibilità del diritto costituzionale europeo a un ipotetico popolo europeo, ovvero alla comunità che intende costituire se stessa in unità politica. Delle cinque caratteristiche che definiscono la funzione della costituzione moderna nel suo senso pregnante, Grimm ritiene che sia fundamentalmente il quarto requisito a non essere soddisfatto – un aspetto che mantiene la sua pertinenza anche in relazione al poi fallito Trattato che adotta una costituzione per l'Europa.⁷⁵ “Una costituzione nel senso pieno del termine”, infatti, “deve necessariamente risalire a un atto del popolo o quantomeno attribuito al popolo, mediante cui questo può autoconferirsi la capacità di agire politicamente. Una fonte analoga manca completamente al diritto comunitario primario: diritto che non risale a un popolo europeo ma a singoli stati membri e che dipende da questi anche per quanto riguarda la sua entrata in vigore. Mentre le nazioni si danno una costituzione da sé, all'Unione europea viene data una costituzione da terzi”.⁷⁶ È dunque col significato del potere costituente del popolo, ovvero con l'elemento democratico caratteristico del moderno costituzionalismo, che si scontra la possibilità di proiettare il concetto di costituzione sul piano sovranazionale. Questo argomento funge inoltre da elemento comparativo per evidenziare con particolare forza le difficoltà che deriverebbero anche qualora esso trovasse una sua effettiva trasposizione sul piano europeo, dunque al fine di pensare positivamente l'Europa, in quanto una sua “ri-

⁷⁵ A tale riguardo osservava Grimm: “La Convenzione non è stata eletta dai cittadini dell'Unione. Essi non hanno voce in capitolo sull'adozione del progetto. Esso non è loro imputabile. Per assumere valore normativo esso deve essere adottato dalla conferenza intergovernativa nella forma di un trattato tra Stati membri. La Conferenza non è un organo dell'Unione europea, rimane estranea ad essa. Di conseguenza, il progetto deve venire ratificato da tutti gli Stati membri, in conformità alle loro rispettive costituzioni. Dunque, il fondamento giuridico dell'Unione non è un atto di autodeterminazione”, Grimm, *Trattato o costituzione?*, 2004, p. 163-164.

⁷⁶ Grimm, *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 353. Si possono ricordare a tale riguardo le parole di Böckenförde in relazione al nesso potere costituente-costituzione-popolo: “Il potere costituente è quella forza e autorità (politica) in grado di creare, sostenere e superare la costituzione nella sua pretesa di validità normativa. [...] Il concetto di potere costituente è per origine e contenuto democratico e rivoluzionario. [...] Solo il popolo viene preso in considerazione come titolare (soggetto) del potere costituente. Concettualmente, il potere costituente è potere costituente del popolo”, Böckenförde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, 1996, p. 235-236.

attualizzazione” non farebbe che accrescere la sfasatura tra la “condizione costituzionale” di quest’ultima e le aspettative proprie delle costituzioni moderne – si tratterebbe, infatti, di una legittimazione fittizia.⁷⁷ Il problema in questo caso concerne l’auspicabilità di proiettare il potere costituente con la sua logica alla luce dell’assenza dei necessari prerequisiti sociali: è rispetto a tale desiderabilità che si appuntano le riserve di Grimm. Quale è allora il ruolo del popolo nel processo costituente? Come si determina la sua azione?

Le questioni concernenti l’esistenza di un popolo europeo, il significato costituzionale del popolo e la possibilità di una costituzione senza popolo hanno assunto non a caso una posizione di primo piano nel dibattito sul processo di costituzionalizzazione dell’Unione Europea.⁷⁸ Per provare a comprendere la differenza radicale tra il processo di formazione di un’entità politica sovranazionale come l’UE e il processo costituente proprio agli Stati nazionali da un punto di vista concettuale, può essere utile soffermarsi sulla dottrina costituzionale del padre della Rivoluzione francese, l’abate Sieyès, dove non solo la diade potere costituente-potere costituito viene formulata,⁷⁹ ma il popolo si definisce concettualmente come “entità rappresentativa”.⁸⁰ A partire da tale riferimento, vorrei tentare di mostrare come per ripensare i criteri di

⁷⁷ Sebbene le basi giuridiche dell’Unione non siano riconducibili alla volontà di *un* popolo, ciò non significa che essa non costituisca un’unità politica ovvero, più in generale, che non si possano dare forme diverse di unità politica costruite diversamente dal modello degli Stati nazionali. Sul punto si veda: Scalone, *Le istituzioni europee*, 2016, p. 181.

⁷⁸ Tra i molti si vedano in particolare: Scoditti, *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, 2001; Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, 2002.

⁷⁹ È nota la rivendicazione da parte di Sieyès del merito di aver “scoperto” quel “principio sano e utile” che consiste nella “divisione del potere costituente e dei poteri costituiti”, cfr. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche. Tomo I*, 1993, p. 796; divisione che, secondo Sieyès, “rientrerà nel novero delle scoperte che fanno avanzare il cammino della scienza”. È opportuno evidenziare la valenza “scientifica” di tale divisione che è indispensabile per il suo corretto uso (Sieyès stesso osserva infatti poco oltre che “radicatasi rapidamente negli animi, come molte altre verità nuove, essa ha contribuito persino a far commettere delle sciocchezze, sorte abituale dei migliori strumenti quando si ritrovino intrappolati dall’ignoranza”, *Ibid.*). Sull’originalità della formulazione del termine-concetto di potere costituente da parte di Sieyès sono stati sollevati dubbi; secondo Pasquale Pasquino la paternità andrebbe rinvenuta nell’opera di George Lawson *Politica sacra et civilis* (il che non significa peraltro che Sieyès conoscesse quest’ultimo scritto e che, benché con termini diversi, il concetto non fosse già presente nell’opera dei pensatori giusnaturalisti. Cfr. Pasquino, *Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple*, 2008, p. 20-22. Ma per lo “spirito hobbesiano” delle teorie dell’abate si tenga presente, in modo particolare, Jaume, *Hobbes et l’État représentatif moderne*, 1986, p. 173-176 e 190-206.

⁸⁰ “Un principio sano e utile venne stabilito nel 1788: si tratta della divisione del potere costituente e dei poteri costituiti. Essa rientrerà nel novero delle scoperte che fanno avanzare il cammino della scienza, essa è dovuta ai francesi”, Sieyès, *Opere e testimonianze politiche. Tomo I*, 1993, p. 796. Sulla questione della paternità della distinzione si veda utilmente anche: Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, 2009, p. 98-100.

legittimità propri dell'UE la difficoltà non è rappresentata dall'esigenza di superare una concezione olistica o sostanzialistica del popolo.⁸¹ La difficoltà consiste piuttosto nel superare una modalità secondo cui la autodeterminazione dei singoli si lega alla dimensione della decisione pubblica mediante il significato specifico del concetto di rappresentanza – entro cui il concetto di popolo prende il suo significato determinato da un punto di vista costituzionale nell'ambito degli Stati nazionali. Ciò che risulta problematico nel nesso sovranità del popolo e rappresentanza è che il popolo per diventare uno non può che risultare immanente al processo di formazione della volontà politica.

Come visto in precedenza, la riconduzione dell'origine del moderno concetto di costituzione al contesto delle rivoluzioni tardo Settecentesche si colloca alla base della netta contrapposizione col senso che il termine “costituzione” aveva avuto fino ad allora nel lessico politico-giuridico. La pretesa della costituzione moderna risulta dalla considerazione dell'origine del costituzionalismo e definisce una serie di aspettative che sono a loro volta strutturalmente connesse con la costituzione quale modalità di fondazione e organizzazione del potere politico a partire dai concetti di libertà e uguaglianza. Poiché la “costituzione” dell'Antico Regime corrisponde in primo luogo con la condizione complessiva di fatto delle istituzioni politico-sociali che sono concrescite storicamente, ma ricomprende anche pratiche giuridiche occasionali così come prassi consuetudinarie (usi e costumi), si può a ragione constatare non tanto una trasformazione del concetto, quanto un'incommensurabilità e un antagonismo col significato determinato che il termine viene assumendo a partire dalle rivoluzioni.⁸² In altri termini, la *Trennung*

⁸¹ Cfr. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo?*, 2002, p. 93 e ss. Nella sua proposta di pensare la costituzione europea sulla base del concetto di potere costituente, Sergio Dellavalle riconduce la questione della definizione e della possibilità di quest'ultimo a livello europeo (dell'Unione) a quella del significato del termine popolo. In tal senso, si darebbero “due accezioni diverse e contrapposte del concetto “popolo””, le quali fanno rispettivamente riferimento ai due grandi modelli del pensiero politico moderno: l'olismo da un lato, l'individualismo dall'altro”, *Ivi*, p. 66. Olismo e individualismo sono presentati come “modelli per l'interpretazione della sfera politica” che sarebbero superati da una concezione comunicativa – che si riallaccia programmaticamente alla teoria habermasiana – mediante la quale sarebbe possibile concettualizzare la costituzione europea (cfr. anche Bogdandy & Dellavalle, *Paradigmi dell'ordine*, 2010, p. 15-52). Non è possibile soffermarsi più in dettaglio sulla proposta interpretativa appena ricapitolata. Tuttavia, proprio mediante l'analisi dello statuto del potere costituente e della modalità in cui l'abate concepisce la prassi costituente che si connota essenzialmente per la dialettica tra soggetto individuale e soggetto collettivo, è possibile far emergere forse come al di là della possibilità di distinguere e contrapporre dei modelli differenti, il problema legato a tale categoria vada ravvisato nella modalità in cui essa “costringe” a pensare la politica e la costituzione.

⁸² Al di là dell'identità del termine, la possibilità di accostare i due concetti deriva dalla valenza polemica del concetto moderno nei confronti di quello “pre-moderno”: l'aspetto della *Trennung* concerne la possibilità di determinare il piano comune entro il quale si determinerebbe il mutamento di significato del termine stesso.

prodotta dal concetto moderno di costituzione rispetto al concetto (pre-moderno) di costituzione già esistente si chiarisce mediante l'origine rivoluzionaria e il suo carattere tipicamente normativo. Nella misura in cui la funzione delle costituzioni moderne non è riducibile a quello della limitazione di un potere politico esistente, ma comporta necessariamente la fondazione del potere legittimo, in virtù della modalità specifica di una limitazione che è basata sui diritti individuali, esso introduce una differenziazione di piani irriducibile. L'idea che l'approccio ricostruttivo di Grimm suggerisce a tale riguardo è che non abbiamo a che fare con declinazioni differenti di un medesimo concetto, ma di due concetti radicalmente diversi che sottintendono modalità diverse di pensare l'ordine politico e giuridico.

È senza dubbio nel famoso saggio di Sieyès sul Terzo stato che è possibile registrare la compresenza di questi differenti concetti di costituzione per molti versi in competizione tra loro e intendere come l'origine del concetto moderno si contrapponga diametralmente all'idea di una costituzione già esistente:

“In ogni nazione libera, e ogni nazione deve essere libera, non esiste che un modo per porre fine alle controversie in materia di Costituzione. Non è a dei notabili che si deve far ricorso, ma alla Nazione stessa. Se non abbiamo Costituzione, occorrerà farne una, e la Nazione sola ne ha il diritto. Se invece una Costituzione l'abbiamo, come certi si ostinano a sostenere, ed è in virtù di questa che si pretende che l'Assemblea nazionale sia divisa in tre deputazioni corrispondenti a tre Ordini di cittadini, è impossibile non accorgersi che da uno di questi Ordini si leva una rivendicazione di intensità tale che non si può far più un solo passo senza prima essersi pronunciati in merito ad essa”.⁸³

Da un punto di vista concettuale, l'elemento determinante e innovativo di questo passaggio consiste nell'avanzare l'ipotesi che una costituzione possa non esserci e, conseguentemente, che possa essere fatta. Tra la costituzione che c'è e quella che spetta alla nazione fare sussiste una differenza irriducibile e, al contempo, una contrapposizione netta nella misura in cui, tuttavia, anche quella eventualmente esistente deve dimostrare la sua legittimità, ovvero la possibilità di essere ricondotta alla nazione quale sua fonte.⁸⁴

⁸³ Sieyès, *Che cos'è il terzo stato?*, 1993, p. 252.

⁸⁴ Famose a riguardo sono le parole di Hegel, che lamenta l'insensatezza della domanda su “chi deve fare la costituzione?” e l'inconsistenza del concetto che abbiamo detto normativo di costituzione in virtù del suo necessario fondamento atomistico: “Un'altra questione si presenta con facilità: *chi deve fare la costituzione?* Tale questione pare chiara, ma ad una considerazione più precisa si mostra subito priva di

In altri termini, la contrapposizione tra una costituzione che non c'è (e che si tratta di fare) e una costituzione che già c'è, si risolve comunque nella rivendicazione della nazione come colei che unica detiene il diritto a farla e da cui, dunque, la validità della costituzione viene integralmente a dipendere. Costituzione che si tratta di fare e costituzione che già c'è non si collocano sullo stesso piano, non sono affatto ugualmente legittime, e la questione non è affatto quella di scegliere tra l'una o l'altra: solo la prima, nella misura in cui rimanda al soggetto che legittimamente può produrla, ovvero la nazione, che in un unico atto costituisce legittimamente il potere e destituisce l'ingiusto ordine esistente, può essere definita propriamente la costituzione, superando in tal modo "le controversie in materia". Il concetto di una costituzione che innanzitutto deve essere fatta rimanda all'atto consapevole che la pone in essere e con ciò, necessariamente, alla questione del soggetto che unicamente può dare la costituzione.

Questo aspetto è affermato e sembra valere *prima facie* al di là del modo in cui la nazione, a cui sola pertiene il diritto di fare la costituzione, assolve concretamente tale compito.⁸⁵ Se nei confronti della realtà giuridica esistente, infatti, l'azione potere costituente del popolo procede facendo *tabula rasa*,⁸⁶ il compito propriamente costituente (il dare una costituzione, la produzione di un ordine costituito) non può essere assolto mediante un'azione altrettanto illimitata, poiché si tratta pur sempre di costituire qualcosa

senso. Poiché essa presuppone che non ci sia alcuna costituzione, quindi che stia insieme un mero *agglomerato* atomistico di individui. Come un agglomerato giungerebbe a una costituzione, se grazie a sé o ad altri, grazie a bontà, pensiero o forza, dovrebbe restar rimesso a lui, giacché il concetto non ha a che fare con un agglomerato [...] Ma in genere è senz'altro essenziale che la costituzione, sebbene sorta nel tempo, non venga riguardata *come un che di fatto*; giacché essa è piuttosto l'essente senz'altro in sé e per sé, il quale perciò è da considerare come il divino perdurante, e come al di sopra della sfera di ciò che vien fatto", Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 2010, p. 221.

⁸⁵ "La Nazione esiste prima di ogni cosa, essa è l'origine di tutto. La sua volontà è sempre conforme alla legge, essa è la legge stessa. Prima di essa e al di sopra di essa non c'è che il diritto *naturale*. Se vogliamo farci un'idea esatta dell'ordine delle leggi positive che possono emanare solo dalla sua volontà, troviamo al primo posto le leggi *costituzionali*, esse si dividono in due parti: le une regolano l'organizzazione e il funzionamento del Corpo *legislativo*, le altre determinano l'organizzazione e il funzionamento dei diversi corpi *attivi*. Queste leggi sono dette *fondamentali*, non nel senso che possano divenire indipendenti dalla volontà nazionale, ma in quanto i corpi che esistono e agiscono in virtù di esse, non possono modificarle. In ogni sua parte la Costituzione non è opera del potere costituito, ma del potere costituente. Nessun tipo di potere delegato può cambiare alcunché delle condizioni della propria delega. È in tal senso e non in altro, che le leggi costituzionali sono *fondamentali*. Le prime, quelle costitutive del potere legislativo, vengono *fondate* dalla volontà nazionale prima di qualunque Costituzione, esse ne formano il primo gradino. Analogamente, le seconde devono essere costituite da una volontà rappresentativa *speciale*. In tal modo tutti gli elementi del governo si corrispondono e dipendono in ultima analisi dalla Nazione", Sieyès, *Che cos'è il terzo stato?*, 1993, p. 255-256.

⁸⁶ Sulla strutturale "*dualité du pouvoir constituant*" che tiene assieme al contempo un movimento "*deconstituant et reconstituant*" si veda in particolare: Beaud, *La puissance de l'État*, 1994, p. 223-229.

di determinato:⁸⁷ il potere costituente della nazione in quanto esclusivo depositario della legittimità, che rompe con qualsiasi passato costituzionale in quanto non è vincolato né vincolabile da qualsiasi forma civile preesistente, si presenta come istanza per la rifondazione completa dello Stato. A tale riguardo, scrive Sieyès, “si tratta di sapere cosa debba intendersi per *costituzione* politica di una società, e di delinearne i giusti rapporti con la *Nazione* stessa. È impossibile creare un corpo con determinati scopi senza dargli un’organizzazione, delle forme e delle leggi atte a fargli svolgere le funzioni a cui lo si è voluto destinare. Ciò viene definito la *costituzione* di tale corpo. È evidente che esso non può esistere altrimenti. Dunque anche ogni governo rappresentativo deve avere una sua costituzione; e ciò che è vero per il governo in generale, è vero pure per tutte le sue componenti”.⁸⁸

Come è stato giustamente messo in evidenza nell’ambito di autorevoli proposte interpretative della dottrina costituzionale dell’abate,⁸⁹ l’elemento di novità della teoria sieyèsiana del potere costituente – che influenzerà la dottrina giuridica degli Stati costituzionali democratici – non è riducibile tanto all’idea del popolo come fonte onnipotente del potere politico, la cui natura e manifestazione possiederebbe un intrinseco carattere anarchico e irrazionale,⁹⁰ bensì il fatto che il potere politico declinato secondo questa modalità è e non può che essere potere rappresentativo. Da un punto di vista politico, l’affermazione dell’assoluta libertà del potere costituente del popolo si traduce

⁸⁷ L’intento di Sieyès è quello di delegittimare la costituzione esistente, ovvero la costituzione dell’Antico Regime, con la quale non si indica altro che lo stato delle istituzioni politiche e sociali nel loro complesso (in cui rientrano indifferentemente sia materie giuridiche sorte storicamente sia pratiche tramandate – costumi e usi). Nella misura in cui invece ci si riferisce a un fare consapevole senza il quale la costituzione semplicemente non c’è, l’elemento determinante è rappresentato proprio da questo atto volontario cosciente, che fa la costituzione e ne stabilisce i principi portanti. Determinante sarà allora il detentore legittimo del potere di porre in essere la costituzione giuridicamente, con cui si allude mediante il concetto di potere costituente del popolo – in quanto contrapposto al potere costituito, ovvero i poteri istituiti attraverso la costituzione, conformemente ad essa.

⁸⁸ Sieyès, *Che cos’è il terzo stato?*, 1993, p. 254-255. Sieyès inoltre precisa: “Di conseguenza il corpo dei rappresentanti al quale è affidato il potere legislativo o l’esercizio della volontà comune, esiste solamente nella forma che la Nazione gli ha voluto dare. Esso non è nulla senza le sue forme costitutive; esso agisce, si orienta, esercita il suo potere solo attraverso tali forme. A tale necessità di organizzare il corpo del governo, se si vuole che esso esista o che agisca, occorre aggiungere l’interesse della Nazione affinché il potere pubblico delegato non possa mai divenire nocivo ai suoi committenti”.

⁸⁹ Ci riferiamo, in particolare, ai lavori di Pasquale Pasquino. Cfr., in particolare, Pasquino, *Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple*, 2008, p. 13-23; Id., *Le pouvoir constituant, le gouvernement limité et ses origines dans le Nouveau Monde*, 2011, p. 49-60. Ma sul punto si veda anche Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, 2009, p. 97-110.

⁹⁰ Si tratta di una lettura in larga parte riconducibile alla rilevante e influente recezione della dottrina costituzionale sieyèsiana da parte di Carl Schmitt. Cfr. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 112-116.

storicamente nel superamento dell'assemblea degli Stati Generali.⁹¹ Tale manifestazione di libertà non significa tuttavia la negazione della divisione dei poteri e della garanzia dei diritti fondamentali “ma al contrario il loro rafforzamento e incremento in favore della paternità esclusiva del popolo”.⁹² Secondo tale programma si tratta di dare costituzione ad una società politica. La nazione richiede la modificazione radicale del modo in cui era costituito precedentemente lo stato. Non ci sono più ordini, ma il terzo stato, omogeneo è l'intera nazione. In tal senso, inoltre, proprio nella rivendicazione del terzo stato come tutto, del suo farsi Stato, è implicita la realizzazione della “*gleiche Freiheit für alle*”.⁹³

Esattamente su questo aspetto della dottrina sieyèsiana e, in particolare, sulla natura rappresentativa del popolo che fonda il potere legittimo ha insistito il riferimento a Sieyès da parte Grimm nella ricostruzione del concetto di costituzione nel suo sviluppo storico.⁹⁴ Sebbene già con Emer de Vattel la costituzione corrisponda alla norma giuridica che stabilisce la modalità di esercizio dell'autorità pubblica e tale norma può procedere solo dal popolo, è solo con la dottrina dell'abate che la forma e il contenuto di essa saranno determinati:⁹⁵

“Herrschaft ist für ihn nur als vom Volk übertragenes Amt legitimierbar. Das Auftragsverhältnis bedingt die Verfassung. [...] [Das Volk] existiert auch ohne Verfassung aus Naturrecht uns steht als puvoir constituant immer über der Verfassung. Mittels der Verfassung verteilt und begrenzt es den Herrschaftsauftrag und sichert seine natürlichen Rechte”.⁹⁶

⁹¹ Più precisamente, come ha scritto Hasso Hofmann, ciò contro cui si rivolge l'affermazione della assoluta libertà del potere costituente sono “i tradizionali vincoli delle *lois fondamentales*. E ciò vuol dire: affrancamento dai legami fondati sul piano pratico o surrettiziamente contrattuale tra Monarca e i tre Stati sociali nella determinazione o nella modifica delle leggi fondamentali; concretamente: liberazione dalla forma dell'assemblea degli Stati generali ed esclusione del re e degli Stati privilegiati dal processo costituente”, Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, 2005, p. 232. Riguardo il contributo di Sieyès all'“affermazione” del moderno concetto di rappresentanza, cfr. Id., *Rappresentanza-Rappresentazione*, 2007, p. 493-496.

⁹² Id., *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, 2005, p. 232.

⁹³ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 72.

⁹⁴ Sul ruolo della dottrina sieyèsiana per la determinazione del concetto moderno di rappresentanza, si veda: Duso, *La rappresentanza politica. Genesis e crisi di un concetto*, 2007, p. 55-59.

⁹⁵ Cfr. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 108: “*Verfassung und Rechtsnorm werden erstmals bei Vattel zur Deckung gebracht, wenn er die constitution als règlement fondamental definiert, qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée. Ein solches 'règlement' kann für Vattel nur von der Nation ausgehen, ist aber noch nicht auf einen bestimmten Inhalt oder eine bestimmte Form festgelegt*” – per i precisi rimandi a Vattel si tengano presenti i riferimenti in nota al testo grimmiano.

⁹⁶ *Ibid.*

Se il titolare del potere costituente è il popolo, la modalità di espressione della volontà sovrana necessita della mediazione rappresentativa tanto al livello del potere costituito, quanto a quello superiore del potere costituente (ovvero: è necessaria una assemblea costituente affinché la volontà del popolo possa trovare espressione). La questione fondamentale, in altri termini, è quella di determinare compiutamente la modalità di esercizio del potere costituente: il carattere privo di forma del potere costituente che è rivendicato contro l'ordinamento esistente ritenuto illegittimo,⁹⁷ richiede a sua volta una messa in forma rappresentativa, poiché “non avendo in tal senso la volontà nazionale una forma, occorre pur che ne assuma una per farsi ascoltare”.⁹⁸

L'orizzonte in cui prende senso l'esigenza di attribuire ad un soggetto l'esercizio del potere sovrano, non è quello in cui il popolo come unità politica sussiste di per se stesso,⁹⁹ ma è quello in cui il punto di partenza del ragionamento è rappresentato da una molteplicità di individui irrelati, ciascuno con le proprie opinioni, interessi ecc. Solo in un tale contesto un soggetto inteso come la collettività nella sua interezza deve porsi a garanzia dell'imparzialità. La negazione della differenza tra gli uomini e della conseguente relazione di governo tra di essi comporta che il comando politico debba essere costituito e che il punto di partenza non possa essere costituito che dagli individui stessi intesi come uguali. Da qui si deriva il concetto di potere che è proprio della totalità del corpo politico e legittimato dalla volontà di tutti gli individui – ovvero la sovranità. Il potere politico si presenta nella forma della sovranità, cioè come potere unico che è da attribuirsi al corpo politico nella sua totalità. Al comando politico spetta obbedienza incondizionata da parte di tutti coloro che ad esso sono sottoposti nella misura in cui esso dipende da un processo di legittimazione fondato sulla volontà di tutti i cittadini. In questo modo i sudditi ubbidiscono ad un comando che ha in loro la sua origine, poiché il fondamento della rappresentanza è costituito dall'elezione che tuttavia non comporta la trasmissione di volontà determinate, ma consiste in un atto di fiducia, ovvero di autorizzazione.

⁹⁷ “Non temiamo di ribadirlo: una nazione è indipendente da qualunque forma; e in qualunque modo essa voglia, è sufficiente che questa sua volontà si manifesti, perché ogni diritto positivo venga meno dinanzi ad essa che è la fonte e l'arbitrio supremo di ogni diritto positivo”, Sieyès, *Che cos'è il terzo stato?*, 1993, p. 258.

⁹⁸ Sieyès, *Opere e testimonianze politiche. Tomo I*, 1993, p. 369.

⁹⁹ “Per popolo non si intende qui una entità empirica, ma una ideale comunità volontaria, che si realizza esclusivamente nell'assemblea costituente”, Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, 2005, p. 232.

È dunque a partire dall'individuo che si tratta di pensare la costituzione del corpo politico e lo specifico problema che emerge è esattamente la produzione dell'unità della volontà politica a partire dalla indefinita diversità individuale. La nazione (o il popolo)¹⁰⁰ a sua volta è pensata a partire dalle idee di libertà e uguaglianza che connotano propriamente gli individui e permettono di concepire razionalmente la società. Il collegamento che permette di unire la volontà dei singoli, con la sua funzione legittimante, e il carattere obbligante che è proprio della legge è costituito dal concetto moderno di rappresentanza. Compito della rappresentanza, nella accezione nuova che assume il termine, è in tal senso fare apparire una volontà politica unitaria nella forma della legge:¹⁰¹

“la rappresentanza viene in tal modo a costituire la modalità stessa (che pare presentarsi come l'unica) di espressione della volontà del soggetto collettivo e nello stesso tempo contiene anche in sé la fonte di legittimazione del comando, che sta in quella espressione della volontà da parte di tutti che avviene nell'atto dell'elezione dei rappresentanti”.¹⁰²

A differenza della società cetuale in cui la funzione rappresentativa era richiesta affinché la molteplicità delle parti sociali potesse esprimersi, ciò che si realizza ora con l'idea di rappresentanza è la rappresentazione dell'unità politica.

¹⁰⁰ Non è possibile in questa sede soffermarsi più diffusamente sul significato e la differenza di popolo e nazione nella dottrina dell'abate. Si tenga presente, in linea generale, come non è possibile determinare una distinzione netta tra i due termini - essi compaiono talvolta senz'altro come sinonimi (per esempio, l'abate scrive: “tutti i poteri pubblici, senza distinzione, sono un'emanazione della volontà generale; tutti procedono dal popolo, cioè dalla nazione. Questi due termini devono essere sinonimi”, Sieyès, *Opere e testimonianze politiche. Tomo I*, 1993, p. 392). Su tale aspetto si veda in più in dettaglio: Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, 2009, p. 96-97. Secondo Pasquino, non sussiste nella teoria sieyèsiana quella distinzione tra sovranità popolare e sovranità nazionale (ascrivibile invece all'opera di Carré de Malberg). Cfr. Pasquino, *Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della rivoluzione: E.J. Sieyès*, 1989, p. 296. Ma sul punto, si veda sempre per maggiori dettagli il contributo di Goldoni.

¹⁰¹ Non a caso, nel capitolo sesto che conclude *Che cos'è il terzo stato?*, dove Sieyès distingue tre tipi di interesse – quelli comuni, quelli di corpo e quelli individuale –, emerge come solo gli interessi comuni e quelli individuali possano essere oggetto di rappresentazione. Cfr. Sieyès, *Che cos'è il terzo stato?*, 1993, p. 277-278. Sebbene “le qualità per le quali i cittadini si differenziano, *nulla* hanno a che vedere col carattere di cittadino”, Sieyès precisa che “le disuguaglianze di proprietà e di professione sono della stessa natura di quelle d'età, di sesso, di taglia, di colore ecc. Esse non snaturano affatto l'eguaglianza civile; i diritti civili non possono in alcun modo dipendere da tali differenze”, *Ivi*, p. 279-280. Come è stato messo in evidenza, sebbene secondo Sieyès non si possa dare rappresentazione delle disuguaglianze “è da riconoscere che interesse comune e interesse individuale sono due lati della stessa costruzione, in quanto l'interesse comune altro non è che la difesa dello spazio privato, che consente ad ognuno di perseguire il proprio interesse e ciò che intende come proprio bene”, Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi di un concetto*, 2007, p. 64.

¹⁰² *Ivi*, p. 60. Rappresentare significa, allora, hobbesianamente dare forma alla volontà sovrana della nazione.

In tale ottica, diventa forse possibile comprendere più chiaramente il significato della distinzione tra potere costituente e potere costituito, nonché dell'altro concetto introdotto da Sieyès, ovvero quello di potere committente che è usato per esprimere l'influenza diretta del popolo sui rappresentanti, l'unico che pertiene alla totalità dei cittadini attivi, e consiste nella capacità del popolo di designare i suoi rappresentanti.¹⁰³ Come visto, l'esistenza dell'organizzazione politica si dà mediante il potere costituito, ovvero mediante un potere articolato e diviso. Il potere costituito tuttavia dipende da un potere costituente il cui titolare è la nazione, la quale per potersi esprimere richiede di essere messa in forma rappresentativamente a sua volta. Il carattere che presenta il popolo come potere costituente è di essere privo di forma e di carattere determinato (di non essere costituito, appunto). La possibilità di un suo dispiegamento dipende dalla cessione di questo da parte del potere committente che si esprime come atto di fiducia. Se nel potere committente si può ravvisare allora l'effettiva espressione la sovranità del popolo, la forma dell'atto sovrano per eccellenza è quello della delega ad un organo rappresentativo, ovvero la rinuncia all'azione diretta.¹⁰⁴ Nella teoria sieyèsiana, di conseguenza, vengono ad assumere una posizione di primo piano sia la funzione decisiva di legittimazione/autorizzazione detenuta dall'elezione sia la determinazione del popolo stesso come "entità rappresentativa" (ovvero non empirica) che indica l'insieme degli individui uguali e liberi e il cui ruolo è, al contempo, "marginale" ed "essenziale" nel processo costituente.¹⁰⁵ L'unica forma in cui il popolo, come totalità di cittadini, concorre a fare la legge consiste nella scelta e nella delega dei rappresentanti, ovvero di coloro che eserciteranno i suoi reali diritti.

L'esperienza costituzionale inaugurata dall'età delle rivoluzioni si caratterizza dunque per pensare la costituzione come il prodotto di un soggetto politico che racchiude la totalità degli individui uguali. Il concetto moderno di costituzione che si afferma nell'uso socialmente diffuso da questo momento in poi implica il rimando strutturale ad un atto volontario di creazione di diritto che limita il potere politico solo in quanto dà forma ad esso, cioè lo fonda. La costituzione non si riferisca pertanto a ciò che già c'è,

¹⁰³ Sulla rilevanza del potere committente ha posto l'attenzione, in particolare, Pasquale Pasquino con l'intento di sviluppare una lettura liberale del potere costituente, cfr. Pasquino, *Sieyes, Constant e il «governo dei moderni»*, 1987, p. 91-94.

¹⁰⁴ Si veda su questo aspetto: Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, 2009, p. 106-107.

¹⁰⁵ Cfr. Pasquino, *Le pouvoir constituant, le gouvernement limité et ses origines dans le Nouveau Monde*, 2011, p. 52.

ma nasce dalla volontà assoluta della nazione che deve anzitutto trovare espressione, ovvero essere messa in forma. In tal senso, essa è una regolazione del potere solo in quanto lo determina, lo crea, come potere costituito, e proprio per questo essa richiede di pensare un potere costituente. Tale atto, prima ancora che identificare una situazione storicamente determinata, si dimostra essere un'esigenza di ordine logico-teorica se il punto di partenza è costituito dalla totalità degli individui liberi e uguali – e l'esigenza prima che si pone anzitutto è quella della costruzione dell'unità –, affinché al contempo possa trovare espressione determinata l'idea di autodeterminazione.

La difficoltà legata alla proiezione di questo tipo di logica sui processi che determinano l'Unione Europea risulta innanzitutto se si considera il ruolo determinante che in quest'ultima rivestono gli Stati membri: essi esprimono un contesto plurale, fatto di differenze politicamente rilevanti che non intendono perdere la loro soggettività politica, bensì intendono conservare la propria identità ed avere un ruolo attivo nella decisione. Rispetto a ciò, prima e più ancora della questione della presenza/assenza di un popolo europeo, a risultare insufficiente e problematica allora è la base teorica delle costituzioni moderne, ovvero gli individui come elemento fondante del corpo politico e della legittimazione democratica. In che senso si può dare espressione all'idea di una pluralità determinata partendo dal concetto di individuo? Questo aspetto emerge al di là delle difficoltà intrinseche che risultano connotare la concettualizzazione della costituzione moderna, la prima delle quali è il necessario sdoppiamento e il dualismo irricomponibile tra la cifra unitaria del popolo che viene messo in forma rappresentativamente e i destinatari della legge che sono gli individui *uti singuli*. Su tali aspetti non è possibile soffermarsi in questa sede.

Per quel che concerne la riflessione di Dieter Grimm – per cercare di riallacciare i fili del discorso –, l'insistenza sulla differenza tra costituzione e trattato, sulla quale ha posto l'accento nell'ambito della discussione sulla natura giuridica dei trattati europei, può essere interpretata in direzione dell'esigenza – se non di valorizzare – almeno di riconoscere l'elemento della pluralità come determinante per pensare politicamente e giuridicamente l'Europa. Essa è, in altri termini, l'indice del carattere determinante della pluralità per pensare l'Europa come entità politica che risulta programmaticamente negato e, dunque, non pensabile assumendo compiutamente l'immaginario alla base delle moderne costituzioni. “La differenza tra un trattato e una vera e propria costituzione corre

lungo la distinzione tra autodeterminazione ed eterodeterminazione del fondamento giuridico dell'ordinamento politico di una società".¹⁰⁶ mediante la costituzione e mediante il processo costituente pensato nei termini appena visti è impossibile immaginare una pluralità di soggetti politici che partecipano alla dinamica costituente e che permangono come capaci di agire politicamente.

Sebbene la figura del trattato sia evidentemente insufficiente per pensare l'Europa come una realtà politica nuova (specie nella misura in cui non mette in questione l'immaginario politico dominato dallo Stato sovrano), tuttavia a risultare importante nella differenza che la distingue dalla costituzione è, in particolare, l'autonomia decisionale dei contraenti – che non viene neutralizzata come accade necessariamente nella costituzione.¹⁰⁷ L'aspetto che sfugge integralmente alla mera riproposizione dell'alternativa tra trattato e costituzione può essere ravvisato nella modalità in cui l'unità composita, fatta di una pluralità determinata, è pensabile. In ogni caso, alla luce di quanto visto sin qui si può comprendere perché coloro che si dicono favorevoli ad un appianamento del deficit democratico tramite l'introduzione di una costituzione europea, sottovalutano il fatto che il rafforzamento del principio democratico di legittimazione avrebbe un intrinseco effetto centralizzante che tende a neutralizzare le unità politiche che formano l'Unione. Se alla legittimazione democratica non viene attribuito un significato vago, ma quello ricavabile dall'esperienza costituzionale degli Stati nazionali, questa non può che prevedere l'origine di un potere unico a livello europeo che abbia alla base la totalità dei cittadini che farebbero parte del popolo europeo. E questo potere unico, a cui si dovrebbe obbedienza immediatamente, sarebbe legittimato attraverso le elezioni e la modalità rappresentativa di esercizio del potere, mentre di fronte ad esso – alla volontà collettiva che esso esprime – verrebbe meno la possibilità di pensare differenti soggetti politici. La contrapposizione ad una costituzione per l'Europa risulta così legata al fatto che essa comporterebbe che la sua forma politica diverrebbe quella statale, ma che ciò al contempo farebbe scomparire quegli stessi Stati che la hanno originata: l'autonoma legittimazione democratica dell'Unione implicherebbe il venir meno di una legittimazione democratica mediata statalmente. Rispetto ad una simile concezione della

¹⁰⁶ Grimm, *Trattato o costituzione?*, 2004, p. 165.

¹⁰⁷ Su questo aspetto, ricavabile dalle analisi di Dieter Grimm, si veda: Duso, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, 2008, p. 183-190.

legittimazione democratica, peraltro, è Grimm stesso a indicare dei limiti strutturali che essa manifesta nell'ambito degli Stati nazionali.

6- STRUKTURWANDEL DER MODERNEN VERFASSUNG: ASPETTI CATEGORIALI.

Nel presente paragrafo vorrei soffermarmi, in conclusione, su alcuni snodi della riflessione di Grimm che emergono dai suoi contributi sul “futuro della costituzione” e che appaiono rilevanti per ampliare e complicare il campo analitico ricavabile solo parzialmente dalla ricostruzione storico-concettuale del concetto di costituzione e dalla questione della necessità di una costituzione per l'Europa. Si tratta in particolare di considerare il significato della progressiva perdita di forza normativa della costituzione nei suoi risvolti categoriali, il quale permette di chiarire ulteriormente la difficoltà di ricorrere al paradigma costituzionalistico dell'epoca delle rivoluzioni democratiche per riprogrammare la politica sul piano sopranazionale.¹⁰⁸ In tale prospettiva, gli stessi processi europei (ma non solo) intervengono a sollecitare i concetti tradizionali della teoria politica e giuridica moderna, primo tra tutti quello di sovranità. Non appare fortuito, del resto, che Grimm, accanto ai suoi contributi sulla costituzione, abbia dedicato uno studio recente al concetto moderno di sovranità – alle sue origini e al suo futuro – che muove dallo specifico interrogativo, posto dall'attualità, ovvero se ci sia ancora un posto per tale concetto oggi.¹⁰⁹ Elemento portante delle considerazioni di Grimm, per quel che attiene il nostro lavoro, è che la vicenda teorica e pratica del costituzionalismo moderno ha avuto luogo e si è dipanata nel contesto dello Stato territoriale sovrano: “*Die moderne Verfassung, so wie sie zweihundert Jahre lang Bestand hatte, bezog sich auf den Staat*”.¹¹⁰ La costituzione ha rappresentato lo strumento funzionale all'organizzazione dello Stato sovrano. Quest'ultimo ha potuto rappresentare lo spazio d'esperienza effettivo del

¹⁰⁸ Sull'importanza e i risvolti possibili per una riflessione sull'Europa di queste analisi del giurista tedesco si tenga presente, in particolare: Chignola & Mezzadra, *Gli spazi d'Europa. Aporie del processo di costituzionalizzazione e pratiche di libertà*, 2008, p. 129-148. Sulla questione della crisi della forza normativa delle costituzioni da una prospettiva prossima a quella di Grimm, si veda il contributo di Gaetano Azzariti in: Azzariti & Dellavalle, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sopranazionale*, 2014, p. 13-33.

¹⁰⁹ Cfr. Grimm, *Souveränität*, 2009, p. 10. Sul tema, si veda inoltre: MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1999.

¹¹⁰ Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 294.

costituzionalismo non solo per ragioni “contingenti”, ma strutturali. La questione relativa alla possibilità di una costituzionalizzazione della costellazione postnazionale non può prescindere da un’analisi di un eventuale declino della statalità.

Si è avuto modo di insistere sull’importanza dell’origine rivoluzionaria per la determinazione del concetto moderno di costituzione. La definizione di costituzione proposta da Grimm non è intesa come un costrutto teorico dal valore universale, ma richiede di essere compresa in relazione alla storia politico-sociale, poiché “*ihrer Entstehung nach gehört die Verfassung in den größeren Zusammenhang de Übergangs von der ständisch-feudalen zur bürgerlich-liberalen Gesellschaftsordnung*”.¹¹¹ Per comprendere le ragioni in ordine alle quali la costituzione risulterebbe destituita di significato nei confronti di “forme pre-statali di potere politico”, si può iniziare facendo riferimento ai caratteri che presenta l’orizzonte detto pre-moderno. Quest’ultimo si presenta dal punto di vista della sua costituzione politico-sociale complessiva come una realtà articolata e complessa, segnata da una molteplicità di centri di potere.¹¹² Per connotare l’ordine sociale cetual-feudale¹¹³ in riferimento alla peculiarità del suo “sistema di poteri”, Grimm, sulla scorta delle ricerche dello storico Otto Brunner,¹¹⁴ scrive: “*Herrschaftsaufgaben waren [...] räumlich, gegenständlich und funktional auf zahlreiche voneinander unabhängige Träger verteilt. Geschlossene Herrschaftsverbände konnten sich auf diese Weise nicht bilden. Herrschaftsbefugnisse bezogen sich nicht primär auf Territorien, sondern auf Personen. Die Träger dieser Befugnisse übten sie nicht als selbständigen Funktion, sondern als Annex eines bestimmten Status als Familienoberhaupt, Standes- oder Korporationsmitglied oder Grundeigentümer aus*”.¹¹⁵ È anzitutto ad una realtà di questo tipo che appare estranea al progetto costituzionale

¹¹¹ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 401.

¹¹² Grimm parla anche di *vorstaatlich-dezentrales mittelalterliche System*. Cfr. Id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 80.

¹¹³ Nei contributi di storia costituzionale, l’ordine sociale cetual-feudale è presentato tipicamente in contrapposizione all’ordine sociale liberal-borghese (cfr., in particolare, Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 53-73). Sulla struttura peculiare di quest’ultimo ci si è soffermati in precedenza (vd. paragrafo 4 del presente capitolo).

¹¹⁴ Cfr. Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, 2000, p. 21-50, in particolare; e Brunner, *Storia sociale dell’Europa nel Medioevo*, 1992. Si veda sul punto anche: Böckenförde, *Staat und Gesellschaft*, 1976; Schiera, *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, 2004, p. 83-90; dello stesso Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 53-56, in particolare.

¹¹⁵ Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 12.

moderno, se con costituzione si intende cioè una regolazione completa e unitaria dell'istituzione e dell'esercizio del potere politico.¹¹⁶

Al contrario, i caratteri che connotano una forma della comunità politica (*Form politischer Vergemeinschaftung*)¹¹⁷ in quanto *konstitutionsfähig*, non constano in altro se non nella formazione e l'imposizione di una volontà unitaria:¹¹⁸ “*Voraussetzung der Möglichkeit einer [...] Verfassung war die Konzentration aller Herrschaftsrechte zur einheitlichen öffentlichen Gewalt, also der moderne Staat*”.¹¹⁹ È interessante notare come la fine della struttura d'ordine medievale dal punto di vista delle forme del diritto sia identificata esattamente col “passaggio” da un diritto la cui origine è fondamentale di tipo consensuale e pattizio, ad uno che collima integralmente col comando unilaterale del sovrano.¹²⁰ La tesi di Grimm è, da questo punto di vista, che l'origine della costituzione sia preceduta crono-logicamente dai processi di *state-buildings* e dall'emergere della forma statale del potere politico. Per tale ragione, si può comprendere l'affermazione di Grimm secondo cui: “*Vorstaatliche Formen politischer Herrschaft hatten nicht nur keine Verfassung. Sie hatten auch keine haben können*”.¹²¹ Gli stessi principi universali a cui si orienta la costituzione, inoltre, in quanto principi giuridici sono realizzati nell'ambito particolare degli Stati nazionali e nel loro significato pratico-politico richiedono di essere relativizzati.¹²²

In tale ottica, Dieter Grimm osserva:

“*Wenn die rechtliche Verfassung nicht früher entstand, so deswegen, weil sie von Voraussetzungen abhängt, die in der Vergangenheit nicht gegeben waren. Für die Verfassung im Sinn eines Gesetzes, das auf die Normierung*

¹¹⁶ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 37. “*Das polyarchische System der als Annex von Grundeigentum ausgeübten, gegenständlich und funktional auf zahlreiche gleichgeordnete und autonome Träger verteilten Herrschaftsrechte, das eine Differenzierung von Staat und Gesellschaft, öffentlicher und privater Sphäre noch nicht kannte, war auch nicht im modernen Sinne konstitutionsfähig*”. Cfr. anche Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 327-328, dove si constata che “*Alle Aussagen über die Verfassung des Römischen Reichs, der mittelalterlichen Königreiche oder die britische Verfassung beziehen sich auf einen anderen Gegenstand*”.

¹¹⁷ Ivi, p. 78.

¹¹⁸ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 55.

¹¹⁹ Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 298.

¹²⁰ Id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 86.

¹²¹ Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 67.

¹²² Cfr. Ivi, p. 30: “*In der Verfassung wurde der Nationalstaat daher vorausgesetzt. Das hatte zur Folge, dass die Verfassungsidee, obwohl von Grundsätzen gespeist, die universale Geltung beanspruchten, partikular verwirklicht wurde*”. Su questo aspetto, così come sulle aporie che ne derivano e le conseguenze rispetto a una proiezione dei diritti dell'uomo a livello globale, si veda: Hofmann, *Il contenuto politico delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 373-397.

politischer Herrschaft spezialisiert ist, fehlte es lange Zeit bereits am Gegenstand. Vor der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft gab es auch kein gesellschaftliches System, das sich unter Abgrenzung von anderen Systemen auf die Ausübung von politischer Herrschaft spezialisierte".¹²³

L'origine rivoluzionaria della costituzione è vista qui come l'indizio della sua dipendenza da presupposti e, in particolare, da un "oggetto" che, per le caratteristiche che presenta, può essere costituzionalizzato: "*ihr [der Verfassung] historischer Sinn bestand in der Verrechtlichung der öffentlichen Gewalt, und diese war mit der Staatsgewalt identisch*".¹²⁴

Alla base della costituzione, infatti, si situa quella distinzione di società civile e Stato che permette di pensare ad una volontà politica che, per un verso, prende forma a partire da una molteplicità di istanze e prese di posizioni individuali, tra loro confliggenti, e, per l'altro verso, si traduce in un comando strutturalmente unitario in funzione della garanzia dell'ordine. È soprattutto in considerazione della modalità ordinativa della costituzione, in particolare "*den Anspruch, politische Herrschaft nach Zustandekommen und Ausübungsweisen in einem allen anderen Rechtsnormen übergeordneten Gesetz umfassend und einheitlich zu regeln*",¹²⁵ che il suo costitutivo riferimento allo Stato, o, meglio, al potere statale, risulta nel suo senso più carico di conseguenze: proprio essa appare possibile e significativa nella misura in cui unico è il potere politico a cui si rivolge.¹²⁶ Come atto di autodeterminazione che deve congiungere unitariamente volontà individuale e volontà collettiva (il cui fondamento di legittimità è costituito dal consenso di ciascun destinatario), il potere politico viene radicalmente mutato di segno, viene integralmente democratizzato e "costituito dalla costituzione", ma ciò risulta possibile, meglio, ha un significato solo se il potere è unico/unitario. All'unità del potere politico corrisponde quella dello Stato e della sovranità e, all'operazione della sua costituzionalizzazione, quella del soggetto politico, ovvero del popolo. La possibilità e la garanzia dell'autodeterminazione interna sulla base della distinzione Stato-società

¹²³ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 69. Cfr. Id., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 37-49.

¹²⁴ Ivi, p. 67. In proposito, Grimm parla anche di "*konstitutionsfähiger Gegenstand*", Ivi, p. 14; Id., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 38.

¹²⁵ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991 p. 37.

¹²⁶ Ivi, p. 38: "*Den möglichen Ansatzpunkt für ein eigens auf die Einrichtung und Ausübung von Herrschaft bezogenes und dieses einheitlich erfassende Regelwerk bot vielmehr erst eine ihrerseits ausdifferenzierte und von der Gesellschaft unterscheidbare öffentliche Gewalt*".

dipende, infine, da una chiara delimitazione rispetto all'esterno – all'interno di uno spazio discreto segnato dalla compresenza di Stati sovrani tra loro indipendenti: “*Selbstbestimmung über die inneren Angelegenheiten des Staates konnte es nur bei Freiheit von Fremdbestimmung in den Außenbeziehungen geben*”.¹²⁷

Se la nascita dello Stato rappresenta una condizione di possibilità per la costituzione, si può comprendere l'interesse rivolto ai processi di trasformazione ed erosione della statalità che hanno il loro riflesso principale in una perdita di significato della sovranità. Grimm ha parlato anche di un “processo di destatalizzazione” (*Prozess der Entstaatlichung*) col quale si allude al trasferimento del potere pubblico a compagini non statali e all'esercizio di tale potere in procedure non regolate statalmente.¹²⁸ Altrettanto si può comprendere perché in modo particolare la constatazione del venir meno dell'identità tra potere pubblico e potere statale implicito nel moderno concetto di sovranità rappresenti un sovvertimento radicale della realtà costituzionale e abbia, secondo Grimm, in rapporto alla realtà presente il significato di una rottura epocale di portata pari a quella dell'origine dello Stato e della sua trasformazione in Stato costituzionale democratico.¹²⁹ Se nel volume del 1991 dedicato al futuro della costituzione l'attenzione in tal senso è rivolta alle conseguenze derivanti dall'avvento dello Stato industriale e sociale e ai processi della democrazia di massa, ovvero alla perdita di efficacia della costituzione “liberale” e alla cosiddetta materializzazione della costituzione,¹³⁰ in quello del 2012 sono quelle derivanti dai processi di europeizzazione e di internazionalizzazione ad essere poste sotto la lente d'ingrandimento.¹³¹ Non è possibile in questa sede soffermarsi più in dettaglio sul fondamentale contributo analitico di Grimm. Per quanto attiene ai risvolti categoriali che ci interessano, l'esito dell'indagine del giurista tedesco consiste nell'individuazione di una perdita di significato relativa alla “spazialità” implicita nel progetto del costituzionalismo moderno.¹³² La stessa possibilità

¹²⁷ Grimm, *Souveränität*, 2009, p. 11.

¹²⁸ Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 67.

¹²⁹ Cfr. Id., *Souveränität*, 2009, p. 12: “*dabei handelt es sich um einen Wandel, der an epochaler Bedeutung nicht hinter der Entstehung des modernen Staates und seiner Umwandlung in den demokratischen Verfassungsstaat zurücksteht*”.

¹³⁰ Cfr. Id., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 399-439.

¹³¹ Cfr. Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 7-8.

¹³² Di “crisi spaziale” sulla scorta delle analisi di Dieter Grimm, ha parlato Luca Scuccimarra, cfr. Scuccimarra, *Costituzionalismo e democrazia nell'epoca globale*, 2016, p. 25. Ma sulla questione degli “spazi politici” e la loro transizione tra “l'età moderna e l'età globale”, si veda Galli, *Spazi politici*, 2001 – il capitolo settimo in modo particolare.

di tracciare una chiara distinzione tra pubblico e privato e tra interno ed esterno, dando loro un significato preciso, risulta problematica tanto alla luce delle trasformazioni interne della statalità quanto alla luce del rafforzamento di istanze di potere sul piano sovranazionale e internazionale. Da una prospettiva più generale, insomma, emerge anche in questo caso come l'unico modo per parlare in modo coerente servendosi dei concetti moderni in riferimento al presente sembra essere allora quello che mette in evidenza una loro perdita di determinatezza.¹³³

Per quanto concerne i risvolti attinenti l'idea di costituzione, non dovrebbe sorprendere il diverso tenore delle conclusioni a cui giunge Grimm al termine dei due volumi dedicati al futuro della costituzione. Se nel volume 1991 egli ritiene aperta la questione “*ob ein verändertes Verfassungsverständnis diesen Geltungschwund auffangen kann oder die Verfassung zu einer Teilordnung verkümmert*”,¹³⁴ in quello più recente in relazione al piano sopranazionale la chiusura appare netta:

“Per quanto concerne il piano sopranazionale, è utile alla riflessione se ci si congeda dalle nozioni di costituzionalismo e di costituzionalizzazione. Entrambe sono equivoche, nella misura in cui ridestano la speranza che le perdite che le costituzioni nazionali patiscono a causa dell'internazionalizzazione e della globalizzazione, possano essere compensate sul piano internazionale. Questa sarebbe un'illusione. L'assoggettamento del potere pubblico esercitato sul piano internazionale resta indietro rispetto alla conquista del costituzionalismo sul piano nazionale. I presupposti, che sarebbero necessari al fine di ripristinarla sul piano internazionale, non sono presenti. L'internazionalizzazione del potere pubblico è un fenomeno nuovo che porta con sé delle nuove sfide. L'illusione che queste sfide possano essere affrontate adeguatamente con un modello che era fatto su misura per un altro oggetto, ostacola la ricerca di soluzioni che siano all'altezza della nuova situazione e si adattino meglio ad essa.”¹³⁵

Sebbene (in relazione alle conclusioni del 1991) possa sorgere legittimamente la domanda su che cosa significhi “una mutata comprensione della costituzione”, se questa può non passare per il suo deperimento a ordinamento parziale – come lascia intendere l'alternativa posta da Grimm –,¹³⁶ l'aspetto che vorrei sottolineare riguarda l'effetto

¹³³ Cfr. Brandalise, *Democrazia e decostituzionalizzazione*, 2006, p. 403-414.

¹³⁴ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 439.

¹³⁵ Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 344 (t.d.r.).

¹³⁶ Domanda a cui non mi pare si possa rispondere anche sulla base dei contributi di Grimm successivi, in cui il giurista tedesco non rinuncia al concetto moderno di costituzione nel suo senso pregnante.

bloccante, illusorio, che il giurista tedesco collega ora a un'irriflessa proiezione delle categorie tradizionali del costituzionalismo moderno rispetto alla comprensione delle sfide nuove poste dall'internazionalizzazione. L'esigenza di un ripensamento che viene avanzato non significa affatto una mera accettazione dello *status quo*. Se ci si pone sul piano teorico e dei concetti, senza avere l'ambizione di proporre immediatamente soluzioni pratiche, l'ostacolo che deriva da un'irriflessa proiezione e, al contempo, ciò che richiede di essere (ri)pensato riguarda la capacità di prevedere una pluralità di diverse istanze politiche in relazione tra loro, ciascuna dotata di una propria autonomia decisionale e un'identità particolare.¹³⁷ Forzando i termini, si potrebbe dire che l'assenza di un oggetto costituzionalizzabile a livello sopranazionale significa la presenza di una realtà plurale e che – prendendo il riscontro *cum grano salis* – “*die sich herausbildende internationale Ordnung erinnert vielmehr in ihrer Pluralität unverbundener Herrschaftszentren und Rechtsquellen an vorstaatliche Zustände*”.¹³⁸ L'analogia con la realtà politico-giuridica precedente la formazione degli Stati territoriali sovrani allude in modo particolare al fatto che lo Stato non sia più considerabile nemmeno idealtipicamente la fonte esclusiva del diritto e che, nel quadro della globalizzazione, accanto alla legge sanzionata statalmente, vi siano una molteplicità di fonti del diritto a diversi livelli, ovvero una molteplicità di centri di potere.¹³⁹

¹³⁷ Cfr. Bertolissi, Duso, & Scalone, *La costituzione e il problema della pluralità*, 2008, p. 9-19; Hofmann, *Il modello della costituzione statale e i suoi punti critici*, 2008, p. 21-28.

¹³⁸ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 63.

¹³⁹ La letteratura a riguardo è sterminata; per un orientamento critico rispetto a tale tematica si vedano – al di là delle fonti citate da Grimm – nell'ambito del dibattito italiano e da prospettive “teoriche” differenti: Ferrarese, *Diritto sconfinato*, 2006; Grossi, *L'Europa del diritto*, 2009; Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, 2013.

CAPITOLO II.

DALLA SOLIDARIETÀ TRA ESTRANEI ALLA COSTITUZIONE DI UNA COMUNITÀ FEDERALE SOPRANAZIONALE. PENSARE L'EUROPA A PARTIRE DA JÜRGEN HABERMAS.

1- INTRODUZIONE. POSIZIONE DEL PROBLEMA E TESI.

Il presente capitolo intende offrire un attraversamento critico dei contributi e delle tesi che Jürgen Habermas ha elaborato in merito ai temi di una “costituzione” e di una democrazia europee. Come noto, da ormai oltre vent’anni il filosofo tedesco è tra gli autori che, nel suo ruolo di intellettuale pubblicamente impegnato, ha preso posizione in modo deciso in favore dell’introduzione di una costituzione europea e ha sostenuto l’esigenza di un’evoluzione in senso democratico dell’integrazione anche all’interno del dibattito pubblico. Habermas considera infatti lo sviluppo dell’Unione Europea come uno delle questioni primarie di cui è necessario farsi carico laddove si intenda cercare seriamente una risposta alla crisi ed alle trasformazioni profonde che investono gli Stati nazionali nel contesto di quella che egli stesso ha definito “costellazione postnazionale”.

Il tentativo che vorrei fare è innanzitutto quello di problematizzare nel suo complesso l’impostazione teorica con la quale Habermas ha cercato di pensare la politica oltre lo Stato nazionale considerando analiticamente il tipo di approccio che, più o meno esplicitamente, sorregge tutti i contributi che egli ha dedicato all’argomento nella fase coeva e successiva alla pubblicazione di *Fatti e norme* per mostrare come si declina la questione dei concetti nell’economia del discorso habermasiano. In seguito, dopo aver mostrato come in una prima fase la riflessione del filosofo tedesco sia gravitata principalmente attorno alla questione del popolo (ovvero della cittadinanza democratica) ponendo particolare attenzione al concetto di “solidarietà tra estranei”, vorrei soffermarmi sulle innovazioni concettuali che, per quanto in forma ancora embrionale, ha avanzato più recentemente a partire dal saggio sulla crisi e la “costituzione” dell’Europa.¹ Il particolare interesse di quest’ultimo va ravvisato nel deciso abbandono del modello dello

¹ Ci riferiamo a Habermas, *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 33-98.

Stato federale per cercare di pensare costituzionalmente una comunità federale sovranazionale (destatalizzata).

Sebbene i testi che Habermas ha dedicato alla questione europea, come egli stesso non ha mancato di ribadire, presentino un carattere eterogeneo, in cui la presa di posizione del contemporaneo impegnato politicamente e lo sguardo scientifico si mescolano tra loro, di seguito essi verranno considerati innanzitutto per il loro aspetto di contributi di “teoria politica”. Intendo, dunque, focalizzarmi non tanto sulle prese di posizione di volta in volta avanzate da Habermas, quanto sullo sforzo di comprensione e problematizzazione della realtà politica europea rinvenibile nella sua produzione, sui concetti politici e giuridici messi in campo per articolare il suo tentativo di pensare la politica oltre lo Stato e sulla prospettiva teorica a partire dalla quale sono sviluppati.

In breve, ma senza forzare eccessivamente i termini della questione, la tesi di fondo sostenuta e sviluppata da Habermas nei suoi contributi sull’Europa – e sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale – è che sia possibile approcciare la costellazione postnazionale attraverso una concettualità che erediti criticamente e sia in grado di dare sviluppo a quella che è immanentemente all’opera nella costellazione nazionale. Il che non significa, come alcuni passaggi degli scritti habermasiani stessi sembrano lasciar intendere, che Habermas si limiti ad operare una trasposizione immediata di una (medesima) concettualità da un piano all’altro e respinga qualsiasi *surplus* di elaborazione teorica, ma che sia comunque possibile attingere ancora alle risorse normative (inespresse e incompiute) dello Stato democratico per pensare l’Europa – ma anche la costituzionalizzazione del diritto internazionale – in modo non estrinseco. Similmente, questo modo di procedere non è inteso e non può essere inteso di per sé come l’adeguamento immediato dei concetti di “democrazia” e “costituzione” e del quadro teorico che ad essi si ricollega – in cui l’autocomprensione della modernità politica trova compendio – agli sviluppi empirici e alle tendenze a cui la realtà politica sembra andare incontro. Il recupero critico si traduce anche nella capacità di evitare le immediate e false analogie. L’attenzione habermasiana per la globalizzazione economica e politica deriva dalle trasformazioni empiriche che ad essa sono riconducibili e che rispetto alla teoria democratica di *Fatti e norme* si pongono come delle sfide – in primis, per quanto riguarda forme e modalità di produzione giuridica che risultano essere sganciate da processi democratici di formazione della volontà politica (in questo senso post-democratici).

Analisi della costellazione postnazionale e questione del futuro della democrazia procedono dunque di pari passo nella riflessione di Habermas. Al di là dei doverosi accorgimenti che accompagnano il tentativo di trasposizione critica della concettualità da un piano all'altro e delle significative innovazioni introdotte di recente, la questione teorica sulla quale occorre soffermarsi concerne la tenuta di una simile impostazione e i rischi a cui essa va incontro. In *Fatti e norme*, le riflessioni sulla democrazia e lo Stato di diritto, così come l'intera ipotesi ricostruttiva che sorregge la teoria discorsiva habermasiana, assume ancora come figura di riferimento privilegiata lo Stato nazionale esattamente nel momento in cui, per stessa ammissione di Habermas, sono venute meno le condizioni che consentono di considerarla nella sua autosufficienza (“*Lo Stato nazionale precipitava nella spirale delle interdipendenze di una società mondiale che concreosce in modo accelerato, ma anche altamente complesso*”).² Il che non significa affatto che lo Stato improvvisamente scompaia, ma che esso venga bensì fortemente relativizzato e sia sottoposto ad una serie di spinte interne ed esterne che ne destrutturano i tratti abituali e rendono le pretese normative che gli sono proprie inconsistenti.

A quattro anni di distanza dalla pubblicazione di *Fatti e norme*, Habermas scrive:

“a suo tempo, lo Stato nazione aveva risposto in modo convincente al problema storico di trovare un equivalente funzionale per forme premoderne d'integrazione sociale che stavano dissolvendosi. Oggi siamo di fronte a un problema analogo. La globalizzazione del commercio e della comunicazione, della produzione economica e dei meccanismi finanziari, del trasferimento dei sistemi tecnologici e d'arma, ma in particolare la globalizzazione dei rischi ecologici e militari, ci pone di fronte a problemi che non sono più risolvibili nel quadro dello Stato-nazione né attraverso le vie consuete dell'accordo tra Stati sovrani. Sempre che non si tratti di un processo illusorio, la sovranità degli stati nazionali si ridurrà a un guscio vuoto e noi saremo

² Habermas, *Philosophische Texte*, 2009, p. 30 (t.d.r.). In chiave programmatica, la teoria discorsiva del diritto e dello Stato democratico di diritto “vuole ricostruire razionalmente (in termini hegeliani: portare al concetto) la sostanza normativa già presente nelle costituzioni delle democrazie esistenti” – così si legge nella Prefazione all'edizione italiana di *Fatti e norme* a vent'anni dalla pubblicazione dell'opera. Cfr. Id., *Fatti e norme*, 2013, p. IX. Il riferimento privilegiato (ed esclusivo) all'esperienza dello Stato-nazionale appare per questo scontato. “Ho cercato di mostrare come si possa agevolmente ricostruire, nella prospettiva della teoria discorsiva, il senso normativo di quelle strutture politiche che sono nate dalle rivoluzioni costituzionali del Settecento. L'idea che mi ha guidato è presto detta: lo Stato democratico di diritto è stato inizialmente costituito dai suoi cittadini per via deliberativa come autonoma associazione di ‘liberi ed eguali’, in maniera tale che, nel variare delle situazioni storiche, questi stessi cittadini possono confermare e sviluppare il loro status civico nella modalità (costituzionalmente garantita) della politica deliberativa, ovverossia: possono sforzarsi di raggiungere la garanzia dell'autonomia privata e pubblica di ciascuno attraverso un esercizio adeguato delle loro libertà comunicative”, *Ivi*, p. X.

costretti a realizzare e perfezionare quelle capacità d'intervento sul piano sopranazionale di cui già si vedono le prime strutture".³

La rilevanza del passo risiede nell'attenzione che viene rivolta a processi che non hanno niente di "naturale", ma che determinano cambiamenti strutturali da non poter essere controllati e governati restando all'interno del quadro nazionale. Ma se è così, che ripercussioni hanno queste trasformazioni materiali rispetto all'impianto teorico-normativo di *Fatti e norme*? Come incidono sul fine dichiarato dell'opera, ovvero dimostrare che "lo Stato di diritto – dopo che la politica si è interamente secolarizzata – non sia più né ottenibile né conservabile a prescindere dalla democrazia radicale".⁴ La comprensione o meglio, la ricostruzione razionale dello Stato di diritto democratico può prescindere da queste trasformazioni?

Obiettivo del presente capitolo è pertanto quello di ripercorrere e problematizzare la modalità in cui si declina il tentativo habermasiano, soprattutto con riferimento all'Europa, ed i concetti via via messi in gioco a tale scopo, per arrivare ad evidenziarne alcuni dei limiti (e delle aporie) di fondo oltre i quali è necessario procedere nella direzione che, per molti versi, sempre in essa è accennata. Non sono pochi, infatti, gli interrogativi che sorgono ed è possibile sollevare (e sono stati sollevati) nei confronti dell'approccio habermasiano. Nella misura in cui il riconoscimento e la consapevolezza della perdita di presa dei concetti convenzionali è coniugata con l'esigenza di mantenersi all'interno dell'autocomprensione del moderno, è necessario chiedersi non solo se sia possibile quest'operazione, ma quali effetti essa determini in ordine alla costellazione mutata. In altre parole: è possibile, che significato ha e che effetti determina il tentativo di pensare il postnazionale sulla base del nazionale? Da un punto di vista teorico, si tratta in particolare di considerare l'argomentazione habermasiana nel suo complesso e nella sua complessità, per cercare di comprendere se l'idea di democrazia e costituzione o, meglio, di costituzione democratica, in essa presupposte, riescano a trovare uno sviluppo coerente. In tale direzione, appare necessario interrogare quell'idea di

³ Habermas, *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 120. E prosegue indicando una tesi che rappresenta anche il metodo per approcciare la realtà postnazionale: "proprio questo inedito e astrattivo 'passo in avanti' non è altro che la prosecuzione del processo già visto all'opera nelle prestazioni integrative dello Stato-nazione. In questo senso credo che il nostro titubante cammino verso società di tipo postnazionale potrebbe giovare dell'esempio e dell'orientamento che ci viene offerto dalla figura storica che siamo in procinto di superare", *Ivi*, p.121.

⁴ *Id.*, *Fatti e norme*, 2013, p. 7.

autodeterminazione democratica che indubbiamente rappresenta l'elemento genetico delle costituzioni moderne, ma che forse risulta necessario superare non tanto sulla base di teorie concorrenti, bensì in virtù delle contraddizioni che risultano essere connaturate ad essa.

2- COSTELLAZIONE POSTNAZIONALE E CONCETTI POLITICI E GIURIDICI (MODERNI).

2.1- BEGRIFFE, DIE NICHT MEHR GREIFEN?

Habermas è senza dubbio tra gli autori che hanno riconosciuto e tentato di analizzare in maniera sistematica la crisi e, al tempo stesso, le trasformazioni profonde che hanno investito gli Stati nazionali per effetto di quei processi che, con più o meno rigore, sono stati indicati col termine-concetto di “globalizzazione”. Un’analisi non semplicemente portata avanti in parallelo a delle prese di posizione occasionali su temi via via divenuti centrali all’interno del dibattito pubblico, ma in cui, dal confronto con l’attualità, emerge con vigore l’esigenza di ripensare complessivamente la politica e il diritto in una dimensione eccedente quella dello Stato nazionale. Se si considera nel suo complesso la produzione successiva a *Fatti e norme* (1992), in particolare quella dedicata alla cosiddetta costellazione postnazionale e quella relativa alla costituzionalizzazione del diritto internazionale,⁵ l’esigenza di ripensare complessivamente la politica e il diritto assume in effetti tutto il suo senso e il suo rilievo solo se collocata in un più ampio progetto di ricerca sviluppato dallo stesso Habermas a più riprese negli anni. I poli d’oscillazione delle questioni al centro della riflessione habermasiana – che sono compendiate proprio nella ormai celebre formula “costellazione postnazionale” – possono essere definiti, da un lato, dal progressivo svuotamento della sovranità degli Stati e della loro capacità regolativa rispetto a dinamiche sistemiche di matrice soprattutto economica, dall’altro, dall’emergenza di un nuovo ordine mondiale. A questi aspetti sono da aggiungersi la trasformazione e lo squilibrio prodottisi nella relazione tra politica e mercato (in favore di quest’ultimo) e la necessità di ripensare la democrazia in un quadro

⁵ Per quest’ultima cfr. Habermas, *Philosophische Texte*, 2009, p. 298-423.

differente da quello rappresentato dallo Stato nazionale e nella prospettiva di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Quali conseguenze derivano da tale quadro complesso e quale è il portato con riguardo al tentativo di comprendere l'Europa come entità politico-giuridica e al ripensamento della politica e della democrazia in tale contesto?

Rispetto agli scritti di teoria politica precedenti, dunque, i contributi raccolti ne *La costellazione postnazionale* marcano un definitivo slittamento del baricentro problematico dal contesto nazionale a quello sopranazionale e internazionale: a tale altezza, infatti, Habermas ritiene che vadano poste le questioni della democrazia e della legittimità democratica affinché possano avere una certa consistenza.⁶ “Costellazione postnazionale” è diventata, non a caso, un termine di riferimento di parte consistente del dibattito non da ultimo in virtù della sua efficacia evocativa, ovvero della capacità di alludere, condensandolo, a quel complesso disparato di trasformazioni che impediscono fondamentalmente di assumere lo Stato nazionale come quadro esclusivo e privilegiato di intelligibilità della politica e del diritto, restituendone la cifra essenziale.

La costellazione, che sotto la pressione della globalizzazione sembra stare progressivamente assumendo profili sempre più nitidi, non comporta solamente una poderosa mutazione delle effettive condizioni d'esistenza individuali e collettive, ma ha inciso ed incide sulle consuete modalità di organizzazione politica e, conseguentemente, sul significato e la pregnanza delle categorie politiche tradizionali nel loro complesso. In tal senso, sono proprio quei concetti che hanno preso il loro significato determinato nello e a partire dall'assunzione dello Stato e i principi su cui si è retta la vita in comune degli

⁶ Slittamento che tuttavia si trova già in larga parte delineato ne *L'inclusione dell'altro*, in cui i contributi delle parti terza e quarta sono dedicati rispettivamente alla questione del futuro dello Stato-nazione e al tema dei diritti umani in una prospettiva globale, cfr. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 117-259. Il tema del “postnazionale” e l'interesse habermasiano per esso, invece, si presentano nella trattazione con particolare riferimento alle “nuove forme di socializzazione” – definite appunto postnazionali – e intrecciati con la questione del “patriottismo costituzionale” (in sede di introduzione, Habermas scrive: “gli apologeti della “*Volksnation*” non capiscono che sono proprio le impressionanti conquiste storiche degli stati democratici nazionali – e dei loro principi costituzional-repubblicani – ciò che oggi potrebbe insegnarci ad affrontare meglio i problemi dell'inevitabile passaggio a forme post-nazionali di socializzazione”, *ivi*, p. 10; ma, a riguardo, si tengano presenti anche: Id., *Vergangenheit als Zukunft*, 1990 e Id., *Die nachholende Revolution*, 1990, p. 148-175. Ai fini del presente paragrafo, si deve osservare come Habermas proponga già qui in modo chiaro, per quanto circoscritto, la tesi secondo cui è possibile pensare il postnazionale sulla base del nazionale. Sempre con riferimento alle nuove forme emergenti di socializzazione, egli osserva così *apertis verbis* come “il nostro cammino verso società di tipo postnazionale potrebbe giovare dell'esempio e dell'orientamento che ci viene offerto dalla figura storica che siamo in procinto di superare”, Id., *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 121.

uomini in tale contesto a risultare particolarmente sollecitati.⁷ Con riferimento specifico al processo di integrazione europea, a ridosso del poi fallito tentativo di dotare l'Europa di una costituzione, e al tema chiave della finalità dell'unificazione europea, Habermas osserva così, con particolare nettezza, come “la domanda ‘quale Europa vogliamo?’ non può trovare una risposta soddisfacente nella sola dimensione del diritto costituzionale, perché i concetti convenzionali del diritto pubblico e di quello internazionale non fanno più presa”.⁸ Una considerazione la cui portata diventerà sempre più vasta già nei saggi dedicati al tema della costituzionalizzazione del diritto internazionale e che viene assunta in una forma vieppiù conseguente negli scritti inaugurati dal saggio sulla crisi e la “costituzione” dell'Europa.⁹

Che la costellazione postnazionale ponga innanzitutto l'esigenza di determinare e comprendere quali siano i concetti e le categorie mediante i quali è possibile pensare politica e il diritto oltre lo Stato nazionale e che in questo debba essere ravvisato un compito non marginale, bensì di primaria importanza in cui deve impegnarsi la teoria politica, è quanto emerge se si pone attenzione a due aspetti in particolare: il primo concerne il ruolo specifico, o la funzione, che Habermas attribuisce alla riflessione filosofico-politica *tout court* nella contemporaneità, il secondo invece riguarda le conseguenze nefaste derivanti da un'errata concettualizzazione.

Nell'introduzione al saggio *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità?*, Habermas contrappone il ruolo trainante detenuto dalla filosofia nella “creazione di un diritto internazionale moderno” tra Cinquecento e Seicento (sono ricordati autori come Suárez, Grozio e Pufendorf) a quello a prima vista decisamente più modesto che egli stesso riconosce spettarle nella contemporaneità:

“oggi la filosofia ha tutt'al più una funzione di retroguardia nel chiarire i concetti di una discussione specialistica tra esperti di diritto internazionale e politologi. Laddove la scienza politica descrive la situazione delle relazioni internazionali e la giurisprudenza si pronuncia sul concetto, la validità e il contenuto del diritto internazionale esistente, la filosofia può tentare di chiarire, alla luce delle costellazioni attuali e delle norme vigenti, alcuni aspetti concettuali di fondo dell'evoluzione del diritto nel suo complesso”.¹⁰

⁷ Cfr. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 120; (vedi nota 3 del presente capitolo).

⁸ Id., *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 58.

⁹ Cfr. Id., *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 33-98.

¹⁰ Id., *L'Occidente diviso*, 2007, p. 110.

La posizione di retroguardia consistente nella chiarificazione concettuale che Habermas attribuisce alla filosofia non individua evidentemente una funzione apologetico-difensiva e meno che meno remissiva nei confronti delle discipline specialistiche, ma esprime il proprio della filosofia nel dialogo necessario con quest'ultime: consapevole della complessità sociale, politica e giuridica, e, prima ancora della propria collocazione all'interno di essa, nella chiarificazione concettuale la filosofia arriva a esprimere il suo potenziale (anche fallibilistico).¹¹ Prima e più ancora che nella ricostruzione razionale,¹² o, meglio, nella ricostruzione razionale considerata anzitutto come chiarificazione concettuale, mi pare che vada ravvisato dunque nei contributi di Habermas lo specifico apporto filosofico per pensare il postnazionale.¹³

La portata nient'affatto limitata di questa prestazione specifica della filosofia si può comprendere proprio se si considera il secondo aspetto precedentemente enunciato: ovvero le conseguenze deleterie che deriverebbero da un'errata concettualizzazione. Secondo Habermas, esse consistono fondamentalmente nel bloccare lo sguardo, nell'impedire di vedere al di là dell'apparente significato dei concetti. Nel saggio sulla crisi e la costituzione dell'Europa, Habermas mette in evidenza, per esempio, come "erronei concetti politici precludono lo sguardo sull'energia civilizzatrice che si dispiega nel processo di ratificazione giuridica in termini democratici".¹⁴ Al di là del riferimento particolare (peraltro di importanza primaria nell'economia del discorso habermasiano), a risultare problematico non è dunque tanto il fraintendimento di per sé, ovvero l'errore o

¹¹ In riferimento al precedente passo habermasiano, un interprete attento come L. Ceppa ha sottolineato il ruolo tutt'altro che dimesso che Habermas assegna alla filosofia: "come apripista, la filosofia anticipa ottimisticamente l'impegno normativo necessario all'azione politica. Come retroguardia, la filosofia raccoglie e valorizza i guadagni conoscitivi delle scienze empiriche, funzionalizzandoli all'universalismo del progetto democratico", Ceppa, *Occidente diviso e cosmopolitismo*, 2004, p. 194. Mi pare tuttavia che, se così intesa, della funzione *begriffsklärend* vada smarrito tanto l'aspetto riflessivo quanto quello dell'interrogazione critica che appaiono ad essa consustanziali. Altro discorso è che talvolta una funzione *begriffsklärend* "più limitata" appaia essere all'opera nei contributi habermasiani.

¹² Nel carattere "ricostruttivo" Habermas individua la prestazione più rilevante del proprio approccio per differenziarlo in primo luogo dal costruttivismo moderno, in generale, e della teoria politica rawlsiana, in particolare (a riguardo si tenga presente perlomeno: Bogdandy & Habermas, *Diskurstheorie und Völkerrecht*, 2013, p. 295-297. Non è, per ovvie ragioni, possibile in questa sede affrontare più diffusamente la tematica della "ricostruzione razionale" nel complesso della produzione habermasiana; considerazioni cursorie a riguardo saranno fatte solo relativamente al ruolo che essa ha in *Fatti e norme* e in *La crisi dell'Unione Europea*.

¹³ Per comprendere come questo compito di chiarificazione concettuale, per un verso, non concerna esclusivamente il dialogo della filosofia con la dottrina del diritto internazionale, ma abbia bensì una portata complessiva, e ad esso sia connaturato un lavoro di interrogazione critica, si tenga presente da ultimo il rilevante scritto habermasiano su "il Politico" e l'eredità della teologia politica, cfr. Habermas, *Verbalizzare il sacro*, 2015, p. 209-236.

¹⁴ Id., *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 34.

gli errori interpretativi che deriverebbero da falsi concetti, quanto piuttosto l'effetto bloccante che essi producono – il fatto dunque di rendere impossibile vedere qualcosa che ad essi risulta anzitutto intrinseco. Tale aspetto emergerà con particolare evidenza nella critica habermasiana della “no-demos tesi” e nella modalità in cui egli ne supera le obiezioni. Più complessivamente, tuttavia, esso si rivela di primaria importanza per l'ipotesi habermasiana di pensare il postnazionale sulla base del nazionale e per intendere la modalità specifica in cui si declina questo tentativo che non consiste in una mera trasposizione o traslazione di concetti da un contesto a un altro. In questo modo, mediante il lavoro di chiarificazione concettuale, diventa possibile tanto superare riflessivamente le modalità tradizionali di categorizzazione, quanto gettare luce sui nuovi contesti problematici.

Il riconoscimento e la consapevolezza della “perdita di presa dei concetti” convenzionali costituisce, in ogni caso, uno dei presupposti fondamentali delle considerazioni e delle proposte habermasiane per ciò che concerne il suo pensiero del postnazionale. Quest'ultimo si presenta, dunque, non tanto come un'occasione propizia per ripensare radicalmente in modo diverso la politica e il diritto, congedandosi definitivamente dall'autocomprensione del moderno (*Selbstverständnis der Moderne*). Il quadro postnazionale, in cui i concetti moderni si trovano già ri-dislocati, è inteso come sfida (*Herausforderung*) nei confronti di tale autocomprensione che (e, in realtà, proprio nella misura in cui essa) sempre nella figura dello Stato ha trovato espressione concreta senza che ad essa risulti riducibile.¹⁵ Al contempo, come è possibile evincere dal precedente passo citato, la risposta a tale sfida non può procedere, a giudizio di Habermas, lungo binari consueti che riconducano le trasformazioni contemporanee al quadro classico diritto pubblico costituzionale e internazionale. Come si connota allora nel particolare questo tentativo habermasiano di ripensamento?

¹⁵ Gli scritti dedicati alla costituzionalizzazione del diritto internazionale e quelli in cui lo sviluppo dell'Unione Europea viene considerato analiticamente intendono offrire innanzitutto una risposta alle sfide che investono gli Stati nazionali nella costellazione postnazionale.

2.2- DIE WEITERLAUFENDE MODERNE MUSS WEITERGEFÜHRT WERDEN: PENSARE IL POSTNAZIONALE SULLA BASE DEL NAZIONALE?

Per dare una risposta a tale interrogativo, può risultare proficuo considerare innanzitutto le ragioni dell'interesse habermasiano per la costruzione di istituzioni sopranazionali congiuntamente alla diagnosi epocale di una perdita di centralità dello Stato – senza peraltro che ciò ne comporti la dissoluzione. Come risulta con grande evidenza a partire dai saggi della parte seconda de *La costellazione postnazionale*,¹⁶ le ragioni dell'interesse habermasiano per la costruzione di istituzioni sopranazionali e, in particolare, per il progetto dell'Unione Europea vanno ricondotte anzitutto all'ipotesi interpretativa che ravvisa in essi un tentativo già in atto storicamente di rispondere alle sfide epocali della globalizzazione (in tal senso esse offrono un terreno favorevole sul quale innestarsi per configurare la politica oltre lo Stato nazionale). La globalizzazione infatti agli occhi di Habermas appare mettere in questione lo Stato nazionale non solo quale figura storica dell'autodeterminazione democratica che si è prodotta all'interno di uno spazio ben delimitato, ma come lo spazio particolare che ha limitato la politica democratica. Già nello scritto più datato che testimonia comunque dell'interesse tardo di Habermas per le faccende europee – intitolato *Cittadinanza politica e identità nazionale* e risalente al 1990 – egli constata, infatti, come l'utilità di occuparsi della Comunità Europea di allora allo scopo di illuminare il nesso tra Stato nazionale e cittadinanza democratica è legato al fatto che “i processi democratici sviluppatisi nell'ambito degli Stati nazionali restano disperatamente arretrati rispetto all'integrazione economica realizzantesi sul piano sopranazionale”.¹⁷ Un rilievo che mostra come il tema della democrazia rappresenti non solo un motivo costante del pensiero politico di Habermas sull'Europa, ma sia ciò che si tratta di ripensare al di là dello Stato nazionale.

A tale riguardo, si deve sottolineare l'inclinazione habermasiana a considerare la globalizzazione non come un processo di definitiva rottura con la modernità e di

¹⁶ Alludiamo qui, in particolare, all'edizione tedesca e all'organizzazione quadripartita dei saggi ivi raccolti, cfr. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, p. 65-192. Per la traduzione italiana del saggio principale della raccolta (*La costellazione postnazionale e il futuro della democrazia*), cfr. Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 5-112.

¹⁷ Id., *Morale, diritto, politica*, 1992, p. 105. Si veda soprattutto il secondo paragrafo, intitolato *Stato nazionale e democrazia nell'Europa unificata* (Ivi, p.117-126) e finalizzato ad illuminare il nesso tra cittadinanza politica e identità nazionale assumendo come peculiare punto di vista il futuro politico della Comunità Europea. Preziose a riguardo sono l'introduzione e le analisi di Hasso Hofmann in Koller & Hiebaum, *Jürgen Habermas. Faktizität und Geltung*, 2016, p. 191-200.

transizione al post-moderno, bensì come una nuova spinta della modernizzazione stessa. Habermas mostra di condividere e riprende esplicitamente dal sociologo Ulrich Beck sia l'idea "modernizzazione riflessiva"¹⁸ sia quella strettamente intrecciata con quest'ultima di "seconda modernità". Costellazione postnazionale, crisi dello Stato nazionale e globalizzazione diventano questioni che si innestano alla tesi assai dibattuta e ricca di sfumature della "modernità come progetto incompiuto" complicandola.¹⁹ La globalizzazione non segna la fine del processo di modernizzazione delle società, dunque, ma comporta una radicalizzazione estrema di essa che pur essendo interno alla modernità stessa, ne trasforma i connotati così in profondità da metterne in questione le premesse stesse (destituendo, in altri termini, di validità i caratteri costitutivi della prima modernità nella loro pretesa autosufficienza: lo Stato, l'economia, la democrazia ecc.).²⁰ A differenza del concetto di postmoderno inteso come crisi irreversibile del moderno che ne determina la dissoluzione – replicandone peraltro il gesto istitutivo consistente nel presentarsi come epoca –, nella prospettiva della modernità riflessiva a divenire problematica è la modernità stessa:

"modernity has not vanished, but it is becoming increasingly problematic. While crises, transformation and radical social change have always been part of modernity, the transition to a reflexive second modernity not only changes social structures but revolutionizes the very coordinates, category and conception of change itself".²¹

¹⁸ Si tenga presente a proposito del concetto di modernizzazione riflessiva, la definizione che ne fornisce Beck: "Chiamo "modernizzazione riflessiva" lo stadio in cui la modernizzazione si trasforma mediante una rielaborazione del quadro di riferimento e delle categorie dell'ordine sociale della stessa società industriale moderna", Beck, *I rischi della libertà*, 2000, p. 178 – l'edizione italiana è la traduzione parziale di *Riskante Freiheiten* risalente al 1994.

¹⁹ In questa sede, non è possibile dedicare a tale tematica l'attenzione che meriterebbe. Si tenga perlomeno presente come nell'edizione tedesca de *La costellazione postnazionale* la parte terza sia dedicata significativamente all'"autocomprensione del moderno" ed Habermas miri in conclusione, da un lato, a porre il problema di riconsiderare l'idea di modernità come progetto incompiuto all'altezza della seconda modernità e, dall'altro lato, a indicare nel superamento della filosofia della coscienza e del soggetto mediante la svota linguistico-comunicativa risorse utili a trovare risposte in tale direzione. Cfr. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, p. 193-239 – e, in particolare, il saggio intitolato *Konzeptionen der Moderne. Ein Rückblick auf zwei Traditionen*.

²⁰ Nell'efficace resoconto che ne daranno Beck, Bonss e Lau: "*In the transformation from a first modernity that was largely synonymous with the nation-state to a second modernity, the shape of which is still being negotiated, modernization ends up stripping away the nation- and welfare state, which at one time supported it but later restrained it. In so doing, modernization is calling into question its own basic premises*", Beck, Bonss, & Lau, *The Theory of Reflexive Modernization*, 2003, p. 2.

²¹ *Ibid.*

Rompendo proprio col dualismo moderno-postmoderno, la modernizzazione riflessiva non fa tabula rasa dei principi della modernità, ma si interroga su di essi per comprenderne gli effetti e le controtendenze che essa stessa genera al di là di quelle che erano le sue esplicite intenzioni.

Il ruolo centrale che nell'analisi assume la globalizzazione dipende dagli effetti trasformativi dei processi (soprattutto di natura economica) che gravano sulle capacità decisionali e di controllo dei singoli Stati, minandone l'autonomia:²² la globalizzazione toglie agli Stati democratici lo spazio come sostrato in cui si afferma il potere decisionale, nella misura in cui ne produce di nuovo che supera i confini degli Stati stessi e si sottrae ai controlli da essi esercitati. Assumendo il punto di vista descrittivo proprio della sociologia e delle scienze politiche, presente nella stessa problematizzazione sviluppata da Habermas, si potrebbe dire in estrema sintesi che il venir meno dello *State embedded capitalism*²³ del secondo Novecento e il conseguente ridursi del controllo politico dell'integrazione sociale, la quale sembra procedere ed essere possibile ormai solo sulla base di imperativi funzionali, stanno alla base di una controtendenza, già in atto, di recuperare capacità d'azione politica su piani superiori – e in ogni caso diversi – rispetto a quelli rappresentati dagli Stati nazionali.

A tali trasformazioni, ma più precisamente al rifiuto di abbandonarsi alle dinamiche sistemiche, si allaccia lo sforzo di Habermas di ripensare la democrazia ponendo due questioni che, in virtù di quanto detto vanno necessariamente tenute assieme. Da un lato, Habermas si interroga su “quali forme debba assumere il processo democratico per *oltrepassare* i limiti dello Stato nazionale”; dall'altro lato, egli si chiede “dove” è

²² Per l'accezione precisa con cui il termine-concetto – di per sé assai stratificato e molto spesso indeterminato – “globalizzazione” è usato da Habermas, cfr. Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 38-39. In estrema sintesi, con esso viene fatta allusione in termini descrittivi a processi di diversa natura (economica, culturale, ecologica, ecc.) aventi dimensione globale. Nell'economia del discorso habermasiano, la determinazione del termine procede in negativo rispetto alla costellazione nazionale. In altre parole, l'etichetta “globalizzazione” fa riferimento, in ogni caso, a sviluppi che mettono in questione tale costellazione (cfr. *Ivi*, p. 32).

²³ Con l'espressione *State embedded capitalism* – traducibile con capitalismo incorporato o ben radicato nello Stato – si fa riferimento ad una forma di capitalismo in cui il mercato è inserito nel contesto dello Stato nazione e, in quanto tale, da esso regolamentabile e controllabile politicamente. L'apice storico di tale forma si è avuta nelle democrazie di massa dello Stato sociale nella seconda metà del Novecento. La tesi di Habermas – condivisa ormai peraltro da una vastissima letteratura – è che attualmente essa sia tramontata, mentre a trovare definitivo dispiegamento sia una forma di capitalismo globalizzato (*global disembedded capitalism*). A tale riguardo si veda «*Il Politico*». *Che cosa possiamo ragionevolmente ereditare dalla teologia politica*, in *Id.*, *Verbalizzare il sacro*, 2015, p. 219-236.

possibile “trovare una risposta politica alle sfide della costellazione postnazionale”.²⁴ Gli Stati nazionali appaiono infatti non solo, come ricordato, condizionati nelle loro decisioni, ma strutturalmente impossibilitati a governare nel loro isolamento questioni come quelle legate, per esempio, alle crisi economico-finanziarie di portata globale, ai mutamenti ecologici o alle migrazioni di massa – tutti fenomeni che, benché ritenuti irreversibili, risultano ingovernabili non tanto perché determinati da una necessità naturale – dunque: non tanto perché costitutivamente sottratti al controllo politico –, ma in quanto mancano del tutto o sono presenti solo in parte gli strumenti politici adeguati per poterlo fare.

In riferimento alla globalizzazione e ai suoi effetti, nel discorso di Habermas è possibile vedere all’opera principalmente due registri concettuali: il primo riconducibile alla problematica del controllo/governo, inteso come capacità regolativa intenzionale nei confronti dei processi; il secondo, più astratto, riconducibile invece alla complessa dinamica di apertura e chiusura politico-economica. La globalizzazione riduce il raggio d’azione dei governi nazionali, rendendo obsoleta la forma di chiusura da essi operata. Al contempo essa costringe lo Stato nazionale ad aprirsi internamente ad una pluralità di forme di vita culturalmente estranee ed esternamente agli altri Stati secondo una dinamica che non contraddice la logica democratica, bensì quella forma particolare di chiusura rappresentata dallo Stato nazionale. La questione che sembra imporsi è allora quella relativa alla possibilità di operare una nuova chiusura politica che non produca patologie sociali. Il che comporta implicitamente che tale chiusura, per potersi realizzare, deve saper garantire le condizioni democratiche di legittimità e autodeterminazione.

Rispetto a tale quadro di riferimento, è lo stesso Habermas ad introdurre un importante elemento di complicazione che, nel rimarcare la ragione da cui dipende la peculiare paradossalità della situazione attuale, individua anche la difficoltà principale per approcciarla da un punto di vista teorico e concettuale. Dopo aver considerato tale passaggio si tratterà di metterne in luce le conseguenze rispetto allo specifico dell’approccio di Habermas. Perché, dunque, “la situazione attuale è paradossale”? Fin dalla parte introduttiva dello scritto *La costellazione postnazionale e il futuro della democrazia*, Habermas osserva:

²⁴ Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 33. L’inizio della crisi per effetto della globalizzazione della “forma di istituzionalizzazione basata sullo Stato nazione” è fatto risalire da Habermas alla fine degli anni Settanta, cfr. *ivi*, p.38.

“le tendenze che stanno rapidamente avvicinandoci a una costellazione postnazionale vengono da noi percepite come sfida politica solo in quanto le descriviamo ancora nell’ottica abituale dello Stato nazione. Tuttavia, non appena prendiamo coscienza di questo fatto sentiamo minacciata proprio quella fiducia democratica senza la quale i conflitti non potrebbero apparirci come sfide (ossia come problemi in attesa di una soluzione politica)”.²⁵

Il passo rileva la sfasatura fondamentale tra le condizioni che ci permettono di percepire qualcosa di nuovo in un certo modo e quanto viene percepito, per la ragione che proprio quest’ultimo interviene ad alterare direttamente quelle condizioni. A tale riguardo, la constatazione habermasiana sembra sottintendere che siano assenti strumenti concettuali specifici (cioè non più legati all’ottica statale-nazionale) capaci di comprendere le trasformazioni in atto e al contempo di fornire orientamento ai processi in corso. A conferma della bontà di tale chiave di lettura si pone il passaggio che Habermas riprende da un influente contributo di A. McGrew sul tema della globalizzazione e della democrazia territoriale. Per chiarire in che senso il fatto che la globalizzazione, modificando essenzialmente i connotati della statalità sovrana, contenga delle conseguenze decisive per la teoria democratica moderna, McGrew osservava:

“se infatti la sovranità statale viene concepita non più come indivisibile ma come condivisa da soggetti internazionali, se gli stati non hanno più il controllo totale sul loro territorio, e se le frontiere territoriali e politiche diventano sempre più porose e permeabili, allora i principi fondamentali della democrazia liberale – cioè autogoverno, demos, consenso, rappresentazione e sovranità popolare – diventano tutti concetti problematici”.²⁶

Poiché ad essere travolti dalla globalizzazione sono anzitutto gli Stati nazionali e la loro sovranità, sono gli stessi principi fondamentali della democrazia liberale a diventare problematici in quanto all’idea di autodeterminazione democratica risultano sottratte le condizioni storiche di realizzabilità. Ciò che dovrebbe fungere da sonda critica – i principi fondamentali della democrazia liberale – si trova contemporaneamente, da un lato, ad essere soggetto ad una crisi strutturale, dall’altro lato, a vedersi applicato a qualche cosa che sembra seguire una logica totalmente differente.

²⁵ Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 32.

²⁶ McGrew, *Globalisation and Territorial Democracy*, 1997, p. 12. In realtà, McGrew non fa che riprendere le analisi di un altro autorevole esponente del dibattito sulla globalizzazione, ovvero David Held. La traduzione del passo è ripresa da Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 32.

Sebbene da una simile considerazione possa essere derivata immediatamente l'esigenza di sviluppare nuovi principi e nuovi concetti capaci di orientarci in politica,²⁷ la via intrapresa da Habermas è al contempo più tortuosa e, in un certo senso, più conservativa.²⁸ Egli infatti non solo non disconosce affatto il disfacimento del quadro westfaliano, ma, come in parte visto, enuclea puntualmente il modo in cui le tendenze della globalizzazione indeboliscono effettivamente la forma nazional-statale in cui il processo democratico è venuto storicamente istituzionalizzandosi.²⁹ Nondimeno, egli ritiene che da ciò non possa essere tratta la conclusione di un indebolimento di significato e di valore dei requisiti funzionali e dei presupposti legittimanti del processo democratico in quanto tale, in cui hanno trovato espressione quelle idee di autocoscienza, autorealizzazione e autodeterminazione che caratterizzano nel suo complesso l'autocomprensione normativa della modernità:³⁰ “noi potremo ragionevolmente affrontare le sfide della globalizzazione solo se riusciremo a sviluppare – nella costellazione postnazionale – nuove forme di autogoverno democratico della società”.³¹

Il passo citato dà immediatamente l'impulso a due interrogativi che riguardano, da un lato, la coerenza tra premessa e conseguenza e, dall'altro, in cosa consistono le “nuove forme di autogoverno democratico della società” (dove va osservata la declinazione plurale). C'è un altro aspetto però, più decisivo, che è bene mettere in evidenza: la crisi della democrazia rappresentativa è considerata irreversibile a livello dello Stato nazionale sulla base di circostanze contingenti. L'ipotesi che in tal modo viene esclusa a priori è quello di una crisi strutturale della democrazia che deriva da ragioni interne ad essa. Come vedremo, questo risulta comportare delle conseguenze rilevanti in seno alle proposte habermasiane sull'Europa. Non a caso, tuttavia, l'obiettivo della riflessione – e in questo

²⁷ Cfr., tra gli altri, Chignola & Duso, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, 2005 e Beck & Grande, *L'Europa cosmopolitica*, 2006. La rinuncia di Habermas ad un approccio immediatamente costruttivo può avere una duplice giustificazione nella quale, tuttavia, rischia di ricadere la sua stessa proposta: da un lato, esso corre il rischio di ridursi ad un normativismo astratto; dall'altro, esso può surrettiziamente trasformarsi in una legittimazione dello *status quo*.

²⁸ Si tratta, infatti, di “pensare la costellazione postnazionale a partire da quello stesso Stato-nazione che essa intende superare” e, al contempo di “mutare ciò che va conservato e conservare quanto va trasformato. Di liberarsi del passato ispirandosi ad esso”, come ha scritto Roberto Esposito a proposito dell'approccio habermasiano. Cfr. Esposito, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, 2016, p. 210-211.

²⁹ Cfr. Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 41-58; i parametri presi in considerazione per illustrare la modalità in cui la globalizzazione incide sulla forma nazional-statale sono i seguenti: certezza giuridica ed efficienza dello Stato amministrativo, sovranità dello Stato territoriale, identità collettiva, legittimità democratica dello Stato nazionale.

³⁰ Cfr. Id., *Il discorso filosofico della modernità*, 1997, p. 336-366.

³¹ Id., *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 69.

mi pare sia da ravvisare lo specifico della proposta habermasiana – sarà allora quello di dimostrare come il rapporto tra lo Stato nazionale e la procedura democratica sia di carattere puramente contingente sul piano storico e privo di ogni necessità concettuale per dimostrarne in seguito la modalità in cui è possibile riattualizzarlo su un piano differente (mentre tanto l'ipotesi protezionistica di un nuovo rinserramento dei confini dello Stato, quanto l'inattività e l'abbandonarsi agli imperativi dei mercati alla stregua del neoliberalismo postmoderno appaiono a Habermas vie del tutto impercorribili).³² Questo significa fondamentalmente ravvisare la presenza di un passato-futuro dello Stato nazionale che trascende lo Stato nazionale medesimo e che, proprio perché non dipendente dal particolarismo dello Stato, appare proiettabile per pensare la politica democratica al di là di esso. “Il problema dello sganciamento della democrazia dalle sue forme statal-nazionali d'implementazione” diventa il leitmotiv che nelle molteplici flessioni che esso può trovare è sotteso all'approccio habermasiano del postnazionale e che individua il punto nevralgico di un tentativo che cerca di pensare il postnazionale sulla base del nazionale.

La modalità in cui si declina questa proposta, le cui radici possono essere viste affondare in primo luogo nella concezione della sovranità come procedura, verrà affrontata nei paragrafi successivi più in dettaglio. Per il momento si tratta mettere in luce in che modo essa venga ad avere delle ricadute importanti nei contributi habermasiani sull'Europa e il carattere problematico che ad essa risulta essere strutturalmente connesso.

La prima ricaduta concerne la diagnosi del deficit democratico la cui rilevanza nel discorso sviluppato da Habermas è difficilmente trascurabile, se si considera che è esattamente da tale prospettiva che egli tratta della crisi delle istituzioni europee. Fin dalla replica a Dieter Grimm, Habermas dichiara di condividere la diagnosi di quest'ultimo

³² Sotto questo profilo è riscontrabile una decisa continuità nella strategia argomentativa di Habermas. È sufficiente confrontare quanto fin qui ricapitolato con quello che il filosofo tedesco ha ribadito di recente: “se [...] si è costretti a riconoscere come irreversibile la dipendenza crescente degli Stati nazionali dalle costrizioni sistemiche di una società mondiale sempre più interdipendente, s'impone la necessità politica di ampliare le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale. Questa necessità consegue dalla logica dell'autoinfluenza di una democratica società di cittadini sulle loro premesse esistenziali”, Habermas, *Una costituzione per l'Europa?*, 2012, p. 46-47. È da notare, inoltre, come la critica al neoliberalismo si indirizzi contro l'incompatibilità di esso con l'idea repubblicana di autolegislazione democratica. Rispetto a quest'ultima, il neoliberalismo disconosce evidentemente la cooriginarietà dell'autonomia privata con l'autonomia pubblica, assolutizzando il principio dell'autonomia privata. Da ciò può essere derivata l'impossibilità di una democratizzazione dei mercati già in termini di principi. Sul rapporto di cooriginarietà tra autonomia privata e autonomia pubblica quale chiave di volta di una teoria discorsiva della democrazia e, in particolare, dell'elaborazione del sistema dei diritti, cfr. Id., *Fatti e norme*, 2013, p. 101-150.

secondo la quale “dal punto di vista costituzionale, l’attuale situazione dell’Unione europea è segnata da una contraddizione”; e, prosegue: “per un verso l’Unione europea è un’organizzazione sovranazionale che si fonda su trattati di diritto internazionale: dunque non è per nulla uno Stato (nel senso di uno stato costituzionale moderno, fondato sul monopolio della forza e sulla sovranità esterna e interna). Per un altro verso, gli organi della Comunità producono un diritto europeo che è vincolante per gli stati membri: in questo senso l’Unione europea gode di un’autorità finora riservata agli stati in senso tradizionale”.³³

A differenza di altri esponenti illustri del dibattito che hanno messo in discussione la possibilità stessa di parlare in modo appropriato di un deficit democratico dell’Unione proprio in quanto il criterio che permette di diagnosticarlo si rivela essere ricavato dall’esperienza degli Stati nazionali e, al contempo, proiettato su un’entità politico-giuridica considerata differente da esso, Habermas ritiene che esso intercetti una questione chiave per pensare politicamente l’Europa. Per quanto ciò non si traduca mai in una mera ed irriflessa riproposizione dei meccanismi costituzionali che caratterizzano gli Stati nazionali, da esso derivano due risvolti fondamentali. Il primo è che almeno fino al saggio sulla crisi e la “costituzione” dell’Europa, Habermas non ritiene necessario problematizzare se la finalità del processo d’integrazione possa declinarsi nella forma dello Stato federale. Purché la procedura democratica trovi realizzazione, non è necessario riconsiderare radicalmente su quale forma politico-costituzionale. Malgrado sia soprattutto la pluralità (espressa dagli Stati nazionali che formano le comunità e poi l’Unione Europa) ad essere indicata come elemento costitutivo dell’Unione, risulta in definitiva estremamente difficile comprendere in che cosa uno Stato federale europeo si differenzi concettualmente da uno Stato federale a base nazionale sulla base del testo habermasiano. La seconda è che la normatività immanente alle istituzioni esistenti non viene ricostruita di per sé stessa e anche laddove Habermas intende l’Europa

³³ Cfr. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 167. Ma si tenga presente – e le considerazioni che facciamo valgono anche per ciò a cui si allude più complessivamente con deficit democratico – il seguente passaggio: “Il problema del deficit democratico non si riferisce soltanto a quei regolamenti tra governi che, poggiando su accordi meramente pragmatici di attori collettivi, non possono evidentemente avere la forza legittimante di una società di cittadini politicamente costituita. Quel problema si riferisce anche alle influenze prodotte dalla globalizzazione sul sostrato culturale di solidarietà civica che si era già formato nel quadro dello stato nazionale. Dal punto di vista di una riuscita istituzionalizzazione del processo di autodeterminazione, l’integrazione politica (dei cittadini) [...] va [...] annoverata tra le più apprezzabili prestazioni storiche dello Stato nazionale”, Id., *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 46.

esplicitamente come “comunità federale destatalizzata” non perviene mai a problematizzare quel concetto di autodeterminazione democratica che è stata conquistata nell’ambito degli Stati nazionali e che dovrebbe rappresentare la chiave di volta per un pensiero costituzionale a livello europeo.

La seconda ricaduta concerne la possibilità di riconnettere il processo costituente europeo sotto l’ombra lunga della vicenda del costituzionalismo moderno rivoluzionario di cui non sarebbe che una propaggine. In una fase in cui all’ordine del giorno dell’agenda politica europea si collocava l’allargamento ad est dell’Unione Europea di allora, interrogandosi sulle ragioni per cui era necessaria una costituzione, Habermas poteva così scrivere:

“la nostra situazione non è paragonabile a quella dei *Federalists* o dei membri dell’*Assemblée Nationale*. Alla fine del XVIII secolo, i Padri fondatori di Filadelfia e i rivoluzionari francesi dettero inizio a una prassi straordinaria che il mondo non aveva mai conosciuto prima. Invece, dopo due secoli di prassi costituente, noi stiamo battendo vie già note, e la questione costituzionale non rappresenta più la chiave di volta per i problemi che dobbiamo risolvere. La sfida non consiste tanto nell’inventarsi qualcosa di nuovo, quanto nel conservare in formato diverso, le grandi conquiste dello Stato nazionale europeo superandone i confini. Nuova è solamente l’entità che nascerà per questa via.”³⁴

Il passo si rivolge criticamente nei confronti di quegli osservatori che rilevando l’assenza di quella “febbre costituzionale”³⁵ tipica delle rivoluzioni tardo settecentesche, hanno evidenziato non solo un deficit del processo costituente europeo, bensì un fattore che frena una rottura rivoluzionaria culminante nella proclamazione di una costituzione a livello europeo.³⁶ In tal modo, tuttavia, non si coglierebbe un carattere fondamentale

³⁴ Habermas, *Tempo di passaggi*, 2004, p. 58.

³⁵ L’espressione è di Hasso Hofmann: “Dal 1789 fino a tutto il XIX secolo e in avanti, l’Europa è stata scossa da una vera e propria “febbre costituzionale”. Oggi, tuttavia, non si può assolutamente parlare di una situazione rivoluzionaria di questo tipo e di conseguenza è fuori discussione anche la possibilità che la verità e la credibilità, che la autenticità della sua espressione permettano di chiudere un occhio di fronte alle debolezze di procedimento e di forma”, Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, 2009, p. 164.

³⁶ Il riferimento “polemico” esplicito di Habermas nel passo citato è costituito dall’influente contributo di Larry Siedentop *Democracy in Europe* (per la traduzione italiana si veda: Siedentop, *La democrazia in Europa*, 2001). Il tentativo del filosofo politico anglo-americano era quello di pensare federalisticamente l’Europa assumendo come modello di riferimento l’esperienza costituzionale dello Stato federale americano. In una prospettiva “comparatistica”, egli – come scrive Habermas – lamentava non a caso “la mancanza di un dibattito costituzionale ispirato, in grado di mobilitare i sentimenti e l’immaginazione dei popoli europei”, Habermas, *Tempo di passaggi*, 2004, p. 58.

dell'attuale processo costituente in corso. L'impossibilità di raffrontare la situazione europea e le vicende costituenti rivoluzionarie americana e francese non significa che tra di esse non sussista alcun rapporto o che la nostra situazione non abbia più nulla a che vedere con esse. Si tratta piuttosto di non operare deduzioni troppo semplici che non tengono conto di un mutamento della realtà. Secondo Habermas, non è pertanto un mutamento rivoluzionario ad essere necessario per costituire la forma politica europea. Non solo noi sappiamo che cos'è una costituzione, ma la prassi costituente è venuta condensandosi, per così dire, negli Stati che per tale ragione sono degni di essere conservati. Il processo "costituente" europeo è una consapevole continuazione di quella prassi straordinaria che pone il problema specifico della conservazione "in formato diverso" delle concretizzazioni che ha avuto – che può avvenire attraverso la formazione di una nuova entità politica. L'Unione Europea rappresenta comunque già una "prima figura di democrazia postnazionale".³⁷ L'assenza di un'analogia tra le due situazioni, inoltre, non toglie il fatto che la costituzione nel senso che ha assunto nella storia moderna sia rilevante per pensare l'Europa. L'interrogativo che Habermas sollevava alla vigilia del bicentenario della Rivoluzione Francese, ovvero quali potenziali normativi inespressi ci fornisce la rivoluzione concettuale del 1989, e che trovava una risposta, da un lato, nella concezione della sovranità come procedura e, dall'altro, nelle idee di diritti umani e sovranità del popolo, non va congedato, ma richiede solo di essere rilanciato alla luce della crisi dello Stato nazionale e il salto quantico della modernizzazione socio-economica.

In tale prospettiva, l'Unione Europea è assunta come esempio per esaminare le condizioni e la modalità in cui è configurabile una politica democratica che vada al di là dello Stato nazionale senza che tuttavia il riferimento allo Stato come istituzione, nella sua versione federale e benché in formato più grande, venga meno o sia di per sé considerato come problematico. L'eventuale concretizzazione di uno Stato federale europeo può trovare conferma o smentita, da un lato, nella possibilità o meno di controbilanciare le competenze perdute nell'ambito degli Stati nazionali recuperandole su un livello diverso e, dall'altro lato, in quella di costruire e sviluppare un'identità collettiva europea "realizzando in tal modo le condizioni di legittimità per una democrazia

³⁷ Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 70.

postnazionale”.³⁸ È, dunque, l’elemento nazionale nella sua declinazione etno-naturalistica a diventare il bersaglio polemico dell’analisi di Habermas, poiché in esso viene ravvisata l’obiezione fondamentale alla possibilità di una costituzione europea e all’ampliamento della procedura democratica oltre i confini nazionali.

Per cercare di restituire, in parte, quanto emerso sin qui relativamente al senso complessivo (e la peculiarità) della proposta habermasiana di ripensamento e riprogettazione postnazionale della politica e del diritto, la tesi del filosofo tedesco potrebbe essere presentata in questi termini: se il contenuto nuovo delle trasformazioni in atto si presenta come una sfida che eccede drasticamente per molti versi le griglie categoriali tradizionalmente alla base dell’ordine politico della statalità nazionale moderna, tuttavia è necessario pensare il presente mantenendo un rapporto critico con esse.³⁹ Tale rapporto critico si configura come una riappropriazione che sappia in particolare riattualizzarne quella sostanza normativo democratica in cui non solo è ravvisabile una conquista di valore, ma un’effettiva capacità di comprendere, per le ragioni che vedremo, anche la realtà oltre lo Stato. Convinzione è, dunque, che occorre sforzarsi di portare ad emersione lo specifico di senso sedimentato nella concezione moderna della democrazia al fine di pensare la realtà politica del processo di unificazione europea. All’interno di questo quadro problematico, Habermas ritiene conseguentemente che debbano essere riconsiderati primariamente i temi della democrazia e della costituzione - che si tratta, in un certo senso, di rendere non solo adeguati all’attuale costellazione. Tale riconsiderazione risulta pertanto preliminare e funzionale ad una

³⁸ Habermas, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 72. Poche righe dopo, Habermas – nella versione in lingua tedesca – usa l’espressione “*ein europäischer Bundesstaat*”, letteralmente “uno Stato federale europeo”, per quanto nella traduzione italiana si trovi quella più generica di Europa federale (cfr. Id., *Die postnazionale Konstellation*, 1998, p. 137 e 156). La scelta terminologica di Habermas mi pare precisa e coerente non solo con i presupposti teorici assunti, ma anche con il riferimento esplicito alle tesi dei cosiddetti eurofederalisti.

³⁹ Per quanto inedite, è possibile attraverso uno sforzo di autoriflessione rinvenire delle analogie. Si consideri ad esempio il seguente passo habermasiano: “Ma proprio questo inedito e astrattivo ‘passo in avanti’ [in direzione di organizzazioni sovrastatali, n.d.r] non è altro che la prosecuzione del processo già visto all’opera nelle prestazioni integrative dello stato-nazione. In questo senso, io credo che il nostro titubante cammino verso società di tipo postnazionale potrebbe giovare dell’esempio e dell’orientamento che ci viene offerto dalla figura storica che siamo in procinto di superare”, Id., *L’inclusione dell’altro*, 1998, p. 121.

soluzione dell'impasse teorico-pratica che connota strutturalmente la costellazione postnazionale, affinché sia capace di proiettarsi nel futuro superandola.

3- CHE COS'È UN POPOLO? SUPERAMENTO DELLA TESI NO-DEMOS ATTRAVERSO LA SOLIDARIETÀ TRA ESTRANEI.

C'è una questione teorica sulla quale più di ogni altra Habermas si è soffermato ed ha cercato di fare chiarezza nel tentativo di pensare una costituzione europea e, più in generale, di dimostrare come sia effettivamente possibile trasporre su un piano differente da quello dello Stato nazionale la logica dell'autodeterminazione di una società costituita democraticamente: la definizione del concetto di popolo.⁴⁰ Negli scritti sull'Europa, obiettivo polemico sono anzitutto i sostenitori della cosiddetta tesi no-demos, tra i quali, come visto, è fatto rientrare Dieter Grimm, e il modo in cui essi intendono l'identità collettiva che è necessario postulare affinché il processo democratico sia possibile. In essa Habermas ravvisa l'obiezione più pervicace non solo perché accomuna, indistintamente, gli approcci teorici più diversi alla democrazia – tra cui quello liberale e comunitarista –, ma anche perché destituisce a priori di ogni legittimità la via che egli invece intende intraprendere.⁴¹

In estrema sintesi, i sostenitori di tale posizione farebbero derivare l'irrealizzabilità del progetto costituzionale dall'assenza a livello europeo di un popolo omogeneo, concepito come un'entità sussistente pre-politicamente, il quale è ritenuto la condizione necessaria sia per innescare il processo costituente sia per generare quella fiducia anticipante indispensabile per la comune accettazione di decisioni prese democraticamente secondo la regola della maggioranza. Essi ridanno attualità e dignità a quella versione del nazionalismo naturalistico e pre-politico (del tutto destituito di fondamento perché inconsapevole della sua artificialità), oltre che a un'ontologia costituente di più o meno esplicita derivazione schmittiana, che Habermas ritiene

⁴⁰ Cfr., da ultimo, la replica (polemica) a Fritz W. Scharpf, Habermas, *Der Demos der Demokratie*, 2015, p. 145-154. Per la posizione di Scharpf, cfr. Scharpf, *Das Dilemma der supranationalen Demokratie in Europa*, 2015, p. 11-28, e Id., *Deliberative Demokratie in der europäischen Mehrebenenpolitik*, 2015, p. 155-165.

⁴¹ Si confronti con quanto il filosofo tedesco scrive in: Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 47.

inservibile. Si tratta, del resto, di temi sui quali si era già soffermato altrove interrogandosi sul nesso tra nazione e cittadinanza democratica nel contesto dello Stato nazionale e, in particolare, della Germania federale post-riunificazione. Di contro ai sostenitori di tale tesi, egli si limita pertanto a riproporre una serie di considerazioni concernenti la genesi dell'identità nazionale stessa, nella sua accezione moderna, che ne svelano il carattere integralmente artificiale, nonché il rapporto costitutivo che la lega alla democrazia. Al contempo egli valorizza la concezione procedurale e discorsiva della democrazia che aveva trovato la sua più compiuta formulazione in *Fatti e norme* per descrivere la funzione socio-integrativa resa possibile dal medium giuridico che le è proprio.

Il concetto fondamentale mobilitato da Habermas per delineare la forma d'identità dinamico-riflessiva propria degli stessi Stati è quello di "solidarietà tra estranei".⁴² Per cercare di inquadrare la modalità in cui si declina il tentativo habermasiano di pensare una costituzione europea prevalente fino alla serie di scritti inaugurati dal saggio sulla crisi e la "costituzione" dell'Europa, vorrei soffermarmi su tale concetto. Si tratta solo di una delle vie che è sarebbe possibile percorrere, ma che può risultare particolarmente consono alla luce di un approccio storico-concettuale. Essa inoltre consente di rivolgere particolare attenzione a quei temi della "differenza" e della "pluralità" che non costituiscono un motivo originario del pensiero politico-giuridico habermasiano⁴³, benché diventino un oggetto sempre più doveroso di attenzione nell'elaborazione teorica coeva e successiva alla pubblicazione dei *Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e dello Stato democratico di diritto* raccolti in *Fatti e norme* (1992).⁴⁴ Alla luce delle trasformazioni socio-politiche *diesseits und jenseits des Staates* che contraddistinguono la cosiddetta *postnationale Konstellation*, la questione della differenze e della pluralità impegna Habermas su più fronti: nel confronto sempre più serrato con Rawls, nell'ambito dei dibattiti sul multiculturalismo e in quelli sull'integrazione europea. Tuttavia risulta molto difficile e forse inappropriato anche solo cercare di dare una collocazione precisa

⁴² Sul motivo habermasiano della "solidarietà tra estranei" si tengano presenti i rilevanti interventi – in chiave sociologica e non solo – di Massimo Rosati: Rosati, *La cittadinanza proceduralizzata di J. Habermas*, 1995; Id., *Solidarity and the sacred*, 2000; Id., *La solidarietà nelle società complesse*, 2001 e Id., *Dove poggia la solidarietà tra estranei*, 2006.

⁴³ Motivo originario di tale pensiero è piuttosto quello dell'eguaglianza con l'annesso problema della redistribuzione, come emerge con particolare evidenza se si tiene conto del ruolo giocato dal concetto di sfera pubblica.

⁴⁴ Cfr. Habermas, *Fatti e norme*, 2013.

al pensiero habermassiano nel contesto del cosiddetto pensiero/filosofia della differenza⁴⁵.

La traccia che vorrei proporre per dare forma a questa parte è quella di una ricognizione che (in)segue per quanto possibile la comparsa e l'impiego dell'espressione "solidarietà tra estranei" nei testi habermasiani dal momento del suo effettivo utilizzo.⁴⁶ Vorrei pertanto prendere le mosse da *Fatti e norme* per poi procedere alla riflessione successiva che a essa si riconnette (in particolare, nel confronto serrato con le tesi dei comunitaristi liberali e nello sforzo di produrre una *Vermittlung* tra queste posizioni e negli studi di teoria politica presenti in *L'inclusione dell'altro*)⁴⁷, approfondendola e illuminandola, per soffermarmi, infine, sul ruolo giocato dal concetto di solidarietà tra estranei nel dibattito sull'identità europea. Da qui dovrebbero scaturire alcune delle difficoltà interne e i limiti (storico-concettuali) che contraddistinguono il modo habermasiano di intendere tale concetto, suggerendo in un certo senso la necessità di una revisione.

3.1- SOLIDARIETÀ TRA ESTRANEI: CONSIDERAZIONI A PARTIRE DA FATTI E NORME.

Nell'ambito di *Fatti e norme*, l'espressione solidarietà tra estranei [da qui in avanti in forma abbreviata STE] appare solo una volta nel capitolo 7 intitolato "La politica deliberativa: un concetto procedurale di democrazia".⁴⁸ Lo scopo del secondo paragrafo del capitolo, in cui essa ricorre - che è preceduto da una critica della "concezione empiristicamente accorciata di democrazia" ed è centrale per la comprensione del

⁴⁵ Non solo, ma credo si possa dire a ragione, anche se la cosa potrà essere motivata solo parzialmente nell'ambito della presente trattazione, che quello di "altro" o "assolutamente altro", di per sé non includibile in alcun noi, che Habermas intende come forme dell'esclusione, debba essere considerato innanzitutto il prodotto ideologico del potere piuttosto che il luogo di definizione della politicità. Se assunto in quanto tale, esso si rivela poco produttivo per pensare l'altro come discriminato o come minoranza, insomma come disomogeneo, nel contesto di una comunità democratica giuridicamente costituita

⁴⁶ A riguardo è opportuna una breve considerazione di ordine filologico: nei testi habermasiani in lingua tedesca e inglese si trova sia l'espressione "*Solidarität unter Fremden*" / "*Solidarity among strangers*" sia "*Solidarität mit Fremden*" / "*Solidarity with strangers*", rese generalmente in italiano con "solidarietà tra estranei" appunto. Malgrado la differenza semantica derivante dall'uso di congiunzioni differenti, mi pare si possa dire che effettivamente egli alluda alla stessa cosa e pertanto tenderò a non distinguerli.

⁴⁷ Cfr. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, 1998.

⁴⁸ Cfr. Id., *Fatti e norme*, 2013, p. 322-368.

modello deliberativo elaborato da Habermas - è di sviluppare di contro una concezione interamente procedurale del processo democratico. Habermas tematizza la tensione tra l'autocomprensione normativa dello stato democratico di diritto e la fattualità sociale dei processi politici, riconnettendo a ciò lo sviluppo di una concezione procedurale della democrazia.

Attraverso questo tipo di lettura (discorsivo-procedurale) della democrazia, Habermas pensa che si possa superare innanzitutto un concetto olistico di società incentrata sullo stato e, più in generale, quel modo di intendere la politica per mezzo di concetti e figure di pensiero che restano legate alla filosofia della coscienza secondo un approccio teorico che a partire dal moderno giusnaturalismo strutturerebbe tuttora il dibattito (americano) tra liberali e repubblicani. A venir meno è innanzitutto l'idea di una società incardinata sullo Stato nella misura in cui questo sia inteso come il custode di una società mercantile (lettura liberale) o come il luogo di autochiarificazione di una tradizione etico-politica (lettura repubblicano-communitarista).

Questa mutazione dello statuto epistemologico delle figure e dei concetti politici, perseguita sistematicamente da Habermas mediante il suo approccio teorico-discorsivo, trova la sua espressione emblematica nella ridefinizione del concetto di sovranità popolare. L'effetto teorico, come già era programmaticamente stato indicato in *Souveranität als Verfahren*⁴⁹ e in *Fatti e norme* si tratterà di convalidare e esplicitare, è quello di una radicale de-sostanzializzazione della sovranità (in favore di una interpretazione intersoggettiva) a cui è legata coerentemente l'idea che solo impropriamente si possa parlare di una sua "personificazione":

“[la sovranità si personifica] – ammesso che si possa ancora parlare di personificazione – in quelle forme comunicative senza soggetto che regolano il flusso della formazione discorsiva dell'opinione e della volontà in modo tale, che i loro fallibili risultati nutrano per sé la presunzione della ragione pratica. Una sovranità popolare come questa – intersoggettivamente disciolta, fattasi anonima e senza soggetto – [...] si sublima anche nelle interazioni (difficilmente afferrabili) che si stabiliscono tra la formazione della volontà istituzionalizzata sul piano dello stato di diritto e le sfere pubbliche che si mobilitano sul piano culturale”⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. Habermas, *Morale, diritto, politica*, 1992, p. 81-103.

⁵⁰ *Ivi*, p. 97-98.

Nel paragrafo 7.2 di *Fatti e norme*, con la descrizione del modello di politica deliberativa che egli intende fare proprio, Habermas cerca di chiarire così le nuove basi teoriche su cui esso si radica. L'attenzione è rivolta al gioco di scambio tra formazione istituzionale e procedurale della volontà e formazione informale della volontà troppe volte omesso da altre trattazioni teoriche della democrazia - aspetto che non le rende "concorrenti", quanto deficitarie e deboli sotto questo profilo. Dal buon funzionamento di questo gioco di scambio - e dunque dalla capacità di superare comunicativamente i conflitti che si producono all'interno di e tra questi livelli (sfera pubblica formale/sfera pubblica informale) strutturati in maniera diversa - dovrebbe derivare l'*unica* forma di solidarietà possibile per una società moderna, plurale e secolarizzata che Habermas definisce fuggevolmente per l'appunto "solidarietà tra estranei". Il passaggio in questione recita così:

"Una formazione democratico-procedurale dell'opinione e della volontà resta sempre dipendente dall'apporto di opinioni pubbliche informali che si generano - idealiter - nelle strutture d'una sfera pubblica non manipolata. Questa sfera pubblica deve poter poggiare su una base sociale in cui si siano effettivamente realizzati i diritti eguali della cittadinanza. Solo in un egualitario pubblico di cittadini che, liberatosi dalle barriere classiste, abbia rigettato le millenarie catene della stratificazione e dello sfruttamento, il pluralismo culturale potrà dispiegare tutto il suo potenziale. Questo potenziale è ricco di conflitti, non meno che di forme-di-vita generatrici di senso. Ma in una società secolarizzata, che abbia imparato a governare in modo consapevole la sua complessità [*mit ihrer Komplexität umgehen*], il padroneggiamento comunicativo [Habermas parla di *kommunikative Bewältigung*] di questo tipo di conflitti rappresenta l'unica fonte di una 'solidarietà tra estranei'. Intendo dire tra estranei che - rinunciando alla violenza e regolando cooperativamente la loro convivenza - si riconoscano anche il diritto di rimanere reciprocamente estranei".⁵¹

"Superamento comunicativo" (*kommunikative Bewältigung*) dei conflitti derivanti da un pluralismo culturale, capacità di trattare, di farsi carico (*umgehen mit*) della complessità sono temi indicati come *einzigste Quelle*, *unica* fonte di una STE. Già qui, dunque, il concetto di STE viene mobilitato per determinare più da vicino, mediante un'espressione fortemente ossimorica - echeggiante per certi versi quella di "patriottismo

⁵¹ Habermas, *Fatti e norme*, 2013, p. 345.

costituzionale” di cui si era servito in scritti precedenti e con la quale è strettamente correlata -, il tipo di solidarietà proprio di una comunità democratica culturalmente plurale. Si tratterà di capire cosa intende Habermas con ‘superamento’, col tema del ‘farsi carico’, e anche con ‘*der kulturelle Pluralismus*’.

Sempre in *Fatti e norme*, in un passaggio del capitolo ottavo, Habermas parla anche di “comunicazione tra estranei”⁵² o, meglio, si sofferma sulla possibilità di una comunicazione tra estranei senza che questo vada a deperimento dell’orientamento all’intesa reciproca (*Verständigungsorientierung*): la comunicazione tra estranei e un’intesa tra estranei sono non solo possibili, ma necessari nell’ambito di una democrazia pluralistica che includa l’altro senza assimilarlo, ovvero senza neutralizzarne la differenza.

Un’indicazione preziosa per riallacciare il concetto di “solidarietà tra estranei” all’impianto teorico complessivo di *Fatti e norme* e per seguirne gli sviluppi nella riflessione successiva è rinvenibile nella replica al contributo del giurista Günter Frankenberg raccolto successivamente negli studi di teoria politica del volume *Die Einbeziehung des Anderen*.⁵³ La critica di Habermas a quest’ultimo si rivolge, per un verso, contro la disgiunzione tra medium giuridico (così come questo viene definendosi modernamente) e integrazione sociale e, per l’altro verso, contro la subordinazione del diritto al darsi e riprodursi della sostanza etica di una collettività implicite nell’approccio di Frankenberg. Il sistema giuridico, la cui legittimità avrebbe ancora weberianamente alla propria base i presupposti giuridico-formali con cui il potere politico viene esercitato, rappresenta di per sé una forza disgregativa della sostanza etica, la quale per non lacerarsi totalmente deve fare appello ad un “surplus” di virtù civica da parte dei cittadini. La solidarietà fra cittadini dello Stato, dunque, pur innestandosi sulla prassi dell’autolegislazione, è intesa come una fonte autonoma “informale” che fonda la cittadinanza (pre-politicamente) e che sostiene dall’esterno il sistema giuridico.

⁵² Habermas, *Fatti e norme*, 2013, p. 410.

⁵³ Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, p. 382-385. Le *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School* nascono da un convegno che si tenne presso la Cardozo Law School di New York nel settembre del 1992, poco dopo la pubblicazione di *Fatti e norme*, e sono stati pubblicati – non senza delle variazioni rispetto all’edizione inglese – in tedesco quattro anni dopo, all’interno della raccolta *Die Einbeziehung des Anderen*, nella parte finale a sé stante recante il titolo *Anhang zu »Faktizität und Geltung«*, “Appendice a *Fatti e norme*”. La traduzione italiana a cura di Leonardo Ceppa è disponibile separatamente e reca il titolo *Solidarietà tra estranei. Interventi su «Fatti e norme»*. Cfr. Id., *Solidarietà tra estranei*, 1997.

Conseguentemente il godimento di pari diritti individuali è possibile esclusivamente entro i limiti di un *ethos* particolare, mentre sono non solo ammissibili, ma prioritari diritti sociali espressione di autonomia sociale (indipendente da una dialettica tra autonomia privata e pubblica) per limitare i possibili effetti dissociativi prodotti dal predominio delle libertà private.

La replica di Habermas alla posizione repubblicano-comunitarista di Frankenberg, ritenuta “non soltanto irrealistica ma anche problematica”, fornisce elementi decisivi per comprendere il concetto di STE, nonché i nessi che lo ricollegano all’intricato impianto teorico di *Fatti e norme* e ad alcune delle tesi e delle questioni centrali dell’opera. Vorrei proseguire ora con una enucleazione piuttosto schematica di tali nessi, sperando di non scadere in un eccesso di generalità.

La replica habermasiana parte da un punto molto preciso contenente *in nuce* il complesso dei riferimenti che vedremo tra poco e derivante da acquisizioni teoriche, che per quanto successivamente oggetto di revisione, risalgono alla *Teoria dell’agire comunicativo*:⁵⁴ si tratta, in modo particolare, dell’impossibilità di attingere *direttamente* alle fonti dell’agire comunicativo per ricavare la forza socio-integrativa della solidarietà, laddove essa debba affermarsi, come avviene con la modernità, rispetto agli altri due media dell’integrazione: denaro e potere amministrativo. Egli scrive infatti: “[la concezione di Frankenberg] non ha abbastanza fiducia nella forza socio-integrativa del diritto. [...] il diritto è l’unico medium che possa garantire una “solidarietà tra estranei” nelle società complesse”.⁵⁵

Il cuore delle critiche habermasiane muove dalla comprensione del diritto come medium sociale all’interno delle società complesse quale *unico* garante della solidarietà tra estranei. Per Habermas la solidarietà tra estranei si presenta, dunque, come necessariamente mediata dal diritto: essa non è (o meglio, non è più) veicolata da una presa di coscienza etica pre-politica, non costituisce una drità statica e definita, ma si pone piuttosto in un rapporto “osmotico” sempre cangiate con una formazione comunicativa della volontà politica giuridicamente canalizzata. Il nesso diritto-integrazione sociale-STE si esplicita così nella (1) funzione socio-integrativa propria del

⁵⁴ In tal senso, esse costituiscono di per sé già una revisione della più risalente posizione habermasiana ricavabile dalla lettura di *Storia e critica dell’opinione pubblica*, cfr. Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, 2011.

⁵⁵ Id., *Solidarietà tra estranei*, 1997, p. 96.

diritto moderno, da un lato, e nel (2) vincolo solidarietà e auto-determinazione democratica, dall'altro.

1) Per quanto riguarda la funzione sociointegrativa propria del diritto, il rimando implicito è ai primi due capitoli di *Fatti e norme: Il diritto: una categoria di mediazione sociale tra i fatti e le norme; Sociologie del diritto e filosofie della giustizia*. In questa sede, valorizzando l'approccio parsoniano al moderno Stato costituzionale - che viene giocato contro l'interpretazione weberiana dello stesso -, Habermas, pur riconoscendo come il diritto moderno (ovvero: individualistico, positivo e coercitivo) resti sempre un medium profondamente ambivalente in quanto strumento di potere, mette in rilievo come la sua funzione più propria sia, in realtà, la "tutela della solidarietà sociale". In tal senso, la differenziazione del sistema del diritto positivo moderno quale conseguenza dell'evoluzione sociale costituisce la base per cogliere anche il mutamento di forma costitutivo della solidarietà sociale. Sebbene il diritto non solo non possa costringere ad un agire solidale, ma crei degli spazi in cui l'agire strategico (o in ogni caso non comunicativo) è legittimo, ciononostante esso è capace di produrre integrazione sociale mediante la prassi necessaria a porlo in essere. Scrive a tale riguardo Habermas:

“all'interno del diritto, il processo legislativo costituisce il luogo e il momento specifico dell'integrazione sociale [...] La pretesa di legittimità d'un ordinamento giuridico costruito in base ai diritti soggettivi può essere riscattata soltanto attraverso la forza d'integrazione sociale sviluppata dalla “volontà concorde e unificata” di tutti i cittadini”.⁵⁶

Nella prefazione a *Fatti e norme* del 1994, in cui Habermas dipana “l'idea centrale che a suo parere informa l'intero libro”, si può inoltre leggere un passo che ricapitola l'“esito” e, se si vuole, le tesi dei primi due capitoli:

“insieme al sistema politico costituito come Stato di diritto, il diritto funziona come una “rete di sicurezza” per quelle prestazioni socio-integrative che altrimenti verrebbero meno. Operando come una sorta di cinghia di trasmissione, il diritto provvede a trasferire – in forma astratta ma vincolante – le strutture di riconoscimento reciproco, che sono familiari ai contesti concreti dell'agire comunicativo, in quelle interazioni tra estranei che sono diventate anonime e sistemicamente mediate”.⁵⁷

⁵⁶ Habermas, *Fatti e norme*, 2013, p. 42.

⁵⁷ *Ivi*, p. 502.

Per cogliere la portata degli aspetti visti sinora, frutto di un'analisi di tipo sociologico-giuridico, si deve tenere presente che essi hanno una serie di ricadute determinanti nella proposta "normativa" sviluppata in chiave ricostruttiva da Habermas. Come è forse noto, il medium giuridico è semplicemente assunto come presupposto teorico non esigente di per sé una giustificazione normativa, bensì solo funzionale. Esso è a disposizione in quanto tale ai "figli della modernità" e non necessitante una problematizzazione.⁵⁸

2) Per quanto riguarda vincolo concettuale che lega solidarietà e auto-determinazione democratico, si deve tenere presente come, secondo Habermas, sia il processo legislativo a costituire all'interno del diritto il luogo dell'integrazione sociale. In esso soltanto, infatti, a condizione di darne una lettura in chiave teorico-discorsiva, emerge la possibilità di superare il rapporto di concorrenza, e la conseguente necessità di istituire un nesso di sovraordinazione o subordinazione, tra autonomia pubblica e autonomia privata in cui ricadrebbero le teorie liberali e quelle repubblicane. Alla luce delle caratteristiche proprie del diritto moderno valorizzate da Habermas ciò non dovrebbe risultare sorprendente: si tratta tuttavia di fornire un'interpretazione intersoggettiva (dunque, non solo individualistica) dei diritti. Assolutamente rilevanti a tal proposito sono allora i capitoli 3 e 4 di *Fatti e norme* dedicati alla ricostruzione razionale dell'autocomprensione dei moderni (in tal senso democratici) ordinamenti giuridici.

La prestazione teorica a cui mira Habermas consiste nel fondare un sistema dei diritti capace di mantenere il rapporto di cooriginarietà tra autonomia privata e autonomia pubblica: "Il sistema dei diritti deve contenere precisamente quei diritti che i cittadini non possono non riconoscersi mutualmente, ove vogliano regolare legittimamente la loro convivenza con strumenti di diritto positivo".⁵⁹ La genesi logica dei diritti esposta

⁵⁸ Sulla funzione essenziale svolta dal diritto nell'ambito delle società complesse, si tenga presente il seguente passo: "Per via delle sue qualità formali, il diritto positivo – che noi ci troviamo per così dire a disposizione nella modernità, come risultato d'un lungo processo sociale di apprendimento – si raccomanda come il mezzo più adatto a stabilizzare le aspettative di comportamento. Nelle società complesse non sembra esserci nessun altro equivalente funzionale che possa sostituirlo. La filosofia affronta così un compito inutile, quando cerca di dimostrare che organizzare giuridicamente la nostra convivenza (e dunque formare in generale delle comunità giuridiche) non è solo un compito funzionalmente raccomandabile ma anche moralmente doveroso. Il filosofo dovrebbe accontentarsi d'aver capito che, nelle società complesse, soltanto il medium giuridico consente ancora di stabilire con sicurezza – anche tra estranei – rapporti moralmente imperativi di rispetto reciproco", Habermas, *Fatti e norme*, 2013, p. 516.

⁵⁹ *Ivi*, p. 141.

mediante una scansione in successione di cinque categorie di diritti è un tentativo di esplicitare il nesso interno che ricollega circolarmente i diritti di libertà alla sovranità (comunicazione e partecipazione), così da dimostrare come ciascuna rende possibile, presupponga e dia sviluppo all'altra.

I moderni diritti individuali non entrano in gioco in forma di surrogati di verità morali date da contrapporre, per limitarlo, a un legislatore assoluto (critica, peraltro niente affatto convincente come ha dimostrato Ingeborg Maus, rivolta da Habermas al giusrazionalismo kantiano). La disgregazione del contesto metafisico proprio delle società premoderne rende del tutto ineffettuale un simile procedimento. Gli stessi diritti sono fatti oggetto della prassi di autolegislazione nel momento stesso in cui intervengono a strutturarla, ma proprio per questo custodiscono in sé l'aspetto del riconoscimento vicendevole da parte dei consociati giuridici.

3.2- DAL RUOLO CATALIZZATORE DELLA NAZIONE ALLA DISGIUNZIONE DELLA CITTADINANZA POLITICA DALL'IDENTITÀ NAZIONALE.

Sperando d'avere almeno parzialmente chiarito come il concetto di STE si riconnetta alla riflessione di *Fatti e norme*, si tratta ora di considerare come esso venga giocato da Habermas nella produzione successiva. Mi riferisco, in modo particolare, alla serie di studi raccolti nel già citato *L'inclusione dell'altro* e ruotanti attorno a due questioni fondamentali: 1) il futuro dello stato-nazione e la trasformazione della cittadinanza; 2) il tema dei diritti umani.

Complessivamente, lo scopo di Habermas è quello di dimostrare come nel contesto della formazione e dell'affermazione dei moderni stati nazionali sia riscontrabile una doppia codificazione della cittadinanza. Questi due codici sono contrassegnati l'uno dallo statuto definito dai diritti del cittadino e l'altro dall'appartenenza alla cultura di un popolo. Benché risultino storicamente intrecciati tra loro non senza ambiguità, da un punto di vista concettuale non solo non presentano alcun nesso necessario, ma vengono anche differenziandosi e disgiungendosi sempre più storicamente. Come già era emerso in un saggio del 1990 intitolato *Cittadinanza politica e identità nazionale. Riflessioni sul futuro*

dell'Europa,⁶⁰ l'obiettivo polemico di tale proposta interpretativa, è costituito da tutte le letture etno-culturalistiche, ma anche naturalistiche, della nazione, tendenti insomma a concepire la nazione come un *quid* prepolitico caratterizzato dall'omogeneità di tradizioni, di lingua e di discendenza.

In *Lo stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*,⁶¹ riprendendo le fila del saggio poco sopra menzionato, Habermas insiste sul carattere artificiale e sulla forza mobilitante nei confronti delle masse che la nazione è venuta ad avere storicamente. L'attribuzione di un carattere pre-politico alla nazione è possibile e diventa spiegabile proprio come reazione all'artificialità di questa forma d'identità e come un tentativo di sottrarla alla contingenza: cristallizzandosi attorno alla percezione di una comunanza etnica, linguistica e storica, essa garantisce quella spinta motivazionale necessaria affinché i cittadini possano sentirsi mutualmente responsabili. Si può trattare in ogni caso solo di una retroproiezione ovvero di una attribuzione *ex post* che, del tutto paradossalmente, neutralizza la peculiare forza astrante, e di fatto de-solidarizzante, nei confronti di vincoli sociali di altra natura esistenti: “le nazioni [possono] nascere solo dopo essersi lasciato alle spalle il difficile percorso che dalla comunanza *etnica* di compagni personalmente conosciuti conduce alla solidarietà *giuridica* di cittadini reciprocamente estranei”.⁶²

È da notare come qui sia la solidarietà tra estranei giuridicamente mediata a collocarsi a monte della nazione, nella misura in cui poi essa produce una declinazione specifica di tali rapporti (“la nazione creò nuovi rapporti solidaristici tra persone fino allora estranee tra loro”⁶³). All'invenzione della nazione Habermas può attribuire semplicemente la funzione di catalizzatore, mentre il nuovo livello di solidarietà si afferma in virtù della partecipazione politica rispecchiantesi nella progressiva trasformazione e nell'allargamento dello statuto della cittadinanza:

“Nell'evoluzione dello stato protomoderno in repubblica democratica, “l'invenzione della nazione” (H. Schulze) giocò il ruolo di un catalizzatore. L'autocomprensione nazionale rappresentò l'orizzonte culturale in cui i sudditi poterono diventare cittadini politicamente attivi. Solo l'appartenenza alla “nazione” creava un vincolo di solidarietà tra persone fino allora

⁶⁰ Cfr. Habermas, *Morale, diritto, politica*, 1992, p. 105-138.

⁶¹ Cfr. Id., *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 119-140.

⁶² *Ivi*, p. 165.

⁶³ *Ivi*, p. 143.

reciprocamente estranee. La prestazione che lo stato-nazione seppe offrire fu dunque la soluzione simultanea di due problemi. Sulla base di una nuova *modalità di legittimazione*, lo stato-nazione rese possibile una inedita e più astratta forma di *integrazione sociale*".⁶⁴

In tal modo, Habermas giunge a riscontrare anche il progressivo accentuarsi della tensione tra l'elemento nazionalistico e quello repubblicano, sottolineando come gli *Abstraktionsschübe* della modernizzazione sociale siano sempre più difficilmente comprimibili entro le strette maglie di una nazione omogenea – e questo già fissando lo sguardo entro gli stati-nazione, dunque a maggior ragione nella costellazione postnazionale. È il peculiare effetto di chiusura operato da tale concetto a rivelarsi del tutto obsoleto nel contesto di società pluralistiche e contro il rischio di un oblio della natura artificiale di tale effetto si muove la proposta habermasiana del "patriottismo costituzionale", poiché "la simbiosi di "nazionalismo" e "repubblicanesimo" si presenta [...] come una costellazione transitoria nel tempo".⁶⁵

Come emerge con grande chiarezza in *Inclusione: coinvolgere o assimilare? Sul rapporto di nazione, stato di diritto e democrazia*⁶⁶, è necessario però dimostrare che è possibile rimuovere l'elemento che determina l'accezione escludente o esclusiva di autolegislazione senza di fatto operare alcuna forzatura, ma attingendo al senso proprio di una prassi di questo tipo: "[l'autolegislazione democratica] ha... il senso inclusivo di una autolegislazione che coinvolge egualmente tutti i cittadini. "Inclusione" significa che questo ordinamento politico può servire a parificare i discriminati e a coinvolgere gli emarginati, senza con questo rinchiuderli nell'uniformità di una *Volksgemeinschaft* omogeneizzata".⁶⁷ Come ricordato nella prefazione, quest'inclusione non livellatrice significa apertura dei confini della comunità democratica entro cui il "noi" si presenta come flessibile e de-sostanzializzato – secondo un modello che ricalca la struttura più propria della *Öffentlichkeit* laddove si insista sul suo carattere strutturalmente aperto proprio anzitutto dell'etimo del termine.⁶⁸

⁶⁴ Habermas, *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 125).

⁶⁵ *Ivi*, p. 144.

⁶⁶ Cfr. *Ivi*, p. 141-166.

⁶⁷ *Ivi*, p. 151.

⁶⁸ Sul carattere aperto dell'*Öffentlichkeit* cfr., in particolare, Scuccimarra, *Sfera pubblica e costellazione post-nazionale*, 2016, p. 34-38. Scuccimarra osserva peraltro come "la storia di ciò che Habermas definisce 'politische Öffentlichkeit (sfera pubblica politica)' è una vicenda saldamente inscritta nella dinamica evolutiva del *moderno Stato territoriale sovrano*". In tale contesto si situa "la pretesa universalità di questo ideale di *apertura intersoggettiva*" veicolato dalla *Öffentlichkeit*. Per una ricostruzione complessiva del

Se questo rappresenta, in estrema sintesi, il quadro di riferimento in cui il concetto di STE si colloca e trova utilizzo, prima di passare a considerare il modo in cui viene valorizzato in riferimento al processo d'integrazione europea, vorrei mettere in luce almeno due aspetti problematici che lo connotano. Il primo aspetto concerne la diagnosi habermasiana di un progressivo autonomizzarsi ed espandersi dell'elemento repubblicano rispetto a quello nazionalistico in risposta e come soluzione al crescente pluralismo sociale. Una simile ipotesi sembra essere coerente nella misura in cui il riconoscimento reciproco degli estranei avvenga, in realtà, a partire dalla condivisione di una cultura politica liberale *unitaria* (fondata, come visto, su sovranità popolare e diritti umani) sganciata quanto più possibile da altre forme particolari di identità (ammesse peraltro con la riserva della loro compatibilità con questo sfondo condiviso) e sempre più uniforme. Questo non solo sembra rendere gli estranei tutt'altro che estranei tra loro, ma ridurre la semantica del termine solidarietà a quello della "compatibilizzazione" delle identità differenti nel riconoscimento di una cultura politica comune.

Il secondo aspetto problematico concerne invece il rapporto tra la nascita di questa forma di solidarietà, lo stato nazione e l'affermarsi del diritto moderno. Risalendo in qualche modo la serie delle cause, si potrebbe dire che l'effettiva esistenza degli stati costituisca la condizione storica per l'affermarsi della STE, in quanto esso funge tanto da fattore di de-solidarizzante rispetto a vecchie forme di lealtà alle quali viene tolta dignità politica quanto da vettore di unificazione su un piano diverso e più astratto. In tal senso, verrebbe da chiedere a Habermas, in che modo la crisi dello Stato-nazione (ma anche della democrazia rappresentativa) incide su tale tipo di solidarietà, tanto più che il medium giuridico – di cui Habermas peraltro trascura troppo il carattere coercitivo – sembra sempre più essere al servizio di interessi determinati, che alla dinamica di autotrasformazione della società.

paradigma habermasiano della sfera pubblica si veda, inoltre, dello stesso autore: Scuccimarra, *La trasparenza del politico*, 2003, p. 35-59. L'ulteriore aspetto problematico che discende in larga misura dalla costitutiva iscrizione della *Öffentlichkeit* habermasiana nel contesto dello Stato è legato al carattere "monistico" (di "monismo deliberativo" parla Scuccimarra nel primo dei contributi citati in questa nota) e "omogeneo" – e, in tal senso, astratto – del pubblico dei cittadini, su cui ha insistito dapprima la critica femminista, cfr., di recente, Fraser, *Transnationalizing the Public Sphere*, 2014, p. 8-42. Si veda in merito inoltre: Fiaschi, *Pubblico e privato: oltre la grande dicotomia moderna?*, 2008, p. 53-56.

3.3- SOLIDARIETÀ TRA ESTRANEI ED IDENTITÀ EUROPEA.

Per concludere, vorrei soffermarmi ora sul modo in cui Habermas si serve del concetto di STE nella serie di interventi che, a partire dalle *Osservazioni su Dieter Grimm*⁶⁹ del 1995, ha dedicato al tema dell'integrazione europea e alla questione costituzionale. Anche in questa sede, si può notare come il concetto di STE trovi un utilizzo duplice: da un lato, esso svolge una funzione di critica, mentre dall'altro una funzione al contempo diagnostica e propositiva. Si deve tenere presente che, per Habermas, il progetto europeo non può che essere un progetto democratico e in questa direzione si muovono tutti i suoi contributi fino alla recentissima produzione incentrata esplicitamente su come pensare alla transnazionalizzazione della democrazia.

Sulla scorta delle analisi su cui ci siamo soffermati nel paragrafo precedente, non dovrebbe sorprendere il fatto che Habermas si serva di questo concetto innanzitutto, come visto, per confutare le posizioni dei sostenitori della cosiddetta *no demos thesis* – un argomento refrattario che bisogna superare perché causa di barriere concettuali assolutamente improduttive per pensare l'Europa, ma che evidentemente Habermas ritiene di difficile rimozione se si pensa con quale frequenza viene ripreso.

Di contro ai sostenitori della no-demos tesi, come anticipato Habermas si limita pertanto a riproporre sinteticamente la serie di punti, già visti, relativi alla genesi della nazione, al suo carattere artificiale e al rapporto che modernamente la lega alla democrazia. A tal proposito, Habermas precisa:

“Io vedo ‘l'esprit’ del repubblicanesimo nel fatto che le forme e le procedure dello stato costituzionale forgiato, con la loro modalità democratica di legittimazione, un nuovo livello di coesione sociale. La cittadinanza democratica fonda una solidarietà tra estranei relativamente astratta e comunque giuridicamente mediata. Si tratta di una forma d'integrazione realizzatasi come *contesto di comunicazione* coinvolgente in sé la socializzazione politica. [...] L'identità collettiva non è mai *indipendente dal processo democratico*, né può esistere “prima” di questo stesso processo. Quel che lega assieme una “nazione di cittadini” [...], è il contesto intersoggettivamente condiviso di un'intesa possibile”.⁷⁰

⁶⁹ Cfr. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, 1998, p. 167-173.

⁷⁰ *Ivi*, p. 170-171.

A questo punto, la preoccupazione di Habermas diventa quella di individuare i requisiti funzionali necessari per una formazione identitaria di questo tipo capace di creare quel contesto di comunicazione a sostegno delle procedure democratiche e, in particolare: 1) una società civile europea; 2) una sfera pubblica di dimensioni europee scaturente dalla vicendevole apertura delle sfere pubbliche nazionali; 3) una cultura politica che possa essere condivisa da tutti i cittadini dell'Unione e reperibile dalle tradizioni costituzionali e democratiche dei singoli stati. La costituzione europea è così capace di generare un effetto inducente e ad essa viene attribuito un potenziale catalizzatore analogo a quello avuto in passato proprio dalla nazione. In che senso ciò non rischi di ridursi ad una mera replica degli elementi propri degli stati-nazione e, dunque, non generi aporie simili a quelle che interrogativamente evidenziavo in precedenza, è aspetto difficile da dirimere sulla base dei testi habermasiani.

Sebbene permanga aperto il problema di come realizzare i requisiti funzionali necessari alla formazione della volontà democratica – un aspetto sul quale Habermas, mi pare di poter dire, non ha mai proposto una riflessione specifica – l'assenza di un demos non rappresenta un'obiezione dirimente capace di destituire di senso la proposta di una costituzione europea, oltre ad essere foriero di una falsa analogia che, se superata, consente di dare un'indicazione in positivo. Emerge qui quella che avevo chiamato funzione diagnostica e propositiva rivestita dal concetto di STE. Scrive infatti Habermas in un saggio del 2001 intitolato *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*⁷¹, ribadendo un punto già esplicitato in *La costellazione postnazionale e il futuro della democrazia*⁷²:

“[La] genesi degli stati nazionali europei ci mostra come alle nuove forme dell'identità nazionale inerisca quel carattere di *artificialità* che si è costituito nell'ambito di presupposti storici assai particolari e durante un lungo processo durato per tutto l'Ottocento. Tale formazione identitaria è dovuta a un doloroso processo di astrazione, il quale ha finito per trasferire le vecchie lealtà locali e dinastiche nella nuova consapevolezza, da parte dei cittadini democratici, di far parte di una stessa nazione. Se questa ricostruzione è corretta, allora non esiste motivo per ritenere che il processo generativo di

⁷¹ Cfr. Habermas, *Tempo di passaggi*, 2004, p. 57-80.

⁷² Cfr. Id., *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 29-101 e, in particolare, 85-89.

una solidarietà civica di questo tipo debba arrestarsi una volta che siano raggiunti i confini dello stato nazionale”.⁷³

Nell’*Abstraktiosschub* che ha generato e costantemente ri-genera la solidarietà tra estranei è contenuta non solo la possibilità, ma prima ancora la necessità logica di un superamento della nazione. La forma di tale superamento è intesa nei termini dell’allargamento e prosecuzione di un processo d’apprendimento già operante nei singoli Stati nazione, ma è da chiedersi se l’effetto neutralizzante su di un tipo di lealtà come quella nazionale, che ha essa stessa, in virtù della ricostruzione habermasiana, la sua matrice originaria nei diritti dell’uomo e nella sovranità popolare, sia del tutto coerente o non manifesti piuttosto un’aporia costitutiva che sembra caratterizzare il concetto di STE: è di per sé giustificabile solo *normativamente* un simile processo astrattivo? D’altro canto, andando sempre in questa direzione, diventa inoltre estremamente problematico fornire ragioni normative per giustificare una nuova chiusura di tale solidarietà sul piano europeo. Da questo punto di vista, solo ragioni contingenti, benché non arbitrarie, sono in grado di spiegare perché il salto astrattivo si debba arrestare di nuovo. È in questo modo che mi pare vada letta e interpretata la collocazione del discorso habermasiano sull’Europa nel contesto di una riflessione su globalizzazione e costellazione postnazionale.

Non diversamente da quanto è riscontrabile laddove Habermas ha elaborato positivamente la sua concezione procedurale di sovranità popolare, è presente anche qui la significativa messa da parte della concettualità tipicamente rivoluzionaria, risalente a Sieyès, incentrata sulla contrapposizione dialettica tra potere costituente e potere costituito. Ad essa subentra, come è stato giustamente notato, “una nuova intelaiatura categoriale centrata sul binomio *società civile-sfera pubblica*” che, come abbiamo cercato di mostrare, riconfigura complessivamente il rapporto costituzione-popolo, desostanzializza integralmente quest’ultimo e lo sgancia da ogni riferimento privilegiato allo Stato nazionale.⁷⁴

Tuttavia, nella misura in cui, come detto, il modello di cittadinanza democratica teorizzato da Habermas non è una modalità radicalmente altra di intendere l’identità nazionale, bensì vuole fornirne anzitutto una comprensione normativa adeguata facendo leva sui concetti di sovranità popolare e diritti umani, non sono poche le difficoltà teoriche

⁷³ Habermas, *Tempo di passaggi*, 2004, p. 70.

⁷⁴ Cfr. Scuccimarra, *Alla ricerca del popolo europeo*, 2012, p. 178.

a cui rischia di andare incontro un simile approccio.⁷⁵ Se appare plausibile l'idea che una concezione dell'identità nazionale come comunità dell'origine o di destino, dotata di un nucleo di principi e rappresentazioni valoriali, possa difficilmente avere una qualche utilità nel contesto della costellazione postnazionale, l'idea di una comunità basata su una procedura legittima, poiché consensualmente accettata, di produzione e applicazione giuridica di per sé non elimina una serie di altre contro-questioni. Ciò che attraverso l'idea di un'estensione o di un ampliamento della forma di solidarietà tra estranei risulta estremamente difficile da spiegare è come sia pensabile e quale rilevanza conservi quel carattere costitutivamente plurale proprio dell'identità europea, posto in evidenza dallo stesso Habermas. Tali interrogativi si impongono specie se si riconosce che tale pluralità sia irriducibile e sia dotata di significato politico. Questo mi pare emerga chiaramente da un passaggio come il seguente, preceduto proprio dall'indicazione delle idee di sovranità popolare e diritti umani come cardini delle esperienze emancipatrici della modernità:

“A partire dall'epoca delle Rivoluzioni francese e americana, ogni rinnovata ‘chiusura’ delle comunità politiche risulta pregiudizialmente vincolata all'universalismo egualitario poggiante sull'intuizione di una ‘inclusione dell'altro’ giuridicamente equiparata. È quanto dimostrano oggi le due sfide del ‘multiculturalismo’ e della ‘individualizzazione’. Entrambe ci costringono a denunciare la simbiosi che si era creata tra lo Stato costituzionale, da un lato, e la nazione come ‘comunità dell'origine’, dall'altro. Per rigenerarsi su un piano più astratto, la solidarietà civica deve ora presentarsi come un universalismo sensibile alle differenze.”⁷⁶

Mi pare che l'implicito di tale passaggio sia che la “solidarietà civica” a cui si allude nel finale possa assumere – e abbia assunto nell'esperienza degli Stati nazionali – anche la forma di un universalismo che potremmo definire livellante, ovvero insensibile alle differenze. Si tratta di un puro accidente? In che senso l'inclusione dell'altro giuridicamente equiparata permetta effettivamente di valorizzare la differenza dell'altro è aspetto non immediatamente evidente. Anzi, per le sue caratteristiche strutturali, il “contesto intersoggettivamente condiviso di un'intesa possibile”⁷⁷ come ciò che unisce i cittadini *uti singuli* non appare idoneo a intendere la pluralità produttivamente (a patto di

⁷⁵ Mi limito qui ad enucleare alcune difficoltà che derivano dall'approccio habermasiano in virtù degli stessi presupposti che stanno alla base del suo ragionamento.

⁷⁶ Habermas, *La costellazione postnazionale*, p. 64.

⁷⁷ Cfr. nota 70 del presente capitolo.

non ridurla a pluralità d'opinione). Esso, infatti, si radica pur sempre in una cultura politica liberale indifferentemente condivisa da tutti ed è funzionale alla formazione di una volontà politica unica/unitaria in vista di politiche redistributive. In altri termini, come tale contesto europeo possa in ogni caso sussistere di per sé rapportandosi ai molteplici altri contesti nazionali e come possa differenziarsi in quanto tale da essi essendo radicato nei medesimi principi normativi sono questioni che Habermas, perlomeno fino allo scritto sulla crisi e la “costituzione” dell'Europa del 2011 – e anche qui in modo limitato –, non pone a tema direttamente e lascia per così dire in sospenso.

Se sono trasformazioni e processi congiunturali che motivano e sostengono la riflessione e le tesi di Habermas sull'Europa, la griglia interpretativa da lui utilizzata, in gran parte calcata sull'esperienza degli stati nazionali, sembra richiedere una revisione molto più sostanziale di quanto egli faccia.

Un ultimo interrogativo che si può porre partendo dalla frase ipotetica a chiosa della citazione precedente è se sia sufficiente insistere sulla prosecuzione o estensione di una STE senza prendere in considerazione la questione se altre forme di solidarietà siano possibili e capaci di offrire risposte rispetto ad una costellazione mutata. Una valorizzazione politica della differenza dell'altro giocata non più nel senso della compatibilizzazione di identità diverse a partire da una cultura politico-giuridica comune, ma della produttività delle differenze e del riconoscimento delle autonomie attraverso l'uso di forme giuridiche pattizie (non statalistiche), non consentirebbe di dare un senso diverso alla STE, non per questo meno legittima alla luce della costellazione attuale?

4- TRANSNAZIONALIZZAZIONE DELLA DEMOCRAZIA E “COSTITUZIONE” DELL'EUROPA.

4.1- L'EUROPA OLTRE LO STATO.

Nella parte restante del presente capitolo mi propongo di attraversare criticamente i contributi habermasiani sull'Europa inaugurati dallo scritto *La crisi dell'Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Saggio sulla costituzione dell'Europa* che si caratterizzano per il tentativo di coniugare l'idea di una

transnazionalizzazione della democrazia con quella di un federalismo sovranazionale destatalizzato. Dopo avere chiarito in che senso questo scritto marchi una discontinuità rispetto alla riflessione habermasiana precedente, vorrei presentare analiticamente i termini in cui si declina la proposta habermasiana – gli intrecci più o meno polemici con altre posizioni rilevanti nel dibattito sull’Europa – rivolgendo attenzione particolare al tipo di approccio adottato e agli “innovativi” concetti di sovranità (con-)divisa e *pouvoir constituant mixte* introdotti in questa sede. Vorrei quindi soffermarmi su alcune critiche che sono emerse in reazione all’influente elaborazione teorica habermasiana che ne minano i presupposti dall’esterno, prima di mostrare alcune aporie e difficoltà che appaiono connotarla intrinsecamente a partire dalla considerazione delle sue stesse premesse e delle (in)conseguenze.

È sufficiente procedere mediante il confronto con quanto già precedentemente visto a proposito dell’uso problematico dello Stato federale come modello di orientamento per l’Unione Europea – per determinare, in particolare, la *finalité* dell’integrazione europea – con alcuni passaggi della prefazione a *Questa Europa è in crisi*, per cogliere come uno degli elementi di grande novità nell’impostazione più recente della questione costituzionale europea e nel tentativo di elaborazione concettuale sia rappresentato dal rigetto esplicito, da parte di Habermas, della forma politica statale per pensare l’Europa.⁷⁸ Dopo aver per lungo tempo mantenuto immutato il riferimento allo Stato nella sua visione federalista, Habermas scrive invece ora in via programmatica:

“la giustificata opposizione al difficoltoso percorso verso il federalismo esecutivo di stampo burocratico si impantana nell’alternativa priva di prospettive fra lo Stato nazionale e lo Stato federale europeo. Né è meglio un federalismo vago che neghi in modo indistinto questa falsa alternativa. Con il mio saggio sulla ‘costituzione’ – e cioè sulla situazione attuale e la Costituzione politica – dell’Europa vorrei mostrare [...] che l’Unione Europea del Trattato di Lisbona non è troppo lontana dalla forma di una democrazia transnazionale, come ritengono molti dei suoi critici. [...] Per una

⁷⁸ Cfr. Patberg, *Introduction: The EU's Pouvoir Constituant Mixte*, 2017, p. 2; Patberg osserva anche però come “*Habermas’s change of heart is less profound than it is sometimes portrayed*”. Se questo può dirsi in relazione alla questione della legittimazione democratica, non mi pare valga per l’abbandono della forma statale.

simile democrazia transnazionale, peraltro, quello della Costituzione dello Stato federale è un modello sbagliato”.⁷⁹

L’indicazione non potrebbe essere più netta e rappresenta il punto d’aggancio della riflessione che ritorna in tutti i contributi habermasiani sull’Europa degli ultimi cinque anni: l’esigenza è quella di pensare un federalismo democratico senza Stato, che rompa il *continuum* tra Stato federale e Federazione di Stati. Per riferirsi all’Europa, Habermas si serve di espressioni come “comunità sovrastatale”, ovvero “comunità federativa destatalizzata” (*ein überstaatliches Gemeinwesen*, ovvero *ein entstaatlichtes föderatives Gemeinwesen*).⁸⁰ Ma a proposito della forma in cui si concretizza la transnazionalizzazione della sovranità del popolo, egli allude anche a una “federazione democratica di Stati nazionali” (“*demokratischer Bund von Nationalstaaten*”).⁸¹ D’ora in avanti si tratterà di pensare federalisticamente e democraticamente l’Europa oltre la forma statale.

Che non si tratti di una svolta improvvisa, ma possa essere vista in certa misura come l’esito di uno sforzo di autoproblematizzazione categoriale, lo si può evincere confrontando alcuni passi dei contributi habermasiani che possono valere come momenti preliminari, di preparazione al tentativo compiuto recentemente. Nella replica a Grimm del 1995, Habermas diceva di essere in disaccordo in particolare con le conclusioni politiche del giurista tedesco. Sebbene l’argomentazione si concentrasse in quella sede sulla tesi alla base dell’euroscetticismo costituzionale secondo la quale l’inesistenza di fatto di “un popolo europeo sufficientemente omogeneo” sarebbe alla base dell’impossibilità di una costituzione europea (il cosiddetto “argomento empirico”), si deve tenere presente che la confutazione di essa da parte di Habermas si riverbera su un altro aspetto a cui perveniva l’analisi del giurista tedesco. Grimm insisteva, infatti, sul fatto che la trasformazione in Stato dell’UE – conseguente dall’adozione di una costituzione – non avrebbe contribuito a superare il deficit democratico, ma, al contrario,

⁷⁹ Habermas, *Questa europa è in crisi*, 2012, p. IX. Aspetto ribadito con vigore nel saggio sulla crisi e la costituzione: “Noi saremo ingarbugliati nei prossimi passi politico-costituzionali, sinché ci muoveremo nello spettro concettuale oscillante fra confederazione di Stati e Stato federale o ci accontenteremo di respingere in maniera vaga questa alternativa”. Cfr. Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 51.

⁸⁰ Cfr. Id., *Questa europa è in crisi*, 2012, p. IX e 65, rispettivamente (per l’originale tedesco, cfr. Id., *Zur Verfassung Europas*, 2011, p. 9 e 68). Oltre la necessità di superare la distinzione tra confederazione di stati e Stato federale, Habermas ha sostenuto la possibilità di far corrispondere tale superamento ad una transnazionalizzazione della democrazia, cfr. *ivi*, p. 51 (p. 55).

⁸¹ Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 42 (per l’originale tedesco, cfr. Id., *Zur Verfassung Europas*, 2011, p. 47).

non avrebbe fatto che accrescerlo.⁸² La confutazione habermasiana in quell'occasione, dunque, riabilitava anche l'opportunità di un approccio statalistico. In conclusione alla replica, Habermas non a caso allora, subito dopo aver sottolineato come "l'identità europea non può comunque significare nient'altro che un'unità nella pluralità delle nazioni",⁸³ conclude con la seguente indicazione: "forse il federalismo tedesco, così com'esso si è sviluppato dopo l'abbattimento della Prussia e il riequilibrio delle confessioni religiose, potrebbe anche non essere il modello peggiore".⁸⁴ Se qui dunque, per quanto in via ipotetica, lo Stato federale rappresenta un modello di riferimento, le considerazioni fatte a pochi anni di distanza sullo stesso tema appaiono più caute a riguardo.

Nello scritto *La costellazione postnazionale e il futuro della democrazia*, Habermas osserva infatti come "il modello costituzionale di uno Stato federale, qual è ad esempio la *Bundesrepublik* tedesca, non è immediatamente trasferibile a uno Stato (federalisticamente costituito) di nazionalità che abbia le dimensioni dell'Unione Europea. Non sarebbe possibile, e nemmeno desiderabile, livellare le identità nazionali degli Stati membri fondendole insieme in una 'nazione Europa'".⁸⁵

Certamente, come si evince dal passo, non viene meno il riferimento al modello dello Stato federale – il problema è visto consistere nella "non immediata trasferibilità", non nella "possibilità stessa di una trasferibilità" –, ma è ben presente implicitamente la questione della difficile conciliabilità tra la cifra unitaria propria della statalità nazionale e l'irriducibile pluralità costitutiva propria dell'Europa (declinata in termini di pluralità delle identità politiche nazionali che rischierebbero di venire neutralizzate in una "nazione europea"). Ciò che appare problematico, dunque, non è lo Stato federale in sé in quanto forma politico-giuridica, bensì l'elemento nazionale che storicamente è venuto connotandolo e che non appare appropriato sia per il suo tipico risvolto unitario sia per il carattere sostanzialistico che si è teso ad attribuirgli. A ulteriore riprova della

⁸² Al contrario, secondo il giurista tedesco "si tratta di conservare l'Unione Europea nella sua particolarità come istituzione sovranazionale e di svilupparla in conformità a questa particolarità, non invece di copiare modelli improntati allo Stato nazionale", cfr. Grimm, *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 364-365. Habermas sottolineava tale aspetto presentando le "conclusioni politiche" del discorso di Grimm: "Lungi dal compensare il lamentato deficit democratico, ogni approccio meramente statalistico non farebbe altro che allargare il problema", Habermas, *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 370.

⁸³ Habermas, *Una costituzione per l'Europa?*, 1996, p. 375.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Id.*, *La costellazione postnazionale*, 1999, p. 83-84.

problematicità dell'elemento nazionale così inteso, in un testo dello stesso anno, nel quale si insiste sul fatto che l'implementazione di standard ambientali e sociali a livello europeo sarebbe resa possibile dalla trasformazione degli Stati sovrani in membri di una comunità dotata di competenze legislative democratiche, Habermas parla ugualmente di “*eine aus verschiedenen Nationalstaaten zusammenwachsende Union, die selber staatlichen Charakter gewinnt*”, ovvero, letteralmente, di “un'Unione che cresce da differenti Stati nazionali, la quale ottiene essa stessa carattere statale”.⁸⁶

Come giustamente notato da Justine Lacroix, nonostante la dichiarazione d'intenti, resta comunque difficile comprendere in questa fase “come uno Stato europeo si differenzierebbe fundamentalmente da uno Stato federale convenzionale”.⁸⁷ Al di là della necessità di espungere l'elemento nazionale attraverso una riflessione centrata sul tema dell'identità che la liberi dai connotati sostanzialistici e la reinterpreti in chiave discorsivo-comunicativo, infatti, la riflessione habermasiana non fornisce ulteriori precisazioni, non si spinge cioè in direzione di una di nuove categorie, benché tale esigenza emerga da un punto di vista immanente alla proposta. Se, inoltre, la confutazione delle concezioni concretistiche o sostanzialistiche del popolo non procede attraverso la mera contrapposizione di un'idea più plausibile di popolo, ma è intesa come la decifrazione della principale caratteristica e dell'effettiva struttura delle nazioni moderne medesime, è lecito domandarsi in che senso lo Stato federale europeo alla fin fine si connoterebbe diversamente da un tradizionale Stato nazionale una volta che su di esso risulta trasponibile questo concetto di popolo.

La modalità in cui Habermas è favorevole a interpretare gli sviluppi del processo di integrazione e in cui declina il tema della finalità fin qui è in ogni caso quella che ravvisa in esso un processo che è lecito definire di *state-building*, il quale tuttavia devia rispetto alla traiettoria che lo porterebbe a culminare nella formazione di uno Stato nazionale unitario e fortemente accentrato, in cui cioè la sovranità sarebbe divisa tra l'Unione e gli Stati membri.⁸⁸ Mentre l'unica alternativa più debole, ma considerata plausibile sembra

⁸⁶ Cfr. Habermas, *Jenseits des Nationalstaats?*, 1998, p. 74.

⁸⁷ Lacroix, *Does Europe Need Common Values?*, 2009, p. 145.

⁸⁸ Ancora in uno scritto del 2001 Habermas allude esplicitamente a “un processo di *state-building* a livello europeo, che tuttavia non dovrebbe più orientarsi al vecchio modello dello Stato nazionale” (Habermas, *Tempo di passaggi*, 2004, p. 69) fornendo un'indicazione più determinata rispetto a quella con cui chiudeva la sua replica a Dieter Grimm nel 1995.

essere quella di un'“organizzazione sovranazionale concordata tra le nazioni”.⁸⁹ L'emergere di un'ulteriore elemento di complicazione nella riflessione, che sembra far vacillare tale quadro interpretativo e preparare il terreno per la proposta avanzata nel saggio sulla crisi e la “costituzione”, mi pare si possa intravedere in uno scritto risalente al 2008,⁹⁰ laddove Habermas (che in questa sede veste dichiaratamente i panni dell'intellettuale impegnato a prendere posizione nel dibattito pubblico) pronunciandosi a favore di una politica dell'integrazione graduale, si confronta con le tesi degli integrazionisti e degli euroscettici. In questa fase che, è bene tenerlo presente, è successiva alla mancata ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa a seguito del voto sfavorevole in Francia e Paesi Bassi, Habermas, riflettendo a proposito del tema della finalità dell'integrazione che dal quel Trattato sarebbe dovuta scaturire, osserva:

“naturalmente le concezioni dei due partiti [degli integrazionisti e degli euroscettici] non possono essere banalizzate. Uno Stato nazionale di assetto federale come la Germania non può costituire un modello per una Unione di ventisette, presto ventotto e più Stati nazionali, tutti parimenti consapevoli della loro lingua e della loro storia. Gli integrazionisti non hanno per obiettivo uno Stato federale, ma istituzioni e procedure che rendano possibile una comune politica estera di sicurezza internazionale su fondamenta democratiche, oltre a una graduale armonizzazione delle politiche fiscali ed economiche e un allineamento delle politiche sociali”.⁹¹

⁸⁹ Si consideri, per esempio, il seguente passo: “La lunga durata di un simile processo [di istituzionalizzazione del diritto internazionale], in cui la guida politica si congiunge alla crescita sistemica, rende ovvio parlare di fasi, se non di gradi di costituzionalizzazione. L'esempio migliore è l'unificazione europea, che progredisce malgrado il suo avvantaggiamento normativo abbia lasciato fino ad oggi senza risposta la questione della *finalité* – vale a dire la questione se l'Unione Europea si evolverà in uno Stato di nazionalità federalisticamente strutturato, con forti differenziazioni interne, oppure se continuerà a permanere, senza assumere qualità statale, al livello d'integrazione di un'organizzazione sovranazionale concordata tra le nazioni”, Habermas, *Tempo di passaggi*, 2004, p. 220.

⁹⁰ In realtà si tratta più precisamente del testo alla base di un discorso pronunciato in occasione di un dibattito pubblico alla presenza del ministro degli esteri Frank-Walter Steinmeier il 23 novembre del 2007. Cfr. Id., *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, 2011, p. 21.

⁹¹ *Ivi*, p. 25. È del resto opportuno ricordare come già nel noto discorso *Von Staatenverbund zur Föderation* del 2000 alla Humboldt-Universität di Berlino, l'allora ministro degli esteri Joschka Fischer pur insistendo sulla necessità di uno sviluppo federale dell'Unione, avesse definito l'eventualità di uno Stato federale europeo come “*ein synthetisches Konstrukt jenseits der gewachsenen europäischen Realitäten*”, Fischer, 2000. L'idea che il processo costituente dovesse dare luogo ad una forma politica nuova era dunque già presente. Assai meno netta, lo ribadiamo, è all'epoca la posizione habermasiana.

Le conseguenze di queste considerazioni non diventano oggetto di un approfondimento (e di una vera e propria riflessione costituzionale) in questa sede. Tuttavia, Habermas non solo non sembra ritenere più appropriato il modello federale tedesco in considerazione del numero e del tipo particolare delle entità federate, ma sottolinea come la proposta degli “integrazionisti” – con i quali la sua posizione è più prossima – punti a qualcosa di diverso dallo Stato federale che, in termini più generici, si può indicare con “istituzioni e procedure” dotate di una certa finalità relativamente alla politica estera, fiscale, economica e sociale. Come anticipato, il luogo in cui Habermas sposterà definitivamente il focus teorico è rappresentato dal saggio sulla crisi e la “costituzione” dell’Europa, dove si tratta di pensare qualcosa come una “comunità sovrastatale”, ovvero una “comunità federativa destatalizzata” (*ein überstaatliches Gemeinwesen*, ovvero *ein entstaatlichtes föderatives Gemeinwesen*) – che deve superare la dicotomia Stato federale/Federazione di Stati. Negli studi più recenti di teoria democratica relativi allo sviluppo costituzionale dell’Europa a cui quest’ultimo dà avvio, è singolarmente riscontrabile, il recupero di una concettualità giuridica tradizionale, con prestiti significativi della vecchia dottrina dello Stato federale – per quanto l’intento sia quello di un suo superamento che passi attraverso la dimostrazione della sua inadeguatezza.⁹²

Questo non significa un abbandono della concezione procedurale della democrazia su cui la riflessione precedente si era imperniata. Il recupero e l’elaborazione di concettualità differente tuttavia sta a fondamento dello sforzo di mostrare, contro un rafforzamento non democratico della cooperazione intergovernamentale, come sia possibile una democrazia transnazionale senza la priorità gerarchica del piano federale rispetto a quello nazionale. È indubbiamente su questo elemento di discontinuità e di “progettualità” rappresentato dall’esigenza di pensare una forma politica non statale che, mi pare, vada posta particolare attenzione nelle analisi e nelle considerazioni della parte che segue. Come si declina il tentativo habermasiano di pensare una comunità federale

⁹² Cfr., in particolare, Habermas, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit*, 2014, p. 167-192.

sovranazionale e destatalizzata? Mediante quali categorie e mediante quale assetto costituzionale è possibile pensare questo federalismo non statale?

4.2- DALLE TEORIE DEL *BUND*, OLTRE LE TEORIE *DEMOI-CRATICHE*.

Per tentare di chiarire i termini della proposta habermasiana può risultare utile partire mettendo in risalto alcuni punti di contatto e alcune differenze che la connotano nei riguardi di altre proposte teoriche presenti nel dibattito sull'Europa nel contesto sia delle discipline giuridiche sia delle scienze giuridiche. Il superamento della dicotomia Stato federale e confederazione di Stati per pensare qualcosa come una “comunità federativa destatalizzata” non rappresenta infatti affatto una novità di per sé.⁹³ Habermas si dimostra sensibile in modo particolare nei confronti di quei tentativi di pensare federalisticamente l'Europa – e, più in generale, i complessi ordinamenti politico-giuridici sovrastatali – che hanno guardato con interesse e teso al recupero della *Verfassungslehre des Bundes* schmittiana⁹⁴ – su cui si incentrerà la parte conclusiva della tesi. Sebbene quest'ultime intendano la federazione come una forma costituzionale autonoma ovvero come un ordinamento sovrastatale duraturo/permanente, la cui caratteristica principale è quella di porsi alla base di un'unità politica complessa (“*a political union of political unions*”)⁹⁵ in cui la relazione tra i piani che la costituiscono è di tipo eterarchico – e, in tal modo, colgano descrittivamente il tratto innovativo e “non

⁹³ Si confronti utilmente la parte del presente lavoro dedicata alla teoria del costituzionalismo multilivello di Ingolf Pernice (Cap. III).

⁹⁴ Per quel che concerne Schmitt, il rimando è ai paragrafi 29 e 30 della *Dottrina della costituzione* (1928); cfr. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 473-511. Il rifiuto della classica dicotomia dottrinale di Stato federale e confederazione di Stati scaturisce dalla definizione del *Bund* come un'associazione permanente volta al comune fine dell'autoconservazione politica di tutti i membri, e fondata sul libero accordo di questi. Per la recezione e il tentativo di mostrare la rilevanza di questa parte conclusiva dell'opera schmittiana solitamente poco considerata in relazione al dibattito sulla finalità e la conformazione politico-giuridica dell'Unione, nel dibattito tedesco è fondamentale il saggio di Christoph Schönberger *Die europäische Union als Bund* (cfr. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 81-120) – citato del resto dallo stesso Habermas, cfr. Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 63. Ma almeno altrettanto influenti a tal proposito sono i lavori di Olivier Beaud: cfr., in particolare, Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 45-66; e Id., *Théorie de la fédération*, 2007. Per una trattazione più sintetica delle due posizioni, si considerino anche i due saggi di questi autori in: Franzius, Mayer, & Neyer, *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, p. 87-101. Per un approfondimento del contributo di questi autori si veda il capitolo IV del presente lavoro.

⁹⁵ Cfr. Niesen, *The 'Mixed' Constituent Legitimacy of the European Federation*, 2017, p. 183.

statale” dell’Unione –,⁹⁶ Habermas ritiene che, in virtù di un’ipoteca schmittiana, tali approcci non facciano adeguatamente i conti con la questione della legittimazione di un’entità di questo tipo.⁹⁷ Già Hauke Brunkhorst, autore molto vicino ad Habermas, aveva ricondotto le difficoltà del recupero della idea schmittiana di *Bund* all’impossibilità di sollevare sensatamente al suo interno la questione della legittimazione. Il limite della teoria schmittiana del *Bund* è ravvisata nella assenza costitutiva di un riferimento alla dimensione legittimante assunta dai cittadini e dalla dipendenza da un concetto jellinekiano di Stato che nel complesso precluderebbe l’accesso alla doppia fonte di legittimazione della nuova formazione evolutiva di organizzazione sopranazionale.⁹⁸ Se l’Unione non può essere ridotta a una mera comunità federale fatta di Stati, la plausibilità e tenuta delle concezioni che hanno inteso riabilitare il concetto schmittiano di *Bund* può, secondo Habermas, derivare solo dal dimostrarsi compatibili con una transnazionalizzazione della democrazia, senza la quale il progetto politico europeo non starebbe in piedi.⁹⁹ Nell’intreccio tra il tentativo di pensare una forma politica non statale con il tema della transnazionalizzazione della democrazia va dunque ravvisato lo specifico contributo habermasiano a questo dibattito sul federalismo europeo.¹⁰⁰

⁹⁶ Accanto alla relazione eterarchica tra ordinamenti (ovvero, in altre parole, all’assenza della cosiddetta competenza all’ultima istanza – *Kompetenz-Kompetenz*), va ricordato tuttavia un ulteriore elemento connotante una comunità federale che non ha carattere di Stato, come l’Unione, valorizzato da Habermas: l’assenza a livello dell’Unione del monopolio della violenza legittima. Cfr. Habermas, *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 55; ma anche Id., *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 12.

⁹⁷ Cfr. Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 63: “Il ricorso consueto in questo contesto, alla *Verfassungslehre des Bundes* di Carl Schmitt evita la questione della legittimazione della Federazione. Infatti Schmitt dissolve la questione normativa di chi regga il potere costituente ‘del popolo’; diversamente da Madison egli ha dinanzi agli occhi le forme predemocratiche di federazione e si limita ai processi politici di decisione all’interno della federazione costituita”.

⁹⁸ Cfr. Brunkhorst, *A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution*, 2004, p. 104.

⁹⁹ È da notare come, nel suo tentativo di riabilitare la dottrina della federazione schmittiana, Olivier Beaud ravvisi un limite fondamentale nel fatto che essa “*beruht auf politischen und verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, die eine Deutung demokratischer Erfahrungen erschwert, ja sogar unmöglich macht*”, Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 51.

¹⁰⁰ Si tenga presente che con “transnazionalizzazione” in questa sede Habermas allude “al processo per creare una democrazia soprannazionale, dunque soprastatale”, Habermas, *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 12. È utile ricordare come nel breve poscritto al saggio intitolato *La democrazia ha anche una dimensione epistemica? Ricerca empirica e teoria normativa*, Habermas avesse parlato di “transnazionalizzazione” per fornire un’indicazione circa le possibilità “trasformative” delle sfere pubbliche con riferimento in particolare al caso dell’Unione Europea: “la soluzione non sta nella sovrastruttura di una sfera pubblica sovranazionale, ma nella *transnazionalizzazione* delle sfere pubbliche nazionali esistenti. Queste, senza dover modificare profondamente le infrastrutture in vigore, possono aprirsi l’una all’altra. I confini delle sfere pubbliche nazionali diverrebbero in tal modo i portali di vicendevoli traduzioni”, Id., *Il ruolo dell’intellettuale e la causa dell’Europa*, 2011, p. 106-107. “Transnazionalizzazione” ha qui il senso anche del movimento di apertura vicendevole e di interazione, non semplicemente di creazione di una nuova sfera pubblica. Questo aspetto, mi pare, vada tenuto ben

Al di là del deficit teorico legato al tema della legittimazione democratica che Habermas riscontra nelle teorie giuridiche della federazione, le ragioni dell'urgenza di una transnazionalizzazione della democrazia a livello pratico vanno ricondotte in definitiva ancora una volta al quadro problematico della “costellazione postnazionale” e alle sfide che con essa si impongono.¹⁰¹ Questo argomento tuttavia deve confrontarsi con una serie di obiezioni e problematiche collegate a questioni di ordine normativo: la prima di esse concerne l'opinione secondo cui una transnazionalizzazione comporterebbe necessariamente un “abbassamento del livello di legittimazione”¹⁰²; mentre la seconda di esse concerne una sorta di risvolto “kantiano” della crisi degli Stati nazionali porta con sé: questi ultimi sono innanzitutto Stati democratici costituzionali, ovvero figure storiche in cui ha trovato realizzazione l'idea di autodeterminazione democratica, che richiedono di essere conservati.¹⁰³ Ambo le problematiche hanno a che vedere con alcuni dei punti centrali (e più critici) della Sentenza della Corte Costituzionale Federale tedesca sul Trattato di Lisbona, dove, da un lato, la trasformazione dell'Unione in Stato federale è posto come limite della partecipazione della Germania all'integrazione europea; dall'altro lato, viene rivendicata l'equazione democrazia uguale Stato (federale) da un punto dogmatico dottrinale, nel senso che solo una configurazione analoga a quella statale potrebbe eventualmente rispondere pienamente ai criteri di legittimità democratica.¹⁰⁴

presente anche rispetto alla possibilità di creare una democrazia transnazionale nei termini “costituzionali” in cui viene ora declinata da Habermas.

¹⁰¹ Il che non toglie che le priorità dell'agenda politica, per così dire rimangano le medesime; in ogni caso, gli Stati *de facto* non sono più in grado di rispondere alle sfide dell'economia e della finanza (ma non solo) nel loro sovrano isolamento – sono Stati a sovranità parziale –, ma neanche attraverso forme di cooperazione internazionale tradizionali. A riscontro di tale rilievo si tenga presente il seguente passo: “Questo percorso verso una transnazionalizzazione della democrazia si impone oggi più che mai, dal momento che le democrazie nazionali stanno sprofondando sempre di più nella voragine dei problemi che nascono dalla sproporzione tra una società mondiale che cresce a livello sistemico e la ancora immutata frammentazione del mondo degli Stati”, Habermas, *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea*, 2015, p. 27. Ma si vedano anche: Id., *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 43 e Id., *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 12-14.

¹⁰² Id., *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 44.

¹⁰³ L'ulteriore *ratio* che mi pare giustifichi il ricorso alle concezioni del *Bund* va ravvisata nell'idea che la pluralità degli Stati non è neutralizzabile per ragioni anzitutto normative, dunque. Una neutralizzazione che avrebbe luogo se la forma politica dell'Europa fosse/divenisse quella statale-federale. Una sfiducia nei confronti di un progetto europeo finalizzato alla creazione di uno Stato non è l'effetto di un nazionalismo xenofobo o dell'emergere di populismi, ma dell'attaccamento che i cittadini avrebbero nei confronti delle conquiste di giustizia e libertà dei loro Stati.

¹⁰⁴ Parole durissime erano state spese da Habermas a proposito della concezione della sovranità propugnata dal *Bundesverfassungsgericht*: “Un sintomo politico di una decrescente disposizione ad apprendere sono le sentenze sui Trattati di Maastricht e di Lisbona emesse dalla Corte Costituzionale Federale, le quali si aggrappano a concezioni della sovranità vetuste, improntate a dogmatismo giuridico”, Id., *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, 2011, p. 52.

Non è un caso, dunque, che Habermas, dopo aver insistito sull'effetto razionalizzante e civilizzante il potere politico che consegue da una sua sanzione democratica, si preoccupi di dimostrare in via preliminare la possibilità di disaccoppiare tra loro sovranità popolare e sovranità statale attraverso una critica della “reificazione della sovranità popolare”.¹⁰⁵ Il che significa assumere che la democrazia rappresentativa sia una forma dello Stato nazione (non dei trattati internazionali), senza che questo implichi un legame sostanziale, concettualmente necessario. Sebbene tale disaccoppiamento non determini affatto un significato diminuito della sovranità popolare, la domanda che sembra rimanere aperta è, in realtà, la seguente: perché il progetto europeo deve essere democratico (secondo questa accezione di democrazia)? Perché altrimenti non funziona? Ci si potrebbe infatti ancora chiedere in che misura i deficit sistemici della costellazione postnazionale, che sembrano avere bisogno principalmente di capacità e mezzi per governare, trovino concretamente giovamento dalla risoluzione del deficit di legittimazione – senza con ciò voler negare l'importanza del tema della legittimazione.¹⁰⁶ Il problema del governo di fenomeni e processi complessi, è bene ribadirlo, ha un ruolo fondamentale nell'economia del discorso habermasiana, ciò che tuttavia rimane aperto riguarda la determinazione del nesso tra la capacità di governare gli stessi, appunto, e la legittimazione democratica.¹⁰⁷ La rilevanza delle questioni poste emerge, inoltre, se si tiene presente che l'idea di una democrazia transnazionale è contrapposta diametralmente al cosiddetto “federalismo esecutivo”¹⁰⁸ post-democratico con cui Habermas si riferisce – descrittivamente – alla modalità operativa intergovernamentale dell'attuale Unione.¹⁰⁹ Con esso si allude, in altri termini, a quella forma di governo dell'Unione delineatasi in reazione alla crisi economica del 2008, in cui

¹⁰⁵ Habermas, *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, 2011, p. 45.

¹⁰⁶ La questione è quella del ruolo giocato nell'argomentazione dal cosiddetto deficit di legittimazione democratica rispetto a quello dei deficit sistemici: questi ultimi hanno un peso decisivo nella determinazione delle sfide della costellazione postnazionale, ma poi sembrano potersi risolvere ponendo rimedio al primo. In che modo ciò avvenga, rimane aperto, nel senso di completamente indeterminato. È almeno singolare, ad esempio, che Habermas, 1), pur parlando esplicitamente di *Exekutivföderalismus* non si produca in un'analisi della modalità di funzionamento dello stesso, ma si limiti a contrapporsi ad esso; e, 2), declini immediatamente la questione democratica in termini di legittimazione del potere.

¹⁰⁷ Anche l'idea che la democrazia transnazionale rappresenti o possa rappresentare la chiave di volta per il riequilibrio del rapporto tra politica e mercato, rispetto a cui la frammentazione del mondo degli Stati appare impotente, secondo lo schema che Habermas propone dallo scritto sul problema della legittimazione nel tardo capitalismo (cfr. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973), è stata messa fortemente in questione: cfr. Daniels, *Zur Verfassung Europas*, 2015, p. 107-110.

¹⁰⁸ Habermas, *Questa Europa è in crisi*, 2012, p. VIII-X, 37, 43, 80.

¹⁰⁹ È da notare, inoltre, come Habermas declini in termini di “decisione” tra “democrazia transnazionale” e “federalismo esecutivo postdemocratico”

le decisioni sono prese dai capi di Stato e di governo nell'ambito del Consiglio con l'effetto di accrescere ancor di più la distanza tra le istituzioni europee e i cittadini dell'Unione.

Per ritornare agli orientamenti teorici presenti nel dibattito sull'Europa rispetto ai quali Habermas intende differenziarsi, è necessario considerare in conclusione, seppur brevemente, la polemica con i modelli che hanno declinato la democrazia europea in termini di *demoi-crazia*.¹¹⁰ Se nei confronti delle dottrine giuridiche della federazione Habermas intende offrire una loro complicazione attraverso la questione della legittimazione democratica, infatti, nei confronti degli approcci *demoi-cratici* – estremamente rilevanti nell'ambito delle discipline politologiche – è riscontrabile un atteggiamento critico verso la modalità in cui essi intendono la democrazia e, conseguentemente, un tentativo deciso di smarcamento.¹¹¹ Nel momento in cui Habermas si interroga sulle categorie e la modalità che permettono di riconfigurare la democrazia sul piano transnazionale, egli respinge recisamente i tentativi di pensarla nella direzione dei sostenitori della *demoi-crazia*, poiché essi tenderebbero a non fare altro che mascherare il deficit democratico attraverso l'individuazione dei soggetti legittimanti

¹¹⁰ “*Demoi-crazia*” è un termine-concetto introdotto nel dibattito sull'Europa per cercare di comprendere la peculiare struttura politica dell'Unione Europea. In quanto riadattamento del termine “democrazia”, esso mira a rivalutare gli aspetti della pluralità e della differenza (rispecchiati nella declinazione al plurale di *demos*) rispetto alla formazione dell'identità. Ai fini della presente trattazione si tengano presenti, innanzitutto, i contributi di Kalypso Nicolaïdis che è tra i primi studiosi ad aver insistito sulla questione. Cfr. Nicolaïdis, *Our European Demoi-crazy. Is this Constitution a Third Way for Europe?*, 2003, p. 137-152; Id., *The new constitution as european 'demoi-crazy'?*, 2007, p. 76-93; Id., *The Idea of European Demoicracy*, 2012, p. 247-274; e Id., *European Demoicracy and its Crisis*, 2013, p. 351-369. Utile, inoltre, anche il più risalente Nicolaïdis & Howse, *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the US and EU*, 2002, p. 1-27. Si tengano presente inoltre: Cheneval, *The Government of the Peoples: On the Idea and Principles of Multilateral*, 2011; Cheneval & Schimmelfennig, *The Case for Demoicracy in the European Union*, 2012, p. 334-350; Cheneval, Lavenex, & Schimmelfennig, *Demoi-crazy in the European Union: principles, institutions, policies*, 2015, p. 1-18; Cheneval & Nicolaïdis, *The social construction of demoicracy in the European union*, 2016, p. 235-260; e, da ultimo, Cheneval, Lavenex, & Schimmelfennig, *European Democracy As Demoi-Crazy*, 2017. Per un tentativo interno agli approcci teorico deliberativi che hanno provato a rideclinare la democrazia in termini di democrazia si veda: Bohman, *Democracy across Borders. From Dêmos to Dêmoi*, 2007, p. 19-57 e 135-170, in particolare. Si confronti, infine, anche quanto precisato nella nota successiva.

¹¹¹ Cfr. Habermas, *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 16. In riferimento alle proposte *demoi-cratiche* Habermas parla qui senza mezzi termini di un'operazione di mera “cosmesi semantica”: “Finora la letteratura scientifica ha cercato di trattare questo refrattario problema [i.e. “come transnazionalizzare giuridicamente la democrazia nella figura di una comunità che sia, nello stesso tempo, federale e sopranazionale”] con semplici operazioni di cosmesi semantica. Molte proposte cercano astutamente di compensare i deficit democratici mettendo sotto una luce più lusinghiera l'abbassamento degli standard democratici”. Da un punto di vista strettamente teorico, l'incompatibilità radicale tra queste posizioni e quella elaborata da Habermas mi pare vada ravvisata anzitutto nell'insistenza che le prime pongono sulla dimensione costitutiva della pluralità e della differenza che non è propria dell'impianto categoriale habermasiano.

l'Unione nei popoli degli Stati membri. I presupposti che caratterizzano questo tipo di approcci si limitano così ad elevare l'attuale configurazione della "democrazia" europea a ideale normativo che, dunque, non richiede affatto in definitiva di pensare ad un superamento di un deficit di legittimazione. Non è possibile in questa sede soffermarsi più diffusamente sulla specifica impostazione che connota queste teorie e sui problemi che sorgono internamente ad essa (ammesso inoltre che tra i vari esponenti possa essere identificato un denominatore comune). L'aspetto interessante, in realtà, è che a risultare evidentemente problematico agli occhi di Habermas è, fondamentalmente, lo stravolgimento dell'idea di autodeterminazione democratica che conseguirebbe nel tentativo di valorizzare l'elemento della pluralità, ovvero nell'affermazione di poter e dover fare a meno del riferimento a un *demos* (unitario) per mettere a fuoco la questione della "legittimazione" dell'Unione.¹¹² I sostenitori della *demoi-crazia* ritengono, tuttavia, che un ripensamento radicale del significato della democrazia (della cittadinanza e dell'identità politica, *in primis*) sia necessario (e perfettamente coerente) proprio nel momento in cui si prende atto che l'UE non è uno Stato-nazione: "*Post-national principles of community create an alternative to, not a replica of, the nation-state where citizenship needs to be conceptually severed from nationality. [...] The idea of European demoicracy is thus a radical version thereof, which takes to their ultimate logic the implications of pluralism and the rejection of identity politics*".¹¹³ La determinazione dell'Unione come *demoicrazia* fa leva allora, da un lato, sugli Stati nazionali, in quanto membri, come vettori di democrazia, dall'altro, sulle strutture di apertura, riconoscimento e interazione tra le parti democratiche, così da dare consistenza all'idea "democrazia di democrazie".¹¹⁴

¹¹² Cfr. Nicolaïdis, *Our European Demoicracy. Is this Constitution a Third Way for Europe?*, 2003, p. 141-142: "*democracy in Europe does not require that this community become a single demos, whose will is expressed through traditional state-like institutions*".

¹¹³ *Ivi*, p. 144. Si devono tenere presenti due aspetti in relazione al passo citato: 1) nella misura in cui gli approcci *demoicratici* recuperano il motivo habermasiano del postnazionale, se ne distanziano facendo leva sull'esplicita valorizzazione dell'elemento della pluralità; 2) la pluralità a cui si allude è intesa come pluralità politica, di soggettività politicamente costituite che agiscono in comune – non come mera pluralità ideologica o d'opinione.

¹¹⁴ Secondo la sintetica definizione di Kalypso Nicolaïdis con "*European demoicracy*" si intende allora "*a Union of peoples, understood both as states and as citizens, who govern together but not as one. It represents a third way against two alternatives which both equate democracy with a single demos: as a demoicracy-in-the-making, the EU is neither a Union of democratic states as 'sovereignists' would have it, nor a Union-as-a-democratic state to be as 'federalists' would have it. A Union-as-demoicracy should remain an open-ended process of transformation which seeks to accommodate the tensions inherent in the pursuit of radical mutual opening between separate peoples*", cfr. *Id.*, *The Idea of European Demoicracy*, 2012, p. 254. Cfr. anche Cheneval, *Demoicracy. The democracy of democracies*, 2013.

L'assunzione problematica di queste teorie è che si possano dare forme costitutive differenti – e normativamente plausibili – della democrazia rispetto a quella che ha trovato attuazione a livello degli Stati nazionali rinunciando *a priori* a quest'ultima.¹¹⁵ Sebbene, dunque, anche gli approcci *demoi*-cratici intendano pensare una forma politico-democratica non statale e provino a intercettarne il famigerato carattere *sui generis* dell'Unione,¹¹⁶ nella misura in cui ricavano la misura della legittimità dallo *status quo*, non permettono di offrire un quadro di riferimento critico per immaginare lo sviluppo dell'Unione. La definizione del principio democratico a cui Habermas decide di attenersi preliminarmente è invece ricavato dal modello dello Stato-nazione e trasposto al di là di quest'ultimo.

Nonostante per certi versi la critica rivolta da Habermas ai sostenitori della *demoi*-crazia arrivi a cogliere un aspetto di debolezza di tale approccio, c'è da chiedersi se la stessa proposta habermasiana non sia esposta a difficoltà di ordine concettuale che ne minano la consistenza teoretica. Su tale aspetto occorrerà fare ritorno nel sottoparagrafo conclusivo del presente capitolo. Ad ogni modo, il superamento degli approcci *demoi*-cratici da parte di Habermas – e, in particolare, della loro irriflessa attribuzione di rilevanza normativa delle pratiche esistenti da un punto di vista ad esso esteriore – procede mediante la proposta di ricostruzione razionale del peculiare processo costituente da cui si origina una comunità federale come l'Unione e del concetto di potere costituente diviso.¹¹⁷

¹¹⁵ Attraverso questo modo di procedere il rischio è che la *democrazia*, al singolare, riemerge quale presupposto della *demoicrazia* – a partire proprio dagli elementi costitutivi di quest'ultima e al fine di pensarla coerentemente. In altri termini, se ci si interroga sulla possibilità di rinunciare integralmente alla concettualità della *Staatlichkeit* nell'approccio *demoi*-cratico, la risposta che ne deriva è negativa. Per comprendere tale aspetto paradossale, utile il confronto critico con Gaus, *Demoi-kratie ohne Demos-kratie*, 2014, p. 308-319.

¹¹⁶ Sulla *demoicrazia* come “*third way*” rispetto ad una concezione dell'Unione democratica o come Stato federale o come molteplicità di stati sovrani democratici si veda: Nicolaïdis, *European Demoicracy and its Crisis*, 2013, p. 352-355 e 365.

¹¹⁷ Per quanto concerne il significato di “ricostruzione razionale” in tale contesto, si tenga presente la complessa e pregnante definizione formulata da Markus Patberg: “*Eine rationale Rekonstruktion ist der philosophische Versuch, die Präsuppositionen zu identifizieren, die für eine bestimmte soziale Praxis konstitutiv sind, weil sie von den Teilnehmerinnen mindestens implizit und möglicherweise kontrafaktisch vorausgesetzt werden müssen, damit ihnen die gemeinsame Praxis sinnhaft und somit erhaltenswert erscheinen kann*”, Patberg, *Suprastaatliche Verfassungspolitik*, 2014, p. 422-423.

4.3- COME PENSARE UNA COMUNITÀ FEDERALE DESTATALIZZATA E DEMOCRATICA OLTRE LO STATO? PRESUPPOSTI.

Alla luce di quanto visto fin qui, per mettere a fuoco la modalità in cui si declina la proposta habermasiana di pensare una comunità federativa destatalizzata e democratica oltre lo Stato è indispensabile partire dall'operazione che rende concettualmente possibile "ampliare le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale".¹¹⁸ Sebbene l'esplicito tentativo di pensare una comunità federale non statale potrebbe lasciar legittimamente presagire anche al ricorso ad un concetto di democrazia differente da quello che era proprio degli Stati nazionali, è Habermas stesso che si premura di ribadire la sua volontà di attenersi a un concetto moderno di democrazia pregnante e tradizionale (il quale, come presupposto, rimane pertanto indiscusso).¹¹⁹

"prima di fare chiarezza su un possibile disaccoppiamento del procedimento democratico dello Stato nazionale, dobbiamo sapere che cosa vogliamo intendere per democrazia. Autodeterminazione democratica significa che i destinatari di leggi cogenti ne sono al tempo stesso gli autori. Queste procedure debbono la loro forza legittimante per un verso all'inclusione (comunque organizzata) di tutti i cittadini nei processi politici decisionali e, per un altro verso, all'accoppiamento delle decisioni della maggioranza (all'occorrenza qualificata) con il formarsi di un'opinione deliberativa".¹²⁰

Nel concetto di democrazia come autodeterminazione (nel senso appena riportato) è già contenuta *in nuce*, non solo la possibilità del suo disaccoppiamento dallo Stato, ma anche l'esigenza stessa della sua proiezione oltre gli Stati nazionali esistenti senza che con ciò la forma politica sovrastatale debba assumere a sua volta i caratteri statuali.¹²¹ Da

¹¹⁸ Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 47.

¹¹⁹ Non è mancato, in realtà, chi ha provato a mettere in luce come non sia l'aspetto dell'autodeterminazione e dell'autogoverno a rappresentare l'elemento specificamente moderno della democrazia, per spostare il focus invece sui diritti soggettivi proprio al fine di sviluppare un discorso sulla democrazia oltre lo Stato. Con riguardo alle stesse tesi habermasiane, mi riferisco, in particolare, ai contributi di Catherine Colliot Thélène. Per una problematizzazione critica dell'assioma fondamentale di derivazione rousseauiana secondo cui "*le peuple soumis aux lois doit en être l'auteur*" (Rousseau, *Contratto sociale*, Libro II Cap.VI) si veda: Colliot-Thélène, *La Démocratie sans «Demos»*, 2011, p. 1-24 e 129-147, in particolare.

¹²⁰ Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 45.

¹²¹ Si tratta di un'ipotesi interpretativa che Habermas ha elaborato all'interno dei suoi scritti sulla "costituzionalizzazione" del diritto internazionale. Cfr. Id., *L'Occidente diviso*, 2007, p. 126-139. Per una critica della modalità habermasiana di sganciare la costituzione dallo Stato si vedano: Scheuerman, "*All Power to the (State-less) General Assembly*", 2008, p. 485-492 e Preterossi, *I diritti alla prova del «politico»*, 2008, p. 281.

un lato, lo Stato nazionale (esistente) si presenta come figura storica in cui avrebbe trovato attuazione il modello dell'autogoverno senza che ciò escluda possibili altre differenti attualizzazioni della medesima logica; dall'altro lato, dalla crisi degli Stati nazionali – dall'impossibilità della loro effettiva operatività – è derivata la necessità di riportare la procedura democratica laddove risulta possibile un recupero di effettive capacità d'azione (ovvero, su un piano transnazionale).

Come si evince da alcuni contributi recenti in cui Habermas si è prodotto in uno sforzo di autoriflessione sull'approccio teorico-discorsivo impiegato in *Fatti e norme* allo scopo di chiarirne gli elementi utili per ripensare la costituzionalizzazione oltre lo Stato,¹²² emerge a tale riguardo un forte ed esplicito recupero degli esiti in cui l'analisi in quella sede è culminata in riferimento al contenuto normativo dello Stato democratico di diritto.¹²³ Nonostante lo Stato nazionale costituisca ancora il riferimento privilegiato dell'opera del 1992, il merito di quest'ultima consiste nell'aver portato l'analisi ricostruttiva a un livello d'astrazione tale da rendere possibile separare l'idea di costituzione democratica da quella di Stato.¹²⁴ La costituzione, come è stato detto, “non è più costituzione statale, ma è anzitutto costituzione dei cittadini, costituzione della società”.¹²⁵

Secondo Habermas, reinterpretando lo Stato democratico di diritto in chiave teorico-discorsiva, diventerebbe evidente l'irrinunciabile forza razionalizzante e civilizzatrice – in grado cioè di domarne l'arbitrio e la violenza – derivante dalla giuridificazione democratica del potere politico che si sarebbe dispiegata storicamente. Non solo, ma risulterebbe anche possibile enucleare quelli che Habermas ritiene essere i tre elementi costitutivi propri di *ogni* comunità democratica giuridicamente costituita, a partire dai quali diverrebbe possibile pensare in forma più determinata una

¹²² Estremamente rilevante a riguardo Habermas, *Im Sog der Technokratie*, 2013, p. 67-81 (di cui in appendice al presente lavoro si può trovare la traduzione in lingua italiana); ma per analoghe considerazioni si tenga presente la prefazione alla riedizione presso Laterza dell'edizione italiana, cfr. Id., *Fatti e norme*, 2013, p. V-XII.

¹²³ Cfr. Id., *Im Sog der Technokratie*, 2013, p. 67-81.

¹²⁴ Nella prefazione all'edizione italiana di *Fatti e norme* Habermas riconosce *apertis verbis*: “in questo libro, non fuoriesco dal quadro dello Stato-nazione. L'aver però disciolto la sostanza normativa di questi tre elementi in flussi comunicativi giuridicamente incanalati rende più facile riflettere su come si potrebbero “ricombinare” i fattori dello Stato-nazione nel più ampio quadro di una comunità soprannazionale destatalizzata, la quale potrebbe soddisfare i criteri di legittimità democratica anche al di là della dimensione nazionale”, cfr. Habermas, *Fatti e norme*, 2013, p. X. Per i tre elementi a cui allude Habermas si veda in dettaglio la parte successiva del paragrafo.

¹²⁵ Brunkhorst, *Habermas*, 2008, p. 76.

transnazionalizzazione della sovranità popolare.¹²⁶ Tali elementi, che deporrebbero altresì a favore della tesi dell'assenza di un loro radicamento (Habermas parla di "legame simbiotico")¹²⁷ nella figura storicamente determinata dello Stato nazionale, sono i seguenti:

“– la comunitarizzazione di persone giuridiche che si riuniscono in uno spazio limitato in una associazione di cittadini liberi e uguali, in quanto si riconoscono reciprocamente dei diritti che garantiscono a ognuno la medesima autonomia a livello privato e in qualità di cittadini; – la divisione delle competenze nell’ambito di una organizzazione che con strumenti amministrativi assicura la capacità d’azione collettiva dei cittadini associati; – e il medium d’integrazione di una solidarietà statale e sovrastatale, che è necessaria per il formarsi di una volontà politica comune [e con ciò per la produzione comunicativa di potere democratico – omesso nella traduzione italiana n.d.r.] e la legittimazione dell’esercizio del potere.”¹²⁸

Un’analoga sconessione e scansione delle “coordinate costitutive” attraverso le quali sarebbe possibile riconfigurare forme di unità politica di tipo non statale era stata in realtà introdotta in precedenza da Habermas nei suoi tentativi di concettualizzare la costituzionalizzazione del diritto internazionale nella direzione di una idea cosmopolitica

¹²⁶ Per una analogo approccio ricostruttivo, si veda anche: Brunkhorst, *A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution*, 2004, p. 93-94.

¹²⁷ Habermas, *Fatti e norme*, 2013, p. X.

¹²⁸ Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 51-52. In nota, Habermas precisa inoltre: “le tre componenti sono costitutive di un sistema d’azione politica. Si riferiscono: – al costituirsi di una comunità di persone giuridiche, – all’autorizzazione all’azione collettiva e – a un orizzonte condiviso del mondo della vita, nel quale può formarsi nella comunicazione una volontà collettiva”, *Ivi*, p. 52 (n. 30). Ma si confrontino anche utilmente: Id., *Im Sog der Technokratie*, 2013, p. 79 e Id., *Fatti e norme*, 2013, p. X. Si tratta di formulazioni schematiche che richiedono un breve chiarimento. Con “socializzazione orizzontale delle persone giuridiche”, Habermas allude all’atto di formazione di una società di liberi e uguali che consiste nel riconoscimento vicendevole dei diritti che garantiscono *uno actu* autonomia privata e autonomia pubblica (in questi termini si traduce l’esito teorico del capitolo terzo di *Fatti e norme*, in cui Habermas, nella sua ricostruzione del diritto moderno, introduce il “sistema dei diritti”. Con “organizzazione gerarchica delle competenze statali”, Habermas allude a quelle capacità d’azione che effettivamente permettono di far sì che quell’atto di socializzazione non rimanga puramente metaforico: la capacità di azione collettiva dipende dalla creazione e divisione delle competenze nell’ambito di una organizzazione politica che agisce attraverso decisioni onnivincolanti in quanto è autorizzata (in questi termini si traduce l’esito teorico del capitolo quarto di *Fatti e norme* in cui Habermas, nella sua ricostruzione del diritto, introduce “i principi dello Stato di diritto”. Con l’elemento della “solidarietà”, Habermas allude alla condizione non formale, ma “sostanziale” affinché possa prendere forma una volontà collettiva comunicativamente – nel senso che essa “può essere solo presupposta dal diritto” (cfr. Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 53). In sintesi, affinché un sistema politico (costituzionalmente organizzato) possa produrre effetti ed essere democratico sono necessarie, assieme a uno spazio comune di comunicazione pre-politico, la formazione di una comunità di persone giuridiche e l’autorizzazione all’azione collettiva.

come politica interna mondiale senza governo mondiale.¹²⁹ Al di là della specifica difficoltà che presenta immaginare la (possibile) ricombinazione – posto che la loro deduzione avviene a partire dal quadro di esperienza unitario e chiuso degli Stati nazionali democratici, mentre la loro riattualizzazione procederebbe secondo una “geometria variabile”¹³⁰ –,¹³¹ è da notare tuttavia come in questi scritti la possibilità della loro dissociazione era pensata a partire dalla distinzione tipologica tra una costituzione democratica che fonda e limita, al contempo, il potere politico (di matrice rousseauiana) e una liberale circoscritta alla limitazione del potere politico (di matrice kantiana).¹³² Ebbene, Habermas rilevava come solo quest’ultima costituzione “consente, rinunciando all’identità tra governanti e governati, la separazione concettuale fra i tre elementi [...] Qui non sussiste, nei confronti di una separazione degli elementi reciprocamente ingranati nello Stato democratico, alcun limite di principio”.¹³³ Come procede ora la risistemazione di questi elementi nel quadro di una comunità federale destatalizzata in cui deve trovare espressione l’idea dell’autodeterminazione democratica come nel caso dell’Unione Europea?

Rispetto a tale costellazione problematica, il superamento della tesi no-demos non solo conserva la sua attualità, ma si arricchisce di almeno due ulteriori livelli di critica. Il primo di essi concerne l’identificazione di sovranità popolare e sovranità statale alla cui base si collocherebbe, secondo Habermas, un fraintendimento collettivistico, che conseguirebbe dal fuorviante tentativo di astrazione della decisione democratica nella sua unitarietà dal processo pluralistico di formazione della volontà politica che la precede:¹³⁴

“solo una interpretazione collettivistica trasforma esiti di processi pluralistici del formarsi dell’opinione e della volontà in asserzioni di una volontà popolare autorizzante se stessa ad agire. E solo sulla base di questa

¹²⁹ Cfr. Habermas, *L’Occidente diviso*, 2007, p. 132 e Id., *Tra scienza e fede*, 2008, p. 218.

¹³⁰ Id., *Im Sog der Technokratie*, 2013, p. 79.

¹³¹ L’aspetto non chiarito mi pare consista nel fatto che, sulla base delle analisi di *Fatti e norme*, tra queste componenti sussiste un nesso logico sistematico: non a caso si tratta di pensare una loro ricombinazione che non può fare a meno di una delle componenti. È inoltre non scontato ammettere che l’erosione fattuale della sovranità degli Stati dovrebbe comportare delle rivendicazioni normative “democratico-costituzionali” che eccedano il loro quadro, nella misura in cui lo spazio politico

¹³² Id., *Tra scienza e fede*, 2008, p. 217-218.

¹³³ *Ivi*, p. 218. Poco oltre Habermas osserva inoltre: “il tipo di costituzione liberale che limita il potere statale apre la prospettiva concettuale per una costituzionalizzazione non-statale del diritto internazionale in forma di società mondiale politicamente costituita, ma senza un governo mondiale” (p. 219).

¹³⁴ “La sovranità del popolo [...] in ogni comunità retta da Costituzione democratica si ramifica e si disperde sin dall’inizio nei flussi comunicativi della legislazione, dell’esecutivo e della giurisdizione”, Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 67.

singularizzazione la sovranità popolare può essere vista come il *rovescio della medaglia* della sovranità statale”.¹³⁵

A tale riguardo, tuttavia, si può osservare anche come la sovranità popolare comunicativamente fluidificata richieda che qualcuno agisca in qualità di rappresentante della volontà popolare affinché la messa in forma della volontà si concretizzi e possa produrre effetti (dunque, si tratta di un fraintendimento che deriverebbe dallo scambio metonimico tra un momento della procedura con la procedura nel suo complesso). Certo, la questione non è l'esistenza empirica di un popolo, ovvero l'esistenza di fatto dell'entità collettiva, ma non si deve trascurare il fatto che le condizioni che rendono possibile la formazione della volontà politica e che danno per scontato un contesto discorsivo plurale non sono sufficienti alla messa in forma finale. Già nel quadro dello Stato, in ogni caso, Habermas aveva sostenuto come, a rigore, un'interpretazione intersoggettiva e proceduralistica della sovranità impedisca di parlare propriamente di una sua singularizzazione e personificazione.¹³⁶ Per tale ragione non è di per sé inconsistente, come vedremo, l'idea di divisione/condivisione della sovranità anche se, come si vedrà, si tratta di una differente divisione quella a cui si allude ora.

Un secondo livello di critica concerne l'esito sviante imputato alla tesi no-demos rispetto a un'altra questione normativa che ora passa in primo piano:

“la tesi della mancanza di un demos europeo sposta l'attenzione da un fattore che invece dobbiamo prendere sul serio – cioè la convinzione che le conquiste normative dello Stato di diritto democratico siano degne di essere preservate. Questa autoaffermazione di una società civica democraticamente costituita è qualcosa di diverso dall'aggrapparsi, per reazione, ai tratti naturalizzati di un'origine etnico-nazionale di cui si nutre il populismo di destra. Questa volontà di autoaffermazione democratica – questo l'aspetto interessante – non è solo un motivo empirico, ma è anche una implicita ragione giustificativa che, nelle circostanze date, incide *a favore* del tentativo di fondare una democrazia sovranazionale.”¹³⁷

¹³⁵ Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 48.

¹³⁶ Cfr. Id., *Morale, diritto, politica*, 1992, p. 97-98.

¹³⁷ Id., *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea*, 2015, p. 33. Habermas, inoltre, prosegue: “Quale sarebbe l'alternativa, infatti? Non si dà affatto la possibilità che le democrazie chiuse a riccio a livello nazionale-statale, possano, per così dire conservare intatta la loro sostanza democratica senza essere toccate dal coinvolgimento nelle dinamiche sistemiche della società mondiale – perlomeno non nei nostri piccoli Stati europei”. Si tratta, nel complesso, di un passo estremamente rilevante per comprendere come nell'argomentazione habermasiana il piano delle

Poiché nell'ambito degli stessi Stati nazionali ha trovato realizzazione la prassi di autodeterminazione democratica e con essa quel vincolo di solidarietà (tra estranei) visto in precedenza, è possibile interpretare la diffidenza dei cittadini nei confronti dell'Unione Europea e della sua trasformazione in Stato federale né come espressione di una mancanza di fiducia, né come la manifestazione di un bieco nazionalismo, né, ancora, come un sentimento xenofobo nei confronti degli altri popoli. Si tratta piuttosto di una ragione legittima – di cui deve essere tenuto conto in sede di teoria normativa – che esprime un sentimento di attaccamento alle “conquiste” di libertà e giustizia raggiunte dal proprio Stato di appartenenza e, nello stesso tempo, a sfavore della trasformazione in mega-Stato dell'Unione, poiché avrebbe l'effetto di neutralizzare, inglobandoli e subordinandoli al piano federale, gli Stati membri.¹³⁸ L'aspetto interessante è che, secondo Habermas, solo se considerata in tale prospettiva la pluralità degli Stati è degna di essere conservata. Se si trattasse solo del riconoscimento di forme di vita differenti, l'idea di un mega-Stato federale manterrebbe intatta la sua validità. L'argomento no-demos, in ogni caso, impedisce di intendere correttamente la funzione positiva che Stati nazionali come Stati membri possono assumere all'interno di una forma politica federale. Con essi viene designato il polo plurale della costruzione che è necessario conservare e valorizzare positivamente in quanto espressioni particolari di società civiche organizzate e costituite democraticamente.

Venuta meno la possibilità di conservare e mantenere attive le tre componenti costitutive delle comunità democratiche esclusivamente all'interno della loro

trasformazioni sistemiche venga strettamente intrecciato con quello della giustificazione normativa. Il tentativo di pensare la politica e il diritto oltre lo Stato è evidentemente non solo condizionato, ma anche sollecitato da “dinamiche sistemiche” che eccedono il quadro degli Stati nazionali. Se si lascia da parte la questione della tenuta logica della modalità in cui piano normativo e piano descrittivo vengono intrecciate, è interessante considerare la particolare scansione argomentativa. A tale riguardo, ciò che mi pare sia importante sottolineare di questo passaggio è la singolare assolutizzazione dello Stato nazionale che essa comporta, senza che ci sia bisogno di interrogarsi sul significato di una democrazia sovranazionale. “Volontà di autoaffermazione democratica” sembra essere il motore che rilancia in avanti la democrazia, che dovrebbe spingerla a trasporre dal piano nazionale a quello sovranazionale.

¹³⁸ In tal modo, Habermas riprende e rivede un argomento di matrice kantiana. Nell'istituzione di una costituzione cosmopolitica o stato di popoli, Kant ravvisava il rischio di un terribile dispotismo. L'obiettivo allora non è quello rappresentato da una repubblica mondiale, quanto quello di pensare a un diritto cosmopolitico nella forma di rapporti giuridici tra gli stati e tra gli individui e gli stati. Per quel che riguarda Habermas, si deve ricordare come nei suoi scritti sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale uno dei passaggi teorici fondamentali è rappresentato dalla critica della “fuorviante analogia dello Stato di natura” kantiana: “diversamente degli individui nello Stato di natura, i cittadini degli Stati naturalmente concorrenti fra loro godono già di uno *status* che garantisce loro diritti e libertà [...]. L'errata analogia è motivata dal fatto che i cittadini di uno Stato hanno già alle spalle un lungo processo di formazione politica”, Habermas, *L'Occidente diviso*, 2007, p. 123.

organizzazione statale, per le ragioni già precedentemente evidenziate, resta possibile nondimeno immaginare una “ricombinazione” (al di là del loro ormai impossibile coincidere all’interno di un identico territorio) mettendo, inoltre, a valore un elemento che definisce già la forma giuridica europea e che si trova delineata nel Trattato di Lisbona. Si tratta, in altri termini, di riconoscere preliminarmente “la qualità democratica della forma che l’Unione ha ormai assunto con il Trattato di Lisbona”.¹³⁹ Una prima innovazione essenziale presente in esso è ravvisata da Habermas nella “preminenza applicativa” del diritto europeo che si tratta di decifrare congiuntamente sia al permanere del monopolio della violenza legittima al livello degli Stati sia all’assenza del criterio della decisione all’ultima istanza al livello Europeo (*Kompetenz-Kompetenz*). Il potenziale di questa “innovazione” è legato alla scissione tra il momento di produzione giuridica e quello della sua attuazione che nell’Unione Europea si trova dislocato su piani differenti. Questo, secondo Habermas, permette di configurare la possibilità di un controllo e di una sanzione nei confronti di chi detiene i mezzi coercitivi. “L’Unione Europea”, infatti, “lega assieme gli Stati membri come organi esecutivi, senza disporre dei loro potenziali sanzionatori. E i monopolisti del potere statale consentono di farsi ingaggiare per l’attuazione di un diritto europeo che deve essere ‘convertito’ in termini nazionali”.¹⁴⁰

La peculiare struttura formale del diritto europeo, prodotto a livello dell’Unione e attuato dai singoli Stati, sarebbe così portatrice di un ulteriore potenziale civilizzatore, nel senso che sembra rivelarsi in grado di ridurre ulteriormente in modo strutturale gli elementi di arbitrio e violenza del potere (“Il diritto europeo vigente è un drastico esempio dello spostamento di pesi tra le componenti dell’applicabilità del diritto, da un lato, e del riconoscimento della sua legittimità e della sua osservanza media, dall’altro lato”)¹⁴¹. L’aspetto che permane non chiarito in relazione alla legittimazione democratica di un sistema con queste caratteristiche, e su cui si incentra l’effettivo sforzo di “innovazione” teorico-concettuale habermasiano, riguarda la modalità in cui è giustificabile la

¹³⁹ Habermas, *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 51.

¹⁴⁰ Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 55.

¹⁴¹ Id., *Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 2013, p. 75.

preminenza applicativa del diritto in assenza di una disposizione gerarchica degli ordinamenti tra loro.

4.4- SOVRANITÀ (CON)DIVISA E *POUVOIR CONSTITUANT MIXTE*.

Il tentativo habermasiano di mostrare come una comunità politica sovranazionale, che, pur non essendo uno Stato, sia in grado di assoggettare gli individui che ne fanno parte al potere politico in modo democraticamente legittimo, procede mediante il recupero della categoria e della tematica del potere costituente. Il ricorso a quest'ultima potrebbe per certi versi risultare a prima vista singolare, se si tiene presente come Habermas in *Fatti e norme* non la utilizzi (altrettanto impossibile è rintracciare un riferimento esplicito alla dottrina costituzionale di Sieyès),¹⁴² benché la problematica della concettualizzazione dell'atto (anche se nel caso habermasiano è più appropriato parlare di prassi/processo/progetto) costituente abbia un'indubbia centralità, in particolar modo in relazione alla tematica della fondazione riflessiva delle istituzioni dello Stato democratico.¹⁴³ Come si è visto, inoltre, proprio in direzione di una sostituzione-revisione dell'ambiguo “vocabolario ‘costituente’ del discorso politico della modernità”¹⁴⁴ si muovevano i contributi habermasiani sull'Europa proprio a partire dalla replica Dieter Grimm. Come si chiarisce e come si declina allora tale ricorso?

Per cercare di venire a capo dell'esigenza in base alla quale gli Stati, diventando membri dell'Unione, devono continuare “a fungere da *garanti del già raggiunto livello di giustizia e libertà*”,¹⁴⁵ coniugandola con il costituirsi di una comunità soprannazionale democratica che superi la dicotomia di Stato federale e Confederazione di Stati, Habermas non si serve di un recupero dottrinale dei concetti classici della teoria costituzionale, bensì di un esperimento mentale funzionale a illuminare la composizione del potere

¹⁴² L'unica occorrenza di “*konstituierende Gewalt*” è rintracciabile nel capitolo VII. Cfr. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, p. 364. Al di là di un'ipoteca schmittiana sulla questione, la ragione va ravvisata nell'implicito tentativo di superamento della dicotomia di potere costituente e potere costituito in favore dell'idea di un processo costituente permanente (che si deve comunque articolare in forma giuridica) e di una concezione della costituzione come progetto – che ha tra i suoi esiti più controversi nello sfumare della differenza tra diritto costituzionale e diritto ordinario e nella sfera pubblica come luogo la prassi costituente si rinnova.

¹⁴³ Cfr. Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, 2007, p. 99-119.

¹⁴⁴ Scuccimarra, *Alla ricerca del popolo europeo*, 2012, p. 178.

¹⁴⁵ Cfr. Habermas, *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 23.

costituente.¹⁴⁶ Al contempo, Habermas si serve dell'esempio rappresentato, in particolare, dal processo costituente americano come cartina di tornasole utile a mostrare le differenze del processo costituente europeo, nella misura in cui il *telos* che orienta quest'ultimo è qualcosa di diverso dallo Stato federale.¹⁴⁷ Quello presentato da Habermas è un processo costituente fittizio razionalmente ricostruito dal punto di vista dei partecipanti alla prassi costituente stessa. Lo slittamento argomentativo operato da Habermas in direzione del "metalivello" del potere costituente e della sua peculiare composizione appare necessario per comprendere la genesi democratica della comunità federale destatalizzata avente le caratteristiche sopra enunciate, andando al di là della lettera delle rigide disposizioni giuridiche vigenti dell'ordinamento "costituzionale" europeo¹⁴⁸ e dell'effettivo processo storico di formazione delle Comunità e dell'Unione europee.¹⁴⁹ La possibilità di attribuire direttamente ai cittadini dell'Unione il potere costituente, nella modalità che vedremo, è sicuramente la più appariscente delle implicazioni riconducibili a tale artificio. Se l'Unione Europea, come è venuta configurandosi a seguito della ratificazione del Trattato di Lisbona, può fungere nondimeno da esempio o da punto di riferimento in quanto ha già in parte assunto i tratti di una comunità federale che non ha carattere di Stato – che come tale non detiene né il monopolio della violenza legittima né la cosiddetta competenza sulla competenza (*Kompetenz-Kompetenz*) –, il nuovo interrogativo che si impone è come un'unione di questo genere sia capace "di soddisfare quei criteri di

¹⁴⁶ Si tenga ben presente quanto scrive Habermas precisa a proposito della funzione degli esperimenti mentali: "I filosofi amano invitare a esperimenti mentali, perché questi spesso aiutano a scoprire aspetti sconosciuti dello stato attuale alla luce di ipotesi controfattuali", Habermas, *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea*, 2015, p. 34.

¹⁴⁷ Id., *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 62-63, 65; Id., *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 17-23.

¹⁴⁸ In quest'esperimento mentale, nondimeno, la struttura del potere costituente è in certo modo dedotta dalla lettera dei trattati: "il vigente Trattato di Lisbona suggerisce [corsivo mio] la conclusione di una sovranità "divisa" fra cittadini e Stati già perché, in caso di cambiamenti del Trattato costituzionale, il Parlamento è incluso nella procedura relativa, e rispetto al Consiglio Europeo è nella posizione di un organo paritetico", Id., *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 64.

¹⁴⁹ Il ricorso ad un esperimento mentale consente, in altri termini, di dischiudere delle prospettive che vanno al di là delle conclusioni che si potrebbero dedurre su un piano storico e dottrinale. Come osservato dal giurista Joseph Weiler, infatti, "l'architettura costituzionale europea non è mai stata convalidata da un procedimento di adozione costituzionale da parte di un *demos* europeo e, dunque, da un punto di vista di principi politico-normativi e di osservazione empirica sociale, la disciplina costituzionale europea non gode dello stesso tipo di autorità che si può invece ritrovare negli Stati federali dove il federalismo è fondato su un ordinamento costituzionale tipico. Si tratta di una costituzione senza alcuni classici requisiti del costituzionalismo", Weiler, *La costituzione dell'Europa*, 2003, p. 515.

legittimità democratica che erano propri degli Stati nazionali” non essendo affatto uno Stato.¹⁵⁰

Tramite l’elaborazione dell’esperimento mentale, dunque, viene ipotizzato un atto di fondazione democratica dell’Unione Europea al fine di stabilire, ricostruttivamente, i presupposti capaci di far emergere la razionalità della prassi analizzata per i partecipanti ad essa. L’operazione non consiste in una mera trasposizione che farebbe slittare l’attribuzione del potere costituente dal piano nazionale a quello sovranazionale, quanto piuttosto nella “ristrutturazione” del potere costituente che deriva dal considerarlo a partire dal livello sovranazionale. I termini in cui Habermas descrive l’esperimento mentale sono i seguenti:¹⁵¹

“immaginiamo un’Unione europea democraticamente sviluppata, la cui Costituzione sia posta in essere da un doppio potere sovrano. Il potere costituente dovrebbe così essere composto, da un lato, dalla totalità dei cittadini europei e, dall’altro, dai popoli europei, in modo che già durante il processo di *legislazione* costituzionale una parte possa intervenire nella discussione con l’altra con l’obiettivo di equilibrare gli interessi menzionati. La relazione eterarchica tra cittadini europei e i popoli degli Stati europei strutturerebbe allora lo stesso processo fondativo.”¹⁵²

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

¹⁵⁰ Cfr. Habermas, *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 12.

¹⁵¹ “Dal punto di vista di un processo costituente *razionalmente ricostruito*, si può intendere la subordinazione a un diritto europeo come una conseguenza scaturente dal fatto che due diversi soggetti costituenti hanno cooperato l’uno con l’altro in vista dello scopo comune di dar vita a una comunità sovranazionale”, Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 58.

¹⁵² Id., *Perché è necessaria e com’è possibile la trasformazione dell’Unione Europea*, 2015, p. 34.

contestualmente il concetto di “sovrànità (con)divisa”¹⁵³ (alla radice), mediante il quale sarebbe possibile attribuire agli stati membri della democrazia sopranazionale da costituire una funzione *costituente* che ne renderebbe non solo plausibile, ma doverosa la conservazione entro la comunità costituita.¹⁵⁴ In tal modo, per un verso, le parti che compongono la comunità sopranazionale non regrediscono a parti costituite da parte di un sovrano indiviso, per altro verso, si riuscirebbe a dare ragione della subordinazione al diritto europeo.¹⁵⁵ La (con)divisione della sovranità, infatti, prevedendo una cooperazione dei soggetti costituenti che informa di sé il processo costituente, si rifletterebbe conseguentemente nella costitutiva relazione orizzontale, ovvero eterarchica, tra i piani dell’ordinamento – il che, va da sé, comporta in ogni caso che le disposizioni dei trattati siano gerarchicamente sovraordinate.

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

¹⁵³ Preferisco tradurre l’espressione tedesca *geteilte Souveränität* – cfr. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, 2011, p. 66, 69, 70, 73 – con sovranità (con)divisa, per provare a mantenere la sfumatura semantica presente nell’aggettivo tedesco *geteilt* che, come nota il traduttore inglese del testo Cioran Cronin, può significare sia “diviso” sia “condiviso” (cfr. Id., *The Crisis of the European Union. A Response*, 2013, p. 37). In relazione all’ambiguità del concetto e al suo chiarimento da parte di Habermas, si veda la nota successiva.

¹⁵⁴ L’ambiguità che connota l’espressione sovranità (con-)divisa è chiarita da Habermas nei termini seguenti: “L’espressione “sovranità (con-)divisa” è ambigua. La sovranità del popolo, cioè il “potere” che “dal popolo promana”, in ogni comunità retta da Costituzione democratica si ramifica e si disperde sin dall’inizio nei flussi comunicativi della legislazione, dell’esecutivo e della giurisdizione. Nel nostro contesto il discorso verte però su un’altra divisione della sovranità. La divisione del potere costituente divide la sovranità *all’origine della comunità da costituire* e non *alla fonte della comunità costituita*”, Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 67.

¹⁵⁵ “Dal punto di vista di un processo costituente razionalmente ricostruito, si può intendere la subordinazione a un diritto europeo come una conseguenza scaturente dal fatto che due diversi soggetti costituenti hanno cooperato l’uno con l’altro in vista dello scopo comune di dare vita a una comunità sopranazionale”, Id., *La crisi dell’Unione Europea*, 2012, p. 58.

all'altra. Come chiarito da Habermas, “nel nostro scenario sono le *stesse persone* che partecipano al processo costituente contemporaneamente nei ruoli di (futuri) cittadini tanto dell'Unione quanto di uno degli Stati membri [...] la fondazione dell'Unione Europea può essere pensata come se i cittadini che ne fanno parte (o i loro rappresentanti) si dividano sin dall'inizio in due *personae*”.¹⁵⁶

A tal proposito è utile considerare in che senso il concetto di sovranità (con)divisa in definitiva comporti una modalità altra di pensare la sovranità. Le stesse oscillazioni lessicali presenti nei testi, in realtà, non consentono di risolvere fino in fondo una questione rilevante a tal proposito, ovvero se, teoricamente, Habermas alluda effettivamente a due soggetti costituenti differenti – “un sovrano *doppio*” – o piuttosto al dividersi e sdoppiarsi di un soggetto comunque unitario – “*una* sovranità divisa” (per quanto invece l'ipotesi di un raddoppiamento *puramente quantitativo* si possa escludere). L'ambiguità si produce nello slittamento dal punto di vista individuale (doppia personalità dell'individuo) a quello degli interessi di cui sono portatori che sono diversi. Con l'idea di una sovranità (con)divisa, sostiene tuttavia Habermas:

“il concetto classico di sovranità popolare viene a cambiare, ma non per via della natura collettiva dei popoli già statalmente organizzati. Infatti anche i governi nazionali – attraverso cui soltanto i popoli-di-Stato possono agire – operano già sempre su incarico dei loro cittadini. Inedito è piuttosto il fatto che questo sovrano raddoppiato non possa più decidere in maniera totalmente ‘sovrana’”.¹⁵⁷

Se la ragione di questa impossibilità dipende dal fatto che uno dei due poteri costituenti deve riconoscere l'altro, ma è poi anche necessario trovare un accordo – con i rischi di disaccordo che ciò può comportare –, quello che appare essere determinante per la forma costituzionale europea non sembra essere tanto la questione della legittimazione democratica, ma la dimensione pattizia. Un aspetto che pone in luce anche Habermas quando scrive che “nel quadro di un progetto costituzionale *cooperativo*, l'accordo delle due parti apre una fase nuova nella storia della teoria democratica”.¹⁵⁸ È tuttavia evidente che la doppia identità che connota gli individui nell'esperimento mentale nello stesso istante in cui fa emergere il problema della relazione eterarchica è funzionale a investirla

¹⁵⁶ Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 66-67.

¹⁵⁷ Id., *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 23.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 25-26.

di un carattere obbligante e sovrano. Solo in tal modo la costituzione della comunità ritrascrive la volontà democratica dei differenti soggetti che Habermas immagina prendere parte al processo costituente – e che può essere intesa come autodeterminazione. Ciò che si rappresenta nell'ipotetica assemblea costituente non sono propriamente due soggetti diversi, ma un unico soggetto con due volontà che si tratta di rendere compatibili affinché questa possa esprimersi unitariamente.

Nel passo sulla divisione dell'identità politica dei singoli citato in precedenza, così come nell'indicazione degli individui appunto come base legittimante, Habermas si ricollega esplicitamente ad alcune delle più prominenti elaborazioni teoriche relative alla difficile interpretazione del principio democratico delineato nel *Trattato di Lisbona*.¹⁵⁹ Mentre la *duale Legitimationsstruktur* per quanto non riguardi tutte le competenze legislative dell'Unione si trova delineata nell'ambito dei Trattati proprio con riferimento alla totalità dei cittadini dell'Unione e dei popoli costituiti degli Stati membri, è da un punto di vista sempre di teoria democratica (non giuridico-dottrinale) che, ad esempio, un giurista Armin von Bogdandy ha suggerito di concepire “*nur die Individuen, die Staatswie Unionsbürger sind, als die einzigen Legitimationssubjekte*”.¹⁶⁰ Anche agli occhi di Bogdandy appare problematico intendere il carattere duale della legittimazione come se essa implicasse “*zwei strukturell unterschiedlichen Legitimationssubjekten*”, non perché di due soggetti differenti si tratta, ma bensì perché uno dei soggetti presenta un carattere *holistisch*, mentre l'altro uno *individualistisch*. È interessante notare come, benché anche Bogdandy opti per la maggiore plausibilità e coerenza della concezione individualistica, egli ritenga che essa può avere tutt'al più una funzione di critica: il problema vero è visto piuttosto consistere nella possibilità (o, meglio, nell'impossibilità) di intendere il complesso delle procedure e delle istituzioni europee come un atto di autodeterminazione – sia se esso è inteso come autodeterminazione individuale sia se esso è inteso come

¹⁵⁹ Si vedano, in particolare, le disposizioni relative ai principi democratici contenute all'Art. 10: “1) Il funzionamento dell'Unione di fonda sulla democrazia rappresentativa. 2) I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini. 3) Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera più possibile aperta e vicina ai cittadini. 4) I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione”.

¹⁶⁰ Cfr. Bogdandy, *Grundprinzipien*, 2009, p. 64, che viene citato da Habermas stesso: cfr. Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 65-66. Sulla struttura duale della legittimazione si veda: Achenbach, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union*, 2014, p. 300-326.

autodeterminazione collettiva.¹⁶¹ E non a caso, preso atto del carattere *demokratieunfähig* dell'attuale Unione, propone di ripensare la democrazia incentrandola sulla "rappresentanza degli interessi" e sul "controllo del potere".¹⁶² Un primo interrogativo che sorge in relazione alla proposta habermasiana concerne, al di là del potenziale critico, il significato pratico e giuridico-costruttivo che caratterizza i concetti di sovranità (con)divisa e di *pouvoir constituant mixte*.

Al di là di una puntuale identificazione delle disposizioni già vigenti nei trattati che troverebbero il loro coerente quadro di intelligibilità dalla prospettiva teorica del *pouvoir constituant mixte*,¹⁶³ l'abbozzo di proposte di riforma dei trattati che Habermas fa discendere immediatamente sempre in tale prospettiva concernono tutte e tre le principali istituzioni dell'Unione coinvolte nel processo legislativo. Il parlamento dovrebbe diventare l'assemblea legislativa dei cittadini europei (tramite l'attribuzione del diritto di iniziativa legislativa, un sistema elettorale unificato e un sistema dei partiti europeizzati) e collocato in una posizione paritetica a quella del Consiglio Europeo (che dovrebbe essere, dunque, "incorporato nel Consiglio dei ministri" e convertito in una seconda camera). La Commissione infine dovrebbe assumere il ruolo di un esecutivo che è egualmente responsabile nei confronti di Parlamento e Consiglio.¹⁶⁴ A tale riguardo non si può non notare come la traduzione istituzionale dell'idea habermasiana culminerebbe essenzialmente in un rafforzamento delle prerogative del Parlamento europeo. Ma questo appare essere più funzionale alla messa in forma istituzionale di *un popolo europeo* (assente) che non all'espressione di un'entità composta e articolata su più livelli come sembrerebbe lasciare intendere la figura inedita di un potere costituente misto. In tal senso, inoltre, poiché a partire dall'idea di un potere costituente (con)diviso la legittimità

¹⁶¹ Bogdandy, *Grundprinzipien*, 2009, p. 65.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Cfr., in particolare, Habermas, *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea*, 2015, p. 35-36; in queste pagine, Habermas fornisce il seguente elenco: "- il principio di attribuzione limitata di competenze [...]; - il diritto degli Stati membri di uscire dall'Unione [...]; - la procedura legislativa ordinaria, alla quale Consiglio e Parlamento prendono parte in modo paritetico; - la partecipazione paritetica di Consiglio e Parlamento all'elezione del Presidente della Commissione; - il diritto di verifica, a cui le corti costituzionali nazionali fanno ricorso per impedire che il diritto europeo abbassi il livello delle pretese democratiche e giuridiche raggiunto negli Stati membri; un primato di applicazione del diritto europeo [...]; - ampie competenze degli Stati membri nella implementazione delle deliberazioni europee [...]; - il monopolio della violenza decentrato [...]; - il principio di sussidiarietà".

¹⁶⁴ Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 71-72; Id., *Per una democrazia transnazionale*, 2014, p. 24; Id., *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea*, 2015, p. 35. Per diverse conclusioni a partire dagli assunti habermasiani, cfr. Pizzolato, *Rappresentanza politica e Unione Europea*, 2013, p. 397-398.

dell'Unione europea sembra non poter affatto prescindere dalla legittimazione degli Stati membri (ovvero dai loro popoli), ci si potrebbe chiedere se non sia esattamente l'organo europeo che rappresenta questi ultimi a dover mantenere una posizione privilegiata, ovvero il consiglio – che non dovrebbe pertanto essere ridotto a una seconda camera. In altri termini, appare difficile non notare come le implicazioni che Habermas fa discendere dalla sua differente concezione del potere costituente possano risultare tutt'altro che di immediata evidenza e prestarsi anche ad una differente lettura.¹⁶⁵

Un'impressione forse in parte diversa è ricavabile se si considera un'altra tematica rispetto alla quale Habermas ha cercato di rendere produttiva l'ipotesi di un doppio sovrano – esercitato dagli individui sdoppiati in due personae. Egli ha rivolto in modo particolare la propria attenzione alla struttura del Parlamento europeo e alla peculiare organizzazione “rappresentativa” di quest'ultimo secondo il criterio di proporzionalità degressiva.¹⁶⁶ Come noto, sulla base di tale principio, il numero di seggi spettanti a ciascuno Stato nel parlamento europeo dipende dalla grandezza della popolazione, ma non secondo un criterio meramente proporzionale. Stati di dimensione più piccola ricevono un numero di seggi maggiore a quello che spetterebbe loro sotto il profilo puramente proporzionale. Di conseguenza, ad esempio, un deputato maltese rappresenterebbe in media all'incirca 68.833 elettori, mentre, al contrario, uno tedesco ne rappresenta 852.083. Secondo il giudizio della Corte Costituzionale Federale Tedesca a proposito del Trattato di Lisbona, poiché l'uguaglianza dei cittadini nell'esercizio del diritto di voto rappresenta il fondamento essenziale di qualsiasi ordinamento liberal-democratico non verrebbe evidentemente rispettato, il parlamento europeo non può essere considerato come l'organo di rappresentazione democratica di *un popolo sovrano europeo*. Il senso della disposizione dell'Art. 10 del Trattato di Lisbona secondo cui, come visto, “il funzionamento dell'Unione di fonda sulla democrazia rappresentativa”, non può essere dunque quello tradizionale della rappresentanza politica in quanto si porrebbe appunto in violazione del principio dell'uguaglianza politica (o dell'equipollenza dei voti, ovvero: i voti non si pesano in democrazia, si contano).

¹⁶⁵ Inoltre, anche alla luce della schematicità delle indicazioni habermasiane, comprendere come una comunità federale sovranazionale (non statale) si differenzerebbe effettivamente da uno Stato federale tradizionale appare perlomeno più ostico da un punto di vista istituzionale e organizzativo.

¹⁶⁶ Habermas, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit*, 2014, p. 167-192 e Id., *Citizen and State Equality in a Supranational Political Community*, 2017.

La tesi habermasiana – in evidente contrasto col parere della Corte – è che il criterio della proporzionalità degressiva risulti giustificabile assumendo la prospettiva teorica di un *pouvoir constituant mixte* senza che ciò violi le condizioni della legittimazione democratica.¹⁶⁷ La sovra-rappresentazione degli Stati più piccoli si giustificerebbe in modo coerente nella misura in cui la struttura mista del potere costituente presuppone, o meglio, fa intervenire un doppio sovrano che deve pertanto rendere possibile l'espressione e porsi a garanzia degli “interessi nazionali” nelle deliberazioni parlamentari. La proporzionalità degressiva, allora, può essere vista “*als ein konsequenter Ausdruck der demokratischen Willensbildung in einer heterogen zusammengesetzten verfassungsgebenden Versammlung [...], in der die europäischen Bürger (oder deren Repräsentanten) gewissermaßen mit sich selbst als den Vertretern der Interessen ihrer jeweiligen Nationalstaaten in allen Fragen, die die Integrität der in den Mitgliedstaaten verkörperten demokratisch-rechtsstaatlichen Substanz betreffen, eine für beide Seiten befriedigende Lösung finden müssen*”.¹⁶⁸

Nel criterio della proporzionalità digressiva, insomma, il principio tipico delle democrazie rappresentative dell'uguaglianza dei cittadini si trova coniugato con quello dell'uguaglianza degli Stati. A differenza della configurazione tipica degli Stati federali, in cui l'eguale rappresentanza degli Stati trova espressione esclusivamente nella seconda camera, essa in un certo senso informa di sé anche il parlamento. Sebbene una spiegazione di tal genere sia in grado di rendere ragione della rappresentazione diseguale, più difficile è capire come essa si accordi con la disposizione presente all'Art. 10.2 secondo la quale, nel parlamento Europeo, “i cittadini sono direttamente rappresentati”; ma come si declina la questione della rappresentanza? Altrettanto consona sembrerebbe essere la simultanea rappresentazione di interessi diversi da parte di ciascun deputato – cosa che tuttavia evidentemente mal si concilierebbe con la funzione democratica del parlamento (così come con la proposta di una europeizzazione delle elezioni e dei partiti politici vista in precedenza). Inoltre, come è stato giustamente osservato,¹⁶⁹ l'affermazione o, meglio, la tutela dell'interesse nazionale garantito da tale costrutto si presta a due differenti letture:

¹⁶⁷ Per un tentativo di giustificazione diversa del criterio della proporzionalità digressiva si veda, ad esempio, Niesen, *Der pouvoir constituant mixte als Theorie der Föderation*, 2016, p. 228-230.

¹⁶⁸ Habermas, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit*, 2014, p. 186.

¹⁶⁹ Cfr. Achenbach, *The European Parliament as a Forum of National Interest?*, 2017, p. 193-202. Nel suo contributo, la giurista Jelena von Achenbach critica la proposta habermasiana di giustificare il criterio della proporzionalità digressiva come “*mechanism empowering national interests*” (p. 193) da una prospettiva giuridica, empirica e normativa.

da un lato, esso può essere inteso nell'affermazione di qualsiasi interesse politico nazionale nelle deliberazioni del Parlamento europeo; dall'altro lato, esso può riferirsi, più in particolare, nella conservazione delle acquisizioni in termini di giustizia e di livelli di democrazia storicamente raggiunti che sono incarnati in ciascuno Stato. Se la possibilità di determinare quest'ultimo contenuto, più ristretto, dell'interesse nazionale come ciò che deve trovare espressione nella composizione del parlamento deriva dal significato normativo che Habermas attribuisce agli Stati come Stati liberal-democratici (ad essi è assegnata una funzione essenziale nell'ipotesi ricostruttiva della struttura costituzionale dell'UE avanzata da Habermas, in essi trova espressione l'elemento della pluralità), la domanda che resta aperta è se sia sufficiente e come questo possa tradursi in un numero e una proporzione.

La messa in luce di questi elementi problematici non è funzionale a una mera critica o al rifiuto della proposta teorica habermasiana, bensì a mostrare come il tentativo di pensare una comunità federale sovranazionale democratica e destatalizzata richieda di riconsiderare una molteplicità di questioni che vanno al di là o che vengono dischiuse dalla peraltro produttiva idea di un *pouvoir constituant mixte* (il significato della rappresentanza, la funzione dell'individuo, il tema degli interessi ecc.). Nella parte conclusiva, vorrei ripercorrere brevemente alcune delle principali critiche che sono state destinate alla recente proposta habermasiana, per poi invece tentare di formulare la difficoltà teoretica maggiore che mi pare la caratterizzi nel rapporto tra le premesse teoriche del ragionamento e le conclusioni.

4.5- LE DIFFICOLTÀ DEL *POUVOIR CONSTITUANT MIXTE*.

La proposta habermasiana di declinare la questione della costituzione e della democrazia sopranazionale muovendo dalla considerazione e, come visto, dalla ridefinizione del potere costituente contestuale alla proposta di un *pouvoir constituant mixte* è rimasta tutt'altro che inascoltata ed ha generato immediatamente a ridosso della pubblicazione di *Zur Verfassung Europa* un vivace e produttivo dibattito.¹⁷⁰ Di esse si è

¹⁷⁰ Si vedano, tra i molti, con l'intento di una ripresa, problematizzazione e/o sviluppo delle tesi habermasiane: Zarka, *Refaire l'Europe avec Jürgen Habermas*, 2012; Niesen, *Der pouvoir constituant mixte als Theorie der Föderation*, 2016, p. 207-234; Patberg, *Introduction: The EU's Pouvoir Constituant*

tenuto conto per provare a chiarire la proposta habermasiana e offrirne una prima problematizzazione nel complesso del precedente paragrafo. Ciò nonostante, non hanno tardato ad emergere posizioni critiche riguardo alla specifica declinazione che il recente tentativo habermasiano di ripensare il tema dell'autodeterminazione democratica – in grado di essere all'altezza delle sfide della costellazione postnazionale – ha assunto. Si tratta di una serie di obiezioni per molti versi eterogenee tra loro, rivolte ad aspetti teorici diversi, e che tuttavia non appaiono prive di una connessione reciproca. Per concludere vorrei riassumere brevemente le obiezioni che mi paiono più rilevanti, per poi cercare di far emergere la difficoltà maggiore che connota il contributo habermasiano nella misura in cui intende coniugare necessariamente tra loro l'idea di una comunità federale sovranazionale destatalizzata con il concetto di autodeterminazione democratica.

Alla luce della diatriba della metà degli anni novanta, può non sorprendere che tra i primi studiosi ad aver rivolto la propria attenzione critica nei confronti della recente proposta habermasiana ci sia proprio Dieter Grimm.¹⁷¹ È in un saggio al cui centro si colloca l'interrogativo “chi è sovrano nell'Unione Europea?” che il giurista tedesco si è occupato della teoria della sovranità (con)divisa, sollevando una questione che concerne l'impianto complessivo dell'argomentazione habermasiana, specie per come questa è esposta nel saggio sulla crisi e la “costituzione”. La struttura sdoppiata del potere costituente si giustifica ricostruttivamente, perlomeno in parte, a partire dall'attuale costituzione giuridica dell'Europa (ovvero sulla base della lettera dei trattati attualmente vigenti). Al contempo, da essa sono fatte derivare una serie di idealizzazioni e di prescrizioni che definiscono l'autorità costituente. Secondo Habermas, è anzitutto da una lettura attenta del Trattato di Lisbona che è possibile ricavare l'idea di una sovranità così intesa, perché la procedura di modifica del Trattato prevede che il Parlamento è coinvolto insieme al Consiglio nella procedura legislativa ordinaria. Alla luce del concetto moderno di potere costituente, si può opportunamente osservare come, sul piano della teoria democratica, appaia possibile (e plausibile) stravolgere la logica che è propria del potere costituente eliminandone l'aspetto irriducibilmente extra-costituzionale e libero da vincoli legali pre-esistenti, programmandolo e, dunque, condizionandolo sulla base di

Mixte, 2017, p. 1-6, insieme a i contributi di Peter Niesen, Jelena von Achenbach, Klaus Günther (oltre che Habermas medesimo) presenti all'interno dello stesso numero della rivista; Perju, *Double Sovereignty in Europe?*, 2017 Forthcoming, p. 1-44.

¹⁷¹ Cfr. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 285-290.

un'interpretazione del diritto positivo vigente (che, inoltre, introduce in esso il rischio di un conflitto irriducibile tra i soggetti costituenti ovvero l'impossibilità dell'autodeterminazione).¹⁷² Al di là di quest'aspetto, dal punto di vista di Grimm, le conclusioni che Habermas trae in realtà trovano difficilmente giustificazione nel Trattato di Lisbona: in particolare ciò che verrebbe omissis è il fatto che sono gli Stati a decidere dell'approvazione definitiva.¹⁷³ Sulla base del Trattato (della modalità della sua approvazione) e considerate in modo particolare le procedure di revisione (sia quella ordinaria sia le due semplici), unicamente gli Stati membri possono essere indicati coerentemente come i depositari di un eventuale "potere costituente" – altrettanto si può dire in relazione alla procedura di approvazione del Trattato di Lisbona.¹⁷⁴ Questo perché neanche a seguito delle novità introdotte in quest'ultimo, l'Unione deriverebbe da se stessa le proprie fondamenta giuridiche:¹⁷⁵ *"Habermas' Konstruktion bleibt diskussionswürdig, jedoch nicht als Beschreibung der geltenden Rechtslage nach dem Lissabon-Vertrag, sondern als theoretischen Modell zur Konstruktion der Souveränität in einer politischen Einheit, die sich aus Staaten zusammensetzt"*,¹⁷⁶ conclude Grimm. Sebbene questa affermazione miri evidentemente a valorizzare l'ambiziosa costruzione habermasiana, essa non può che spingere a ridimensionare proprio quell'intento "ricostruttivo" che definisce la specificità dell'approccio habermasiano alla questione del "potere costituente". La teoria del *pouvoir constituant mixte* decadrebbe così a un modello puramente normativo.

¹⁷² Si tratta di un elemento singolare evidenziato, anche da Markus Patberg, cfr. Patberg, *Suprastaatliche Verfassungspolitik*, 2014, p. 423-424.

¹⁷³ Sotto questo profilo, tuttavia, si può comprendere una delle principali ragioni del ricorso habermasiano ad un esperimento mentale. Inoltre si tenga presente che uno degli intenti di Habermas è proprio quello di superare la narrazione dell'Unione Europea secondo la quale gli Stati possono ancora considerarsi a tutti gli effetti i Signori dei trattati – sostenuta da autori come D. Grimm. Se lo scopo della ricostruzione razionale del processo costituente europeo è quello di dare ragione o di cogliere la razionalità di una certa prassi, assumendo il punto di vista dei partecipanti ad essa, questo tipo di approccio consente così di operare legittimamente una serie di idealizzazioni rispetto alla realtà giuridica fattualmente esistente.

¹⁷⁴ In altri termini, il problema, secondo Grimm, consiste nel fatto che la procedura di revisione dei trattati procede secondo la modalità degli accordi internazionali. L'aspetto rilevante è che i cittadini dell'Unione non sono mai coinvolti direttamente come soggetto legittimante: essi assumono un ruolo solo attraverso il coinvolgimento del parlamento europeo in maniera subordinata, ovvero sono coinvolti nella fase preliminare, ma non nella procedura decisionale.

¹⁷⁵ Per i dettagli e i relativi rimandi ai trattati, si veda: Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, p. 285-290, e Id., *Europa ja - aber welches?*, 2016, p. 58-63. Si veda utilmente anche Zarka, *Refaire l'Europe avec Jürgen Habermas*, 2012, p. 112-119.

¹⁷⁶ Grimm, *Europa ja - aber welches?*, 2016, p. 63.

Una seconda questione che è stata sollevata, non a caso, concerne la tensione esistente tra il modello di democrazia transnazionale proposto da Habermas e le trasformazioni materiali prodotte in particolare dalla crisi finanziaria del 2008. Un autore come Étienne Balibar, che con Habermas condivide l'impegno politico per la causa europea, ha insistito sul fatto che il modello habermasiano non fa adeguatamente i conti con la congiuntura ed arrivi insomma fuori tempo massimo.¹⁷⁷ Pur avendo numerosi meriti, primo fra tutti quello di pensare politicamente l'Europa senza trascurare l'analisi delle dimensioni economica, politica e sociale, Habermas nella sua argomentazione fa come se la crisi – che non solamente rappresenta l'occasione dichiarata degli scritti più recenti, ma assume giustamente un ruolo centrale – non avesse di per sé mutato il quadro della realtà politica e fosse dunque ancora possibile “realizzare ora quel che sarebbe stato necessario fare per evitarla”.¹⁷⁸ La conseguenza, e questo è il secondo elemento di debolezza ravvisato da Balibar, è che culmina col riproporre in ogni caso un modello di democrazia eccessivamente formale incapace di confrontarsi direttamente e in modo radicale con le dimensioni nuove della partecipazione e del conflitto che contrassegnano il complesso della prassi democratica al di là della rappresentazione.¹⁷⁹ L'idea di uno sdoppiamento della sovranità popolare, letta come il raddoppiamento delle strutture rappresentative, non aiuterebbe cioè a intercettare la molteplicità delle forme di soggettivazione politica.¹⁸⁰ Al contrario, precisa Balibar,

“bisogna anche concepire altre forme di democrazia, o piuttosto di democratizzazione dell'istituzione politica. È questa la chiave della soluzione della nota aporia del *démos* europeo. Il *démos* non preesiste, come sua condizione, alla democrazia: ne deriva, come suo effetto costante. Ma a sua volta la democrazia esiste soltanto nel corso e nelle forme di differenti pratiche di democratizzazione. [...] Queste forme costituiscono un equilibrio instabile, che si allontana da un costituzionalismo normativo. Non possono

¹⁷⁷ Cfr. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, 2016, p. 198-203 e 232-234.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 199. A tal proposito Balibar osserva come “in Europa come altrove, non ci sarà uscita dalla crisi senza una rivoluzione fiscale, che significhi non solo il prelievo di tasse europee e il controllo della loro equa ripartizione, ma anche il loro utilizzo per una politica di ripristino dell'occupazione devastata dalla crisi, di riconversione delle attività produttive e di salvaguardia del territorio europeo. Qualcosa come un New Deal o un Piano Marshall intraeuropeo. Il che presuppone anche il ritorno a una politica monetaria equilibrata, fondata in egual misura sul circuito fiscale e sul circuito bancario (che è poi quello che alimenta la speculazione)”.

¹⁷⁹ Sulla questione della crisi della rappresentanza e del rapporto tra de-democratizzazione e neoliberalismo, si tenga presente Id., *Cittadinanza*, 2012, p. 134-154, in particolare.

¹⁸⁰ Sul punto si vedano le osservazioni di Antonino Scalone, cfr. Scalone, *Le istituzioni europee*, 2016, p. 183-185.

essere realizzate con decisioni prescrittive, quale che sia il loro modo di legittimazione”.¹⁸¹

Una terza e ultima questione che è stata sollevata concerne la coerenza delle premesse teoriche habermasiane, in particolare la volontà di mantenere fermo il concetto di democrazia come autodeterminazione, con l’esito di un potere costituente diviso. Al di là delle ambiguità semantiche e concettuali menzionate in precedenza relative al rapporto unità-dualità interne alla trattazione habermasiana, il carattere sdoppiato della sovranità e del potere costituente appare incompatibile con l’idea di autodeterminazione democratica, poiché è proprio in essa ad essere iscritto un movimento costitutivamente unitario.¹⁸² Secondo Erik Oddvar Eriksen, infatti, “*the term ‘a federation of nations states’ sits uneasily with the idea of democracy as a self-governing citizenry as well as with Habermas’s own claim that we should not substantialize ‘the people’ or ‘the nation’.* [...] *From the point of view of democratic self-rule citizens’ sovereignty cannot be divided or shared with another one*”.¹⁸³

Il problema ravvisato da Eriksen, in considerazione della premessa habermasiana di intendere la democrazia come autodeterminazione, è duplice: da un lato, la garanzia dell’autonomia dei cittadini è vista collidere con quella (collettiva) degli stati che sarebbe altrettanto necessario salvaguardare; dall’altro lato, la comunità federale europea non solo non supererebbe l’assetto degli Stati sovrani, ma l’effetto della costruzione habermasiana è proprio quello di una paradossale sostanzializzazione della sovranità degli Stati. Nonostante l’analisi habermasiana pervenga a identificare un soggetto identitario – la totalità degli individui con una doppia personalità –, la (con)divisione originaria della soggettività politica impedisce quel movimento di auto-autorizzazione senza cui è ben difficile immaginare l’identità tra autori e destinatari del comando politico.¹⁸⁴ Il che

¹⁸¹ Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, 2016, p. 202-203. A proposito delle differenti pratiche di democratizzazione, il rimando dello stesso Étienne Balibar è ai contributi di Toni Negri e Pierre Rosanvallon: cfr. Hardt & Negri, *Comune. Oltre il pubblico e il privato*, 2010 e Rosanvallon, *La contre-démocratie*, 2006. (Nella parte omessa del passo appena citato, Balibar precisa: “in quanto democrazia rappresentativa, certamente, ma anche in quanto democrazia partecipativa, il cui limite è il comunismo autogestito (la costruzione dei ‘comuni’, come direbbe Negri), e come democrazia conflittuale (‘controdemocrazia’, direbbe Rosanvallon), alimentata da rivendicazioni e proteste, da resistenze e indignazioni”).

¹⁸² Cfr. Eriksen, *The Normativity of the European Union*, 2014, p. 91-94.

¹⁸³ *Ivi*, p. 92.

¹⁸⁴ Si tratta di un aspetto che Habermas, pur riconoscendolo *apertis verbis*, non sembra ritenere problematico: “qui non si tratta – a differenza che nel caso dei popoli sovrani rivoluzionari dei secoli passati – di un auto-conferimento di autorità in senso stretto. L’autorizzazione dei soggetti già democraticamente costituiti ad attuare un processo costituente di ordine superiore richiede sempre il consenso di un popolo

significa, che malgrado i suoi presupposti, “*this construction devaluates the democratic principles of citizens’ self-rule. There would be no criterion for approximating the autonomy principle – citizens should only obey laws that they also have been the authors of – when it is discounted and weighed against the state principle*”.¹⁸⁵ In altri termini, nella ricombinazione delle tre elementi essenziali di ogni comunità democratica verrebbe meno il nesso che le definisce come componenti di un sistema di autodeterminazione.¹⁸⁶

Rispetto a quest’ultimo plesso problematico, per concludere, vorrei cercare di chiarire la difficoltà che connota l’impostazione dell’approccio habermasiano se l’obiettivo è quello di valorizzare la novità che caratterizza i recenti sviluppi della riflessione habermasiana sull’Europa. Si è cercato di mettere in rilievo precedentemente come essa consista nel tentativo di pensare una forma politico-costituzionale diversa da quella dello Stato attraverso il recupero significativo delle teorie del *Bund*. Al contempo l’operazione habermasiana mira a confrontare immediatamente quest’ultima col problema della legittimità democratica – intendendo la democrazia nell’accezione di autodeterminazione. Da un punto di vista concettuale – e tenendo conto degli aspetti dilemmatici che suggerisce l’analisi di Eriksen – la domanda che sorge è se al tentativo di pensare una *comunità federale sovranazionale destatalizzata* sia appropriato il concetto di autodeterminazione democratica (se esso possa essere dato per scontato e assunto non solo come criterio critico, ma modello che deve trovare espressione nella forma politico costituzionale che si sta cercando di pensare).

Negli esiti dell’esperimento mentale elaborato da Habermas per cui gli individui presenterebbero una duplice identità parimenti costitutiva – ovvero né momentanea né ordinabile gerarchicamente al suo interno – si può vedere come in realtà questa duplicità si sottragga all’autodeterminazione stessa. Non a caso, lo sforzo habermasiano è esattamente quello di giustificare razionalmente tale divisione attraverso la considerazione degli Stati nazionali come Stati costituzionali che divengono garanti dei

sovano “classico”, il quale però ora si presenta nella forma della totalità dei cittadini europei e deve decidere a sua volta di *condividere* il proprio potere costituente. L’immagine classica di un livello *costituente* e di uno *costituito* si estende a una dimensione ulteriore, che sta alla base del processo costituente in senso proprio, con la *precedente costituzione della sovranità innalzata* stessa (con l’accordo, cioè, tra due soggetti costituenti designati)”, Habermas, *Perché è necessaria e com’è possibile la trasformazione dell’Unione Europea*, 2015, p. 37.

¹⁸⁵ Eriksen, *The Normativity of the European Union*, 2014, p. 92.

¹⁸⁶ “*The weakness of Habermas’s reconstruction of a legitimate EU is that the requisite unifying component of the European political order is lacking*”, Ivi, p. 93.

livelli già raggiunti di giustizia e libertà. Ma se nella nuova entità politica che prende forma deve trovare realizzazione innanzitutto l'idea di autodeterminazione, perché gli individui dovrebbero decidere di sdoppiarsi? Gli individui non prendono affatto "sovraneamente" questa decisione: essi sono già divisi. Ma è evidente in questo modo che è necessario muoversi all'esterno di una pura logica (formale) di autodeterminazione.¹⁸⁷ Rimanendo all'interno dell'assunto di quest'ultima, l'unico esito logicamente coerente, ma altrettanto contrario ai propositi habermasiani, è quello di uno Stato federale che implica tuttavia dover rinunciare alla rilevanza politica delle parti.

In tal senso, non si deve concludere l'impossibilità o l'inutilità di porre la questione della democrazia in relazione all'idea di una comunità federale sovranazionale. Come posto in luce da Balibar (ma anche dal breve accenno alla riflessione di Bogdandy), altre forme della democrazia possono rivelarsi proficue. Affinché comunità federale sovranazionale possa conservare il suo carattere non statale appare necessario piuttosto rideterminare il significato della democrazia in modo tale che la dimensione costituzionale del patto e della cooperazione tra parti diverse non rischi di venire neutralizzata. Anche alla luce di questo punto emerso nell'attraversamento critico della recente riflessione habermasiana, si ritornerà ad occuparsi specificamente delle teorie della federazione nel capitolo finale della presente trattazione.

¹⁸⁷ Un punto di vista per certi versi simile è espresso da Vlad Perju (cfr. Perju, *Double Sovereignty in Europe?*, 2017 Forthcoming, p. 2-4) che però procede in direzione di una forma costituzionale statale.

CAPITOLO III.

UNA COSTITUZIONE OLTRE LO STATO? LA TEORIA DEL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO DI INGOLF PERNICE.

1- INTRODUZIONE. POSIZIONE DEL PROBLEMA E TESI.

Il presente capitolo è dedicato alla teoria del “costituzionalismo multilivello” nella formulazione che esso ha trovato *in primis* all’interno dei contributi del giurista Ingolf Pernice.¹ Stando alla sintetica formulazione che il giurista tedesco stesso ne ha dato, con “costituzionalismo multilivello” si indica:

*“ein theoretischer Versuch, die Europäische Union als zusammengesetztes System einander ergänzender, also komplementärer Verfassungskomponenten darzustellen, die letztlich jeweils ihre Legitimation von den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern her beziehen, eng miteinander verflochten und einander pluralistisch, nicht hierarchisch zugeordnet sind. Es geht darum, die konzeptionelle Trennung von Staat und Union zu überwinden und die Europäische Union als auf die staatlichen Strukturen aufbauende Form der politischen Selbstorganisation der Menschen zu verstehen. Sie ist ein den Staat ergänzendes und überwölbendes Instrument zur Erreichung von Zielen, die der einzelne Staat nicht allein erreichen kann: Frieden, Sicherheit, Freiheit, Wohlstand, Nachhaltigkeit”.*²

¹ Il costituzionalismo multilivello verrà dunque inteso “in senso stretto” (cfr. Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, 2010, p. 143-164) – mentre non verranno prese in considerazione teorie analoghe o molto prossime ad esso sviluppate al di là del contesto tedesco (per queste si veda utilmente l’appena citato saggio di Neil Walker). Con “costituzionalismo multilivello” traduciamo l’espressione inglese “*multilevel constitutionalism*” introdotta da Pernice, a sua volta, come traduzione inglese del tedesco “*Verfassungsverbund*”, cfr. Pernice, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration*, 1998, p. 40 (n.1) e 43 – dove la paternità della traduzione è attribuita agli assistenti F. C. Mayer e C.-O. Pahl. Si tratta di una resa non letterale, bensì dal valore esplicativa: letteralmente si dovrebbe tradurre “complesso di costituzioni” o “costituzione composita” – ovvero, “*compound of constitutions*”, in inglese. In francese, secondo la resa dello stesso Pernice, “*constitution composée*” (cfr. Pernice & Mayer, *De la constitution composée de l’Europe*, 2000), mentre in italiano è stata tradotta anche con “costituzione integrata”, “costituzione composita” e “federazione costituzionale”, Pernice & Mayer, *La costituzione integrata dell’Europa*, 2003). L’originale *Verfassungsverbund* compare per la prima volta in: Pernice, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, 1996. Sulla genesi del termine si confronti utilmente anche: Mayer & Wendel, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, 2012, p. 127-135.

² Pernice, *Verfassungsverbund*, 2010, p. 104.

L'ambizione di Pernice, è opportuno tenerlo presente, va tuttavia ben al di là del confezionamento di un modello teorico dalla valenza meramente normativa. Nella mancata comprensione o nell'inadeguata concettualizzazione dell'architettura costituzionale dell'Unione Europea egli ravvisa, similmente ad Habermas, una delle ragioni principali della sfiducia nei confronti del processo d'integrazione europeo.³ Lo sforzo teorico va dunque nella direzione di una comprensione di un'entità politico-giuridica costitutivamente plurale e in divenire come l'Europa che risulti in grado, mediante la proposta di nuove categorie, di fornire orientamento rispetto a una realtà complessa. Il costituzionalismo multilivello di Pernice è inteso dunque come un tentativo di concettualizzare il costituzionalismo europeo *oltre* lo Stato e in quanto tale è preso in considerazione e attraversato criticamente.

Dopo aver presentato e discusso criticamente la gestazione della teoria del costituzionalismo multilivello, nonché gli elementi teorici costitutivi che permettono di configurarlo come un tentativo preciso di pensare la costituzione *oltre* lo Stato – coniugato in particolare con un ripensamento della partecipazione democratica – intendo mettere in luce alcuni degli aspetti di esso che si rivelano particolarmente problematici muovendo da una considerazione ad un tempo filosofica e storico-concettuale che permane ciononostante all'interno della teoria stessa. A tale riguardo, è necessario rivolgere l'attenzione in modo particolare all'esplicito tentativo di fondare questa forma di costituzionalismo “democratico” oltre lo Stato facendo ricorso al modello del *contratto sociale* tra le cittadine e i cittadini d'Europa. Si tratta di un aspetto della teoria del costituzionalismo multilivello sulla quale Pernice ha insistito con forza anche di recente:⁴ “*multilevel constitutionalism conceptualises the composed European constitution as a system based upon the will of the citizens. [...] The concept of a European social contract is used to underline the contractual quality of the broadly consensus-based legitimacy of the supranational public authority so established*”.⁵ Lungi dall'averne una valenza meramente simbolica o dal poter essere ridotto ad un espediente tutt'al più retorico,⁶ all'interno dell'approccio di Pernice “il concetto di un contratto sociale europeo” assume una funzione teorica primaria quale costruzione giuridica che dovrebbe essere capace di

³ Cfr. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, p. 542.

⁴ Cfr. *Ivi*, p. 550-552.

⁵ *Ivi*, p. 551.

⁶ Di questo avviso invece è, per esempio, Agostino Carrino. Cfr. Carrino, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, 2005, p. 81-92.

dare ragione all'interno dell'articolata, plurale e multilivellare struttura del sistema di governo dell'Unione, del ruolo attivo dei cittadini e della legittimità democratica del potere dell'Unione. Che ciò avvenga, ovvero che l'assunzione del modello del contratto sociale appaia plausibile, in ordine alla costruzione di un potere europeo legittimo, può risultare poco sorprendente, se si considera – come visto nella parte su Grimm – come nella moderna dottrina del contratto sociale sia inscritta matrice logica delle costituzioni democratiche e della legittimazione del potere. La questione è la funzione che esso può assumere – posto che possa assumerne una – in un contesto teorico in cui l'obiettivo è quello di determinare un costituzionalismo postnazionale, o meglio *oltre* lo Stato – dove l'*oltre* non indichi una differente dimensione spaziale o temporale, quanto piuttosto una modalità differente di pensare il costituzionalismo.

Al di là della praticabilità e della capacità “descrittiva” della teoria del costituzionalismo multilivello rispetto alla realtà dell'Unione Europea, spesse volte divenute obiettivo polemico dei detrattori, nei limiti della presente trattazione dovranno allora essere interrogate la coerenza e le tensioni interne che si presentano tra i presupposti e gli sviluppi della teoria stessa.⁷ In particolare, se nella natura plurale e dinamica che caratterizza l'“unione costituzionale” europea è indicato il punto di partenza che rende necessario innanzitutto ripensare la costituzione *oltre* lo Stato (costituzione che, secondo Pernice, in realtà già c'è a tutti gli effetti, benché in divenire, in azione), la domanda che sorge è se essa sia pensabile assumendo quale base legittimante un'unità concepita come la totalità dei cittadini e delle cittadine europee *uti singuli*, in accordo col costrutto del contratto sociale. In che senso tale forma permette di pensare il protagonismo politico dei cittadini a partire dalle loro differenti appartenenze, esigenze, bisogni e, ad un tempo, il carattere plurale e mutante della costituzione? Si tratta non solo di chiedere e verificare dall'interno se è necessario e possibile il postulato scientifico di un contratto sociale europeo per una teoria del costituzionalismo multilivello, ma di comprendere l'effettiva

⁷ Tra i tentativi di considerazione “critica” della teoria del costituzionalismo multilivello a partire tuttavia da approcci diversi da quello utilizzato in questa sede, si tengano presenti in particolare quello di Mattias Jestaedt, che considera la teoria di Pernice a partire da premesse kelseniane per mostrarne le inconsistenze, e quello più recente di René Barents che arriva a definirlo una “fallacia” in quanto basato su premesse contraddittorie. Cfr., rispettivamente, Jestaedt, *Der Europäische Verfassungsverbund*, 2007, p. 93-127 e Barents, *The Fallacy of Multilevel Constitutionalism*, 2012, p. 153-184. In entrambi i casi, la teoria di Pernice è respinta senza che gli autori si producano in un corrispondente tentativo di determinare in positivo un approccio costituzionale all'Unione Europea. La replica di Pernice nei confronti di tali critiche si trova, rispettivamente, in: Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, p. 61-92, e Id., *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, p. 541-562.

tenuta e le conseguenze che da esso derivano in rapporto al complesso delle pretese normative che lo alimentano. L'obiettivo non è pertanto un rigetto della teoria, quanto piuttosto il tentativo di mostrarne le tensioni interne così da fornire elementi utili per ripensarla.

L'assenza di consequenzialità interna che, come vedremo, sembra scaturirne, così come la difficoltà di intendere l'altra valenza del contratto sociale, quella del contrattare e dell'accordarsi, nella misura in cui è declinata in termini individualistici, conducono anzitutto ad una collocazione paradossale dell'idea di contratto sociale. Da una parte, se essa è intesa radicalmente – come già intravisto nel capitolo dedicato a Grimm –, sembra non solo rendere impensabile la struttura *politicamente* plurale e multilivello che dovrebbe essere costitutiva dell'Europa, ma ricadere in una forma di pensiero che a ragione è definibile come statocentrico in quanto dominato dall'elemento unitario/monistico, nonostante lo sforzo preliminare di disgiungere tra loro costituzione e Stato in cui la dimensione della contrattazione risulta neutralizzata. Dall'altra, se essa è intesa invece in una modalità debole, nel senso che il ricorso all'idea di contratto sociale non culmina necessariamente nella logica della rappresentazione – non prevede l'alienazione totale della libertà affinché questa diventi effettivamente possibile attraverso la costruzione del corpo sociale – si rivela una costruzione superflua, ovvero accessoria, marginale, ed evidenza degli elementi di inconseguenza.⁸ In tal modo, viene meno non solo qualsiasi pregnanza concettuale, ma a rimanere non chiarita è proprio la differente declinazione della relazione tra unità e pluralità che la teoria del costituzionalismo multilivello intendeva programmaticamente ri-definire in termini positivi. L'interrogativo è, in altre parole, se e come l'idea di contratto sociale non solo offra un'alternativa forte a quella degli Stati come *Herren der Verträgen*, ma sia in grado di configurare effettivamente una costituzione oltre lo Stato con le caratteristiche che essa dichiara di voler avere. Il contratto sociale tra cittadini europei non si dimostra essere semplicemente una “costruzione giuridica ausiliaria di portata limitata”,⁹ ma è

⁸ Aspetto che non fa altro che testimoniare, in realtà, dell'esaurimento del contratto sociale illuministico quale modello la cui logica permetterebbe di pensare un ordinamento politico e giuridico costitutivamente plurale e dinamico. Per tale tesi, si vedano in particolare: Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, 2002, p. 109-139, e Hofmann, *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, 2004, p. 157-171.

⁹ È quanto osserva Hasso Hofmann che parla, a proposito della funzione del *contratto sociale* nella teoria di Pernice, di “*juristische Hilfskonstruktion von begrenzter Tragfähigkeit*”, Id., *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, 2004, p. 171 (per la traduzione italiana, cfr. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, 2009, p. 7-24 e, in particolare, p. 24 per la citazione). In questo saggio,

esattamente ciò che deve essere superato per un costituzionalismo *oltre* lo Stato e capace di dare conto e valorizzare l'elemento della pluralità.

Come noto, nella vastissima serie di contributi che a partire dalla seconda metà degli anni Novanta Pernice ha consacrato al tema della costituzione europea – ovvero dall'introduzione del termine di *Verfassungsverbund* concomitantemente a quello di *Bürgerverbund* e in contrapposizione a *Staatenverbund* impiegato dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza sul Trattato di Maastricht –, non è rinvenibile una trattazione sistematica del concetto o l'elaborazione di una “teoria del *Verfassungsverbund*”, analoga o paragonabile a quella, ad esempio, della *Théorie de la Fédération* di Olivier Beaud.¹⁰ Il modo di procedere è assai più multiforme, avanza per accumulo e si trova per lo più intrecciato nell'esposizione degli elementi teorici costitutivi con l'analisi di specifiche novità istituzionali introdotte a seguito della ratifica dei trattati o, per esempio, in rapporto a possibili sviluppi del processo di integrazione. In questo non va ravvisato un elemento di debolezza della teoria stessa, ma, in qualche modo, un “limite costituente”, che permette dunque alla teoria stessa di estrinsecarsi mantenendo vivo il rapporto col processo aperto di costituzionalizzazione europea. La prestazione specifica di essa (ovvero anche gli elementi costanti che la definiscono rispetto a delle variabili che, è bene ripeterlo, non vanno considerate come meri accidenti) può essere desunta, – e in tale direzione si è cercato di procedere – attraverso un raffronto tra i testi. Benché i riscontri testuali riportati siano ovviamente circoscritti, tratti solo da alcuni contributi in particolare del giurista tedesco, ovvero quelli più direttamente rivolti alla definizione, all'analisi e alla problematizzazione del concetto di *Verfassungsverbund* e che, al contempo, sono apparsi più efficaci nella formulazione, si è cercato di precisare il più possibile eventuali corrispondenze o, laddove presenti, le difformità all'interno delle note.

Hofmann indica come il compito principale e più arduo per ripensare l'ordine giuridico e politico in chiave federalistica oltre lo Stato consista nel superamento del modello illuministico del contratto sociale. Hofmann osserva infatti come “*die Verfassung als politische Architektur*” – che proprio nel modello del contratto sociale trova la sua logica – “*verschwimmt in einer permanenten Verfassungsentwicklung*”, cfr. (*Ibid.*). Per maggiori dettagli in merito alla posizione di Hofmann si veda oltre.

¹⁰ Cfr. Beaud, *Théorie del la fédération*, 2007.

2- LA COSTITUZIONE *OLTRE* LO STATO COME *VERFASSUNGSVERBUND*.

La proposta di una teoria del costituzionalismo multilivello di Ingolf Pernice prende esplicitamente le mosse dalla consapevolezza che le categorie convenzionali della dottrina dello Stato e della costituzione non risultano essere più in grado di fornire una griglia concettuale ed interpretativa adeguata alla classificazione (si potrebbe dire alla “misurazione”) del nuovo fenomeno politico-giuridico rappresentato dall’Unione Europea.¹¹ La necessità di una autentica liberazione da una concettualità statocentrica non può essere ritenuta in alcun modo un espediente retorico, ma rappresenta la condizione per descrivere e chiarire l’UE nell’ambito di una considerazione anzitutto giuridica. Per introdurre e cercare di determinare il termine-concetto di *Verfassungsverbund*, del quale egli si serve per caratterizzare l’Unione Europea come forma giuridica autonoma e innovativa a partire dalla metà degli anni ‘90, Pernice osserva:

“wir müssen uns aus der Zwangsjacke der staatsanalogen Terminologie befreien, [...] wenn wir das Gebilde Europäische Union adäquat beschreiben wollen. [...] Unsere Begrifflichkeit ist vom Staatsrecht geprägt. Wenn sie uns nicht immer zum Staat zurückführen soll, müssen wir über ihren Bedeutungswandel aufklären oder neue Begriffe schaffen. [...] Und als Juristen sollten wir die Europäische Union nicht nur beschreiben, sondern diese Ordnung als normative Ordnung begreiflich machen”.¹²

L’esigenza di liberarsi innanzitutto da una terminologia che assume lo Stato come punto di riferimento intrascendibile è dunque accompagnata dalla consapevolezza che proprio la *nostra* concettualità rimane segnata da quella convenzionale del diritto pubblico statale. L’intento non consiste in una mera contrapposizione che correrebbe il

¹¹ Sotto tale profilo essa si trova in totale accordo con approcci per molti versi collocati agli antipodi. Può essere utile ricordare le parole di un giurista come Joseph Isensee: “*Die Europäische Gemeinschaft lebt vom Charme des Unfertigen. Sie strebt nach Zuwachs an Mitgliedern, an Kompetenzen, an Regelungsdichte, an innere Verfasstheit. Sie ist mehr Prozess als Organisation, mehr Entwurf als Ordnung, mehr Integration als Institution, mehr Einung als Einheit. Die rechtlichen Formen gelten nur als provisorisch, die Organisation nur als Interim, die vertraglichen Ziele nur als Zwischenziele. Das Endziel steht nicht fest. Unvereinbare Zielvorstellungen konkurrieren: dass Europa zu guter Letzt Konföderation werde oder Föderation, Zweckverband oder moderner Staat, Gebilde eigener Art oder Übernahme des nordamerikanischen Modells ‘Vereinigte Staaten von Europa’.* Die aktuelle Identität der Gemeinschaft bleibt in der Schwebe. Ihre derzeitige rechtliche Form passt nicht in die hergebrachten Begriffsraster der Allgemeinen Staatslehre und entschlüpft den juristischen Definitionsversuchen”, Tietmeyer, Kirchhof, & Schäfer, *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, 1993, p. 139. Ma si veda oltre anche l’approccio di Paul Kirchhof.

¹² Pernice, *Verfassungsverbund*, 2010, p. 102 – ci riferiamo a questo scritto in modo particolare perché integralmente finalizzato alla presentazione del concetto di *Verfassungsverbund*.

rischio di avere come presupposto necessario esattamente la concettualità statale che intende criticare. Quest'ultima ha un potere paralizzante, poiché non fa che riportare allo Stato una realtà che risulta determinabile solo negativamente rispetto alle qualità solitamente attribuite a quest'ultimo. In quanto tale, questa esigenza si pone allora come un compito che non può che mettere programmaticamente in questione i concetti abituali. Ciò di cui si diviene consapevoli assumendo come oggetto di studio l'Unione è che l'alternativa si dà tra la comprensione del mutamento di significato dei concetti veicolati da parole che sono rimaste identiche e l'invenzione di nuove parole che permettano di definire nuovi concetti, in cui il mutamento è registrato, poiché anche gli stessi termini a cui sembra ancora attribuibile un significato certo e determinato, ad una più attenta considerazione si mostrano invece imprecisi, ovvero bisognosi di un surplus esplicativo. Questo significa che il costituzionalismo multilivello rifiuta una trasposizione diretta anche del concetto abituale di costituzione dal piano nazionale a quello sopranazionale.

Da questo punto di vista, la teoria del costituzionalismo multilivello si inserisce pienamente all'interno di un filone di ricerca promosso e portato avanti non solo in Germania da Peter Häberle – di cui Pernice è allievo¹³ che intende programmaticamente sviluppare una *europäische Verfassungslehre* svincolata da modelli improntati allo Stato nazionale, pur rimanendo capace di attingere parzialmente e criticamente alle “risorse teoriche” e al “tesoro d'esperienze” di quest'ultimo.¹⁴ La consapevolezza della necessità

¹³ Utile a riguardo Pernice, *Peter Häberle: Der Europäische Jurist*, 2004, in cui Pernice ripercorre con enfasi il percorso intellettuale del maestro in quanto “giurista europeo”.

¹⁴ Cfr. Wahl, *Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*, 2005, p. 917. Per quanto riguarda Peter Häberle – che non sarà oggetto diretto di trattazione nel presente lavoro – si tenga presente l'ottava, più recente, riedizione della *Europäische Verfassungslehre*: Häberle & Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 2016. Si tratta di un aspetto condiviso da Pernice, il quale però tende talvolta a equiparare parola e concetto, con effetti paradossali. Egli ritiene infatti che “*Wortneuschöpfungen für Gegenstände, die neu und abstrakt sind, die wir also nicht anders wahrnehmen können als eben über Begriffe mit fester, hergebrachter Bedeutung, können eine Vorstellung von dem Neuen nicht erwecken. Also können wir nur mit Variationen bekannter Begriffe und Bildern arbeiten*”, Pernice, *Verfassungsverbund*, 2010, p. 102. Si tratta di un passo in cui echeggia quello habermasiano dell'incipit al saggio sulla costellazione postnazionale. In ogni caso, la difficoltà che sorge impostando in tal modo il problema è duplice: da un lato, se fosse effettivamente possibile lavorare esclusivamente con “variazioni di concetti conosciuti”, risulterebbe logicamente impossibile tenere fede all'esigenza di liberarsi dalla “*staatsanaloge Terminologie*”; dall'altro lato, il *novum* della costruzione europea resterebbe privo di una sua positività, ovvero alla fin fine innominabile senza riferirsi allo Stato. Altro è invece l'esigenza di una nuova concettualità, altro è l'utilizzo di parole differenti con cui farlo. In tal senso, più che di “variazione”, mi pare si possa parlare di una rottura con la concettualità tramandata entro cui lavorare. A conforto di tale possibile lettura, si consideri anche il riferimento che Pernice fa a: Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 81-120 (per un approfondimento della proposta di Christoph Schönberger, si veda il capitolo IV del presente lavoro). Più in generale sul tema si veda: Chignola & Duso, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, 2005, p. 7-12.

di categorie comunque *non immediatamente* derivabili dall'esperienza degli Stati nazionali appartiene pertanto intrinsecamente all'approccio teorico di Pernice: in esso intende trovare espressione e sviluppo coerente ed in esso è rinvenuta la condizione necessaria al fine di comprendere giuridicamente e politicamente forme complesse di unità politica *oltre* lo Stato nazionale.

Poiché è il punto di vista del diritto quello privilegiato da Pernice, il termine-concetto di *Verfassungsverbund* mira a definire e fornire una spiegazione non solo del diritto dell'Unione Europea, ma soprattutto della relazione costitutiva tra diritto europeo e diritto degli Stati membri. Il legame o la connessione tra le costituzioni nazionali e il diritto primario in quanto parti di un sistema giuridico integrato individuano il nucleo chiave su cui si incentra la teoria.¹⁵ Il che significa, detto altrimenti, che solo considerando l'interazione tra gli ordinamenti è possibile comprendere il senso delle disposizioni in essi contenuti. Non meno rilevante del superamento delle barriere mentali derivanti dai tradizionali concetti della dottrina dello Stato, risulta la critica che Pernice rivolge alle concezioni dell'Unione come una semplice organizzazione di diritto internazionale.¹⁶ Un simile approccio manterrebbe una sua plausibilità solo per quel che concerne la creazione dell'Unione, ma si rivelerebbe meramente formale in quanto incapace poi di dare ragione di come in essa l'autorità pubblica è concretamente articolata.¹⁷

Nonostante questi chiarimenti, può apparire ancora perlomeno singolare il fatto che Pernice si serva di un concetto così denso storicamente e così profondamente intrecciato con la vicenda degli Stati nazionali, quale comunque rimane quello di “costituzione” (e, nella traduzione inglese, quello di “costituzionalismo”). Parlare di “costituzione” in riferimento alla realtà europea significa optare per un concetto altrettanto tradizionale quanto può esserlo quello di Stato. Tuttavia, se il concetto di Stato (nazionale) è ritenuto essere evidentemente inappropriato per comprendere l'UE come comunità politico-

¹⁵ “Die spezifischen Charakteristika dieser ‘Verbundenheit’ von nationalen Verfassungen und europäischem Primärrecht als einem integrierten Rechtssystem [...] suche ich seit 1995 [...] mit dem Begriff des ‘europäischen Verfassungsverbundes’ zu beschreiben”, Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, p. 62.

¹⁶ Cfr. Pernice & Mayer, *La costituzione integrata dell'Europa*, 2003, p. 47-48. Qui Pernice e Mayer scrivono: “La dottrina internazionalistica non tiene [...] conto della specificità della costruzione europea che, fatto salvo l'atto formale della sua creazione, ha poco in comune con un'organizzazione internazionale. Con tutte le sue specificità, l'Unione Europea assomiglia infatti sempre più a un'organizzazione statale con prerogative di potere pubblico”.

¹⁷ Come visto, tra gli autori che al contrario hanno più insistito sull'importanza del valore formale di quest'atto – nonostante riconoscano la struttura *sui generis* dell'UE e la sua differenza dalle tradizionali organizzazioni internazionali – c'è senz'altro Dieter Grimm.

giuridica, questo discorso non vale, secondo Pernice, in riferimento al concetto di costituzione. Per potersi servire del termine-concetto di costituzione, dunque, esso deve poter essere preliminarmente sganciato dal suo specifico contesto moderno rappresentato dallo Stato nazionale. Perché e in che senso può allora risultare non solo giustificato, ma fruttuoso un ricorso di questo tipo?

Dalla ragione principale che, secondo Pernice, giustifica una simile ipotesi emerge l'ulteriore debito nei confronti di Häberle.¹⁸ Di questi egli recupera l'idea fondamentale secondo la quale “non può esserci più Stato di quanto la costituzione ne costituisca”.¹⁹ La chiave di volta per qualsiasi tentativo di sganciare costituzione e Stato consiste nel riconoscere la priorità del concetto di costituzione rispetto a quello di Stato.²⁰ Poiché, infatti, il nesso sussistente tra Stato e costituzione non è un nesso di implicazione reciproca, bensì di derivazione, la seconda può trovare impiego anche nel caso di differenti forme politico-giuridiche al di là dello Stato e che intendano configurarsi come forme legittime di autorità pubblica.²¹ La costituzione, infatti, è quello strumento giuridico mediante il quale non solo un popolo si auto-organizza politicamente, ma una molteplicità di popoli si mettono d'accordo per creare delle istituzioni comuni dotate di autorità pubblica senza che questa diventi un centro sovraordinato alle entità politiche partecipanti. Lo Stato e gli atti statali stessi, invece, possono esserci solo in quanto sono creati, prima ancora che organizzati e regolamentati, dalla costituzione.²² Non solo, ma il

¹⁸ Cfr. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European Constitution-Making Revisited?*, 1999, p. 708; Id., *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, 2001, p. 159 e ss.; Id., *Peter Häberle: Der Europäische Jurist*, 2004, p. 13.

¹⁹ Per la traduzione del passaggio, cfr. Id., *Sovranità, diritti umani e costituzione europea*, 2002 – citato dalla versione disponibile on-line; vedi la nota successiva per il contesto del passo in Häberle.

²⁰ A tale riguardo valgono le considerazioni di Martin Kriele a proposito dello Stato costituzionale relative all'impossibilità di comprendere il fondamento di legittimità dello Stato costituzionale fintanto che la rappresentazione del primato dello Stato permane: “*Die Verfassung konstituierte nicht die Staatsgewalt, sondern die Staatsgewalt ging der Verfassung historisch und theoretisch voraus und konstituierte die Verfassung. Solange eine solche Vorstellung lebendig bleibt, bleibt die Legitimationsgrundlage des Verfassungsstaates ungefestigt*”, Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 1994, p. 106.

²¹ In tal senso, la tesi secondo cui c'è tanto Stato quanto ne viene costituito dalla costituzione non comporta – almeno nei propositi e nel modo in cui Pernice la intende – un ritorno inevitabile, per quanto mediato, allo Stato, ma apre alla possibilità determinare costituzionalmente modalità diverse di intendere il potere pubblico legittimo. Di diverso avviso su questo punto Agostino Carrino che sostiene che il potere pubblico legittimo costituzionalmente definito in realtà non possa che definirsi come Stato, cfr. Carrino, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, 2005, p. 73. Altro discorso è invece quello di comprendere se il modo in cui è declinata la nuova forma di potere legittimo configuri effettivamente una forma diversa da quella statale e, in particolare, consenta di valorizzare quell'elemento costitutivo della pluralità in cui risiederebbe la cifra di un ordinamento plurale e composito che caratterizzerebbe l'Europa.

²² Hasso Hofmann ha insistito sul fatto che la centralità dello Stato costituzionale di diritto e il conseguente slittamento dalla dottrina dello Stato alla dottrina della costituzione sono passaggi evolutivi recenti, i quali si collocano peraltro all'interno della vicenda tutta moderna della sovranità. Cfr. Hofmann,

significato specifico della costituzione non rimanda primariamente all'istituzione di un'istanza di potere assoluto, ma a quell'*intendersi* (*sich vertragen*) tra cittadini,²³ che giustificherebbe, secondo Pernice, il ricorso all'idea di un *contratto sociale europeo* al fine di dare un'unità sistematica alla teoria del costituzionalismo multilivello. Ma su ciò si ritornerà in dettaglio più sotto.

Sebbene, è utile ricordarlo, il rilievo di Häberle fosse precisamente funzionale al chiarimento del concetto di Stato costituzionale di diritto (*Verfassungsstaatlichkeit*) – il che sembrerebbe ridurlo ad una sorta di affermazione tautologica –,²⁴ ad esso è attribuita da subito nel discorso di Pernice una valenza decostruttiva degli argomenti sostenuti dai già summenzionati assertori della no-demos tesi all'interno del dibattito costituzionale europeo. Se assunta e radicalizzata, infatti, la tesi del primato della costituzione comporta che lo Stato non possa essere concepito come unità politica pre-esistente rispetto alla costituzione, e così nemmeno il popolo: entrambi hanno al più un carattere ideale, ma nessuna esistenza concreta. L'idea schmittiana alla base del principio di identità enunciato nella *Verfassungslehre* secondo il quale non c'è Stato senza popolo – in quanto Stato è lo *status* dell'unità politica di un popolo –²⁵ e il popolo è in quanto è immediatamente presente,²⁶ viene così decisamente messa da parte in favore dell'idea, appunto, che Stato e popolo ci sono esclusivamente in quanto costituiti – forzando: resi presenti e messi in forma dalla costituzione. Più in generale, la costituzione è vista situarsi alla base di qualsiasi forma di potere che pretenda di essere legittimo nelle condizioni delle società

Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, 1999, p. 1067-1068; Id., *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, 2004, p. 166-167.

²³ Cfr. Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, p. 66.

²⁴ Cfr. Häberle, *Die Europäische Verfassungsstaatlichkeit*, 1995, p. 300: “Der Begriff »Verfassungsstaatlichkeit« verbindet Staat und Verfassung, ohne daß ihr Verhältnis untereinander bestimmt wird. [...] (Es) gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert. Der Staat ist nicht – wie das eine monarchisch-konservative Tradition gerne postuliert – das Primäre (naturhaft) Vorgegebene, auf das sich die Verfassung (mehr oder weniger gestaltet) bezieht. Im demokratischen Verfassungsstaat sind die Bürger und Menschen, ihre Menschenwürde die »kulturanthropologische Prämisse«, sie »geben« die Verfassung sich selbst [...]”. Non è possibile insistere sulle specifiche implicazioni del passo citato. Tuttavia, può essere utile almeno osservare come la tesi che lo Stato non sia il presupposto della Costituzione, non toglie che essa abbia bensì un altro presupposto che la sorregge, ovvero “i cittadini e gli uomini, la loro dignità umana” in quanto “premesse antropologico-culturali”.

²⁵ Si tenga presente, ad esempio, il seguente passaggio schmittiano: “Stato è un determinato *status* di un popolo, e precisamente lo *status* dell'unità politica. Forma di Stato è la specie particolare della struttura di questa unità”, Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 271.

²⁶ Si può in realtà discutere, se tale principio sia effettivamente separabile da quello che lo stesso Schmitt ad esso contrappone sempre nella *Verfassungslehre*: il principio di rappresentanza. Se considerati quali “elementi indispensabili di una stessa struttura formale” – Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, 2003, p. 148 – in realtà, possono essere messi in rilievo elementi analitici utili per una critica dell'idea häberliana di costituzione.

complesse; nel caso di realtà politiche come l'Unione, si porrebbe l'esigenza di moltiplicare tale potere su piani molteplici – aspetto che lo stesso processo di integrazione europea sembra aver esemplificato storicamente *de facto*.

Al di là dell'importante funzione critica che l'attribuzione di una valenza originaria alla costituzione assume in questo discorso, è opportuno chiedersi già ora se lo *spostamento* – dalla centralità dello Stato alla costituzione – sia di per sé sufficiente a configurare un pensiero della costituzione *oltre* lo Stato o se non si possa invece indicare un medesimo presupposto concettuale per entrambi che è almeno altrettanto necessario dover interrogare a tale scopo. In quanto figura storica (ma anche come tipologia) il *Verfassungsstaat* si inserisce all'interno della vicenda secondonovecentesca del costituzionalismo moderno – in cui il controllo di legittimità costituzionale e il ruolo delle corti costituzionali nazionali è venuto in primo piano. Come evidenziato da H. Hofmann, “*in diesem Prozess ist die Funktion der Leitidee und des systembildenden Grundbegriffs innerhalb der Theorie des Gemeinwesens vom Begriff des Staates (wieder) auf den Begriff der Verfassung übergegangen*”.²⁷ Questo processo segna un'inversione di rotta rispetto al positivismo giuridico dello Stato di diritto e alla dottrina della sovranità statale di inizio Novecento (dalla *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek), ma segna anche il riaffacciarsi di problematiche già ben presenti nella dottrina dello Stato weimariana così come il recupero di motivi già presenti del costituzionalismo rivoluzionario di fine Settecento. Non a caso, tuttavia, esso sembra trovare un denominatore comune nel concetto moderno di sovranità. Poiché non è la rappresentazione dello Stato che determina la costituzione, bensì la tesi comprendente che la costituzione determina lo Stato, si può a ragione concludere che “*nicht der [...] Staat sei souverän, sondern die Verfassung*”.²⁸ La tesi della priorità della costituzione sembra dunque permanere all'interno dell'orizzonte della sovranità moderna. La consapevolezza della problematicità di tale presupposto comune è tutt'altro che estranea alla riflessione di Pernice. Egli tuttavia non sembra seguire la via tracciata da M. Kriele a proposito dello Stato costituzionale di diritto, il quale, come noto, da una considerazione interna della premessa del primato della costituzione e in virtù della logica della costituzione moderna stessa, conclude che “*im Verfassungsstaat gibt es keinen Souverän*”. Questa asserzione infatti non ha affatto il senso del superamento di una

²⁷ Hofmann, *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, 2004, p. 166.

²⁸ *Ivi*, p. 167.

concezione (unitaria) della sovranità: “*Im Verfassungsstaat gibt es zwar «staatsrechtliche Souveränität», das heißt, der Staat als das Gesamt der Staatsorgane und des Staatsrechts ist gegenüber der Gesellschaft souverän*”.²⁹ Analogamente a quanto visto nel caso di Habermas – laddove questi tratta della costituzione europea andando al di là della sua concezione della sovranità come procedura – anche Pernice va nella direzione di una sovranità intesa come divisa o sdoppiata alla luce della dinamica del processo di integrazione stesso. (Su tale proposta si ritornerà più in dettaglio oltre, per considerarne in particolare il nesso con l’ipotesi del contratto sociale tra cittadini e le cittadine d’Europa).³⁰

Nel caso specifico del costituzionalismo multilivello di Pernice, infatti, la comprensione della peculiare costituzione dell’Europa non può prescindere da una teoria dell’integrazione europea che consideri le Comunità europee e l’Unione Europea non come una serie di stadi intermedi in direzione di uno Stato federale o di una Federazione di Stati, bensì come una “forma diversa di governo complesso”.³¹ Il *Verfassungsverbund* consiste in una “federazione di costituzioni che legittimano il governo ai diversi livelli e la partecipazione dei singoli a esso”.³² Il rinvio ad una teoria del processo di integrazione si rivela tutt’altro che secondario, se si considera il carattere ad un tempo innovativo e incompiuto di tale processo e la valenza costituzionale che ad esso è attribuita.³³ Nella costruzione di entità giuridiche sovranazionali capaci di agire politicamente si concretizzano e, al contempo, trovano risposta, bisogni effettivi che non riguardano entità astratte come gli Stati, bensì gli individui concreti. Questa corrispondenza tra processo di integrazione europeo e processo costituzionale ha due conseguenze principali: la prima è

²⁹ Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 1994, p. 122.

³⁰ Se e come il concetto di sovranità divisa superi il moderno concetto di sovranità, è quanto verrà trattato più oltre.

³¹ L’espressione (“*andere Form komplexen Regierens*”) è di Anne Peters. Cfr. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, p. 205. In tale prospettiva, le ragioni che inducono a prendere congedo dal “supposto continuum” tra Stato federale e Federazione di Stati sono ravvisate nella storia complessa del processo d’integrazione avviato nel secondo dopoguerra. In particolare, è nell’idea di “porre le fondamenta per un’Unione sempre più stretta fra i popoli europei” enunciata nel Trattato di Roma del 25 marzo del 1957 con cui veniva istituita la Comunità economica europea che risiederebbe l’esplicita intenzione di orientare l’integrazione in direzione diversa da quella della formazione di uno Stato nazionale. Al contrario, essa è intesa e si intende come una proposta alternativa ad esso e come una reazione alle tragiche vicende primonovecentesche. Sulla modalità in cui tale alternativa trova concreta articolazione si ritornerà in seguito.

³² Zagrebelsky, *Diritti e costituzione nell’Unione Europea*, 2003, p. IX.

³³ “*The process of European political integration can be reconstructed as a constitutional process from the early 1950s, involving both the national and the European constitutional level*”, cfr. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, p. 547-548.

che l'approccio teorico del costituzionalismo multilivello non è contraddetto o smentito dalla mancata ratifica del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* – in quanto, altra premessa del discorso di Pernice, la costituzione europea è presente da ben prima di esso e sussiste oltre esso;³⁴ la seconda è quella di uno specifico effetto di indeterminatezza o incompiutezza del concetto da cui è dipeso in buona parte il fascino e la fortuna che esso ha avuto.³⁵

L'introduzione del concetto di *Verfassungsverbund* è così accompagnata, nel complesso, dall'intenzione esplicita di “tratteggiare una “teoria della costituzione postnazionale”, che superi la “restrizione statale”, che comprenda il diritto costituzionale nazionale così come quello europeo” e garantisca la partecipazione democratica.³⁶ Mentre la ridefinizione del rapporto tra unità e pluralità – sulla base del rapporto di cooperazione e interazione tra le parti –, la natura differenziata della pluralità³⁷ e il carattere dinamico della costituzione sono presentati come gli elementi determinanti per approcciare la questione della costituzione oltre lo Stato. Muovendo da tali premesse, il *Verfassungsverbund* non risulta in alcun modo situabile all'interno del *continuum* che collegherebbe tra loro lo Stato federale e la Federazione di Stati, come è possibile fare nel caso del concetto ben più diffuso in dottrina di *Staatenverbund* che, pur muovendo da intenzioni del tutto simili, appare ad esso contrapposto.³⁸

Prima di confrontarsi più da vicino con il concetto appena evocato di *Staatenverbund*, nei confronti del quale Pernice intende contrapporsi, per tirare le fila di quanto emerso sin qui, può essere utile elencare di seguito quella serie di istanze e tratti definitivi che nelle molteplici tematizzazioni di Pernice entrano solitamente in gioco al

³⁴ Sulla possibilità e il significato di una costituzionalizzazione dell'UE pur in assenza di un trattato costituzionale, cfr. Peters, *The Constitutionalisation of the European Union*, 2006, p. 37-53.

³⁵ Cfr. Jestaedt, *Der Europäische Verfassungsverbund*, 2007, p. 100, dove si osserva peraltro come ciò non costituisca un ostacolo per chiedersi se e in che misura il concetto è in sé coerente. Inoltre, proprio la teoria del costituzionalismo di Pernice è stata vista come l'emblema di un'evoluzione delle teorie giuridiche “per accumulazione piuttosto che per drastici cambiamenti”, Della Cananea, *Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?*, 2010, p. 285.

³⁶ Cfr. Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, 2001, p. 154.

³⁷ Nei suoi *Elemente*, Anne Peters evidenzia come: “*Der Verfassungsverbund, in dem die europäischen und die mitgliedstaatlichen Verfassungen zusammenwirken, ist ein Beispiel für Verfassungpluralismus und Teil- anstatt Totalkodifikation*”, Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, p. 55-56.

³⁸ Di diverso avviso Armin von Bogdandy, il quale nei suoi *Grundprinzipien* ha tentato a sua volta di sviluppare autonomamente il concetto *Verbund* e ha proposto di superare la stessa contrapposizione tra *Staatenverbund* e *Verfassungsverbund*: se il primo risulta prossimo alla figura tradizionale della federazione di Stati, il secondo appare nondimeno *tendenziell bundesstaatlich*, prossimo dunque alla figura altrettanto tradizionale dello Stato federale; cfr. Bogdandy, *Grundprinzipien*, 2009, p. 50-51. Che ciò, almeno nelle intenzioni, non corrisponda al proposito di Pernice è quanto dovrebbe essere emerso finora.

fine di determinare il significato della costituzione, ovvero del *Verfassungsverbund*, in riferimento all'UE:

- Il carattere originario della costituzione quale condizione d'esistenza di una *Rechtsgemeinschaft* non riducibile alla forma statale;
- La struttura a molteplici livelli della costituzione europea – in cui sono presenti, in particolare, un livello formato dall'insieme delle costituzioni statali e quello dell'Unione (diritto primario) – composta di costituzioni parziali;
- Il carattere costituzionale che il *legame* tra questi ordinamenti viene ad assumere per l'organizzazione del potere politico;
- La presenza di differenti livelli di governo che interagiscono tra di loro, che risultano comunicanti tra di loro;
- Il carattere dinamico e in divenire che permette di intendere il processo d'integrazione europeo come processo di costituzionalizzazione;
- La possibilità di ricondurre il fondamento di validità dei vari ordinamenti che compongono la struttura multilivello alle cittadine e ai cittadini d'Europa e all'elemento del "*sich vertragen*", dell'intendersi.

3- PLURIVERSUM DER STAATEN: ALCUNE APORIE DELLO STAATENVERBUND.

La scelta del termine *Verfassungsverbund* è stata dettata in primo luogo dal tentativo (polemico) di smarcarsi dal ricorso da parte della Corte Costituzionale Federale tedesca ad un diverso neologismo e ad un diverso concetto, ovvero *Staatenverbund*, "associazione/connessione/unione³⁹ di Stati sovrani". Quest'ultima venne utilizzata per definire la forma giuridica dell'Unione Europea nella celebre sentenza sul Trattato di Maastricht (1993).⁴⁰ Secondo il giudizio della Corte, infatti, "*der Vertrag begründet einen Staatenverbund, der von den Mitgliedsstaaten getragen wird und deren nationale*

³⁹ *Staatenverbund* è solitamente tradotto in italiano con "associazione di Stati". La resa è accettabile, nella misura in cui si intenda il termine in senso lato – non legato alla dimensione del sociale (in tedesco si parlerebbe di *Verband*).

⁴⁰ Che non ci si trovi di fronte semplicemente a una mera schermaglia di ordine terminologico è stato sovente ribadito. Cfr. Jestaedt, *Der Europäische Verfassungsverbund*, 2007, p. 99-100; Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, 2010, p. 3-6; Della Cananea, *Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?*, 2010, p. 295-300.

Identität achtet; er betrifft die Mitgliedschaft Deutschlands in supranationalen Organisationen, nicht eine Zugehörigkeit zu einem europäischen Staat".⁴¹ L'introduzione del concetto serve a chiarire la forma di "organizzazione internazionale" fondata attraverso il trattato e a distinguerla nettamente dallo Stato federale. Conseguentemente si precisano due forme differenti di "adesione/appartenenza" (*Mitgliedschaft/Zugehörigkeit*) e la Corte ritiene che l'adesione degli Stati avvenga in qualità di signori dei trattati, ovverosia richieda l'unanime accordo dei contraenti e includa la possibilità di recedere liberamente.

Il potere comunitario proprio di questa "associazione" di Stati deve essere dunque derivato dagli Stati membri, evidenziando la mancanza di una fondazione democratica autonoma dell'Unione secondo il modello statale. La questione al centro della sentenza concerneva, in particolare, la compatibilità dell'integrazione europea col principio democratico sancito dall'Art. 38 Abs. 1 del *Grundgesetz*,⁴² operante a livello nazionale, ed il parere favorevole della Corte si basava sulla legittimazione e l'influenza popolare nell'ambito dello *Staatenverbund* che sarebbe garantita sia dalla struttura retroattiva che lega l'azione degli organi comunitari ai parlamenti nazionali sia dalla rappresentazione per tramite del parlamento europeo. Nella derivazione dagli Stati, che non si cessa di

⁴¹ Può risultare utile una rapida ricognizione dei passaggi più significativi del Maastricht-Urteil in cui ricorre il termine "*Staatenverbund*": "*Die Mitgliedstaaten sind an der Willensbildung des Staatenverbundes nach dessen Organisations- und Verfahrensrecht beteiligt, dann aber an die Ergebnisse dieser Willensbildung gebunden, unabhängig davon, ob sich diese Ergebnisse gerade auf ihre eigene Beteiligung zurückführen lassen oder nicht*"; "*Das Demokratieprinzip hindert mithin die Bundesrepublik Deutschland nicht an einer Mitgliedschaft in einer supranationalorganisierten zwischenstaatlichen Gemeinschaft. Voraussetzung der Mitgliedschaft ist aber, daß eine vom Volk ausgehende Legitimation und Einflußnahme auch innerhalb eines Staatenverbundes gesichert ist*"; "*Im Staatenverbund der Europäischen Union erfolgt mithin demokratische Legitimation notwendig durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten; hinzutritt – im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Nationen zunehmend – innerhalb des institutionellen Gefüges der Europäischen Union die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament*" - "*Die Wahrnehmung von Hoheitsgewalt durch einen Staatenverbund wie die Europäische Union gründet sich auf Ermächtigungen souverän bleibender Staaten, die im zwischenstaatlichen Bereich regelmäßig durch ihre Regierungen handeln und dadurch die Integration steuern*". "*Der Unions-Vertrag begründet [...] einen Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten Völker Europas (Art. A EUV), keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat*" - "*Die Bundesrepublik Deutschland ist somit auch nach dem Inkrafttreten des Unions-Vertrags Mitglied in einem Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann. Deutschland ist einer der „Herren der Verträge“*". Cfr. BVerfGE, 89, 155.

⁴² "*Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen*".

indicare come legittimi titolari della sovranità, della configurazione sopranazionale consiste la ragione principale per la quale la sentenza è stata interpretata nel complesso come l'(anacronistica) riaffermazione dell'autorità sovrana dello Stato.⁴³

Il termine-concetto di *Staatenverbund* era stato del resto coniato prima della sentenza dal giudice relatore della Corte stessa, Paul Kirchhof, in uno scritto in cui esso veniva indicato come terzo termine rispetto all'alternativa tra *Bundesstaat* e *Staatenbund*, che poteva essere collocato più a ridosso di quest'ultimo che non del primo.⁴⁴ In realtà, prima di *Staatenverbund*, Kirchhof si era servito transitoriamente anche dell'espressione *Staatenverband*.⁴⁵ la ragione della scelta a favore del termine-concetto di *Staatenverbund* è stata vista risiedere sia nel carattere privatistico tipico del *Verband* come forma giuridica, sia nel tentativo di sminuire il carattere innovativo della costruzione europea come forma costituzionale autonoma, evidenziandone piuttosto la mancanza di contorni precisi.⁴⁶ In ambo i termini, in ogni caso, ciò su cui viene posto l'accento sono gli Stati, declinati al plurale, come punto di partenza della progettazione e dello sviluppo dell'Unione.

È utile soffermarsi seppur brevemente su tale proposta che rifiuta l'alternativa tra *Staatenbund* e *Bundesstaat* e, al contempo, si configura come una formula di compromesso che intende mantenere intatto il riferimento allo Stato – o, per meglio dire, agli Stati nazionali esistenti – per evidenziare alcune difficoltà concettuali che effettivamente sembra portare con sé.⁴⁷ Al di là delle differenze che proveremo a far emergere nel seguito, infatti, essa condivide col concetto di *Verfassungsverbund* il fatto di porsi antitetivamente rispetto all'asserzione del carattere statale dell'UE. L'utilizzo di

⁴³ Cfr. Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, 2010, p. 3.

⁴⁴ Si tenga presente che anche i contributi di Kirchhof sull'Europa prendono le mosse dall'idea che l'UE presenti un carattere del tutto inedito, non afferrabile con le categorie tradizionali. Cfr., in particolare, Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, 1992, p. 886; Id., *Der europäische Staatenverbund*, 2009, p. 1016.

⁴⁵ Cfr. Kirchhof & Ehlermann, *Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1991, p. 16.

⁴⁶ Il termine *Verbund* tende a oscurare e svalutare il carattere originale del costruito europeo enfatizzando il ruolo degli Stati membri, quali *Herren der Verträge*, nell'ambito dell'integrazione europea, come notano M. Wendel e F. C. Mayer; cfr. Mayer & Wendel, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, 2012, p. 127-152.

⁴⁷ È esplicitamente dal punto di vista della dottrina generale dello Stato che è necessario sviluppare un'immaginazione che superi l'alternativa *Staatenbund/Bundesstaat*. Cfr. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, 1992, p. 886. È convinzione di Kirchhof infatti che l'Europa richieda un pensiero sullo Stato e non contro lo Stato (“*Europa fordert ein Denken über den Staat, nicht gegen den Staat*”, cfr. *Ibid.*). A differenza di ciò, Pernice tenta di proporre (e ritiene che l'Europa richieda) un pensiero *über den Staat hinaus*, ovvero oltre lo Stato.

un neologismo serve a suffragare tale aspetto, ma deve dimostrare di saper andare oltre la determinazione in negativo circa la forma e la configurazione di un'unità politica diversa dallo Stato, se pretende di avere una positiva capacità esplicativa ovvero andare oltre la mera ripetizione della distanza che la separa dallo Stato.⁴⁸

La “terza via” rappresentata dallo *Staatenverbund* deriverebbe, come in parte anticipato, tanto dall'assenza del fondamento democratico autonomo dell'Unione quanto dalla conservazione della sovranità da parte degli Stati aderenti – nei quali è ravvisata la possibilità di fungere da fondamento comunitario esattamente per il loro carattere *verfassungsstaatlich*.⁴⁹ Quest'ultimo aspetto verrebbe meno al cospetto di una trasformazione dell'UE in Stato federale, la quale, a giudizio di Kirchhof, comporterebbe un'immediata perdita delle qualità statali dei membri (*Entstaatlichung*).⁵⁰ Al contrario, “*die Gegenwart fordert nicht eine Auflösung der bestehenden Staaten in Europa, sondern die Entwicklung eines Staatenverbundes*”.⁵¹ Lo sviluppo dell'“associazione” di Stati deve procedere dunque di pari passo con la conservazione degli Stati esistenti. E, infatti, Kirchhof prosegue:

“die vorgefundene Staatlichkeit ist als Grundlage einer freiheitsermöglichenden Staatengemeinschaft und als Garant einer rechtlichen Friedenordnung zu nutzen, um die Gewähr von Verfassungsrecht zu stärken, die Zusammenarbeit der Staaten in Gesamteuropa zu pflegen,

⁴⁸ Sulla questione si vedano utilmente: Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 81-120; Wahl, *Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*, 2005, p. 920.

⁴⁹ Cfr. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, 1992, p. 879-881, dove si legge: “*Die allgemeine Staatslehre wird Phantasie entwickeln müssen, um die Alternative von Staatenbund oder Bundesstaat zu überwinden*”. In uno scritto più recente dedicato allo *europäischer Staatenverbund*, Kirchhof definisce l'UE in questi termini subito dopo aver chiarito il significato della democrazia in accordo con la dottrina dello Stato e la non immediata trasponibilità di quest'ultima rispetto all'Unione (“*In einer Demokratie bestimmt der freie Bürger die Entscheidungen seines Gemeinwesens. Er ist in der Gemeinschaft des Staatsvolkes Mitherrscher, nicht Beherrscher. Jede Wahrnehmung von Hoheitsgewalt muss letztlich auf den Willen der Bürger zurückgeführt werden. In diesem Erfordernis der Demokratie findet die Hoheitsgewalt Maß und Ziel. [...] Dieser staatsrechtliche Gedanke der Demokratie kann nicht unmittelbar auf die Europäische Union übertragen werden, weil die Union kein Staat ist und es ein europäisches Staatsvolk nicht gibt*”). Col termine egli allude in questa sede ad una “*Gemeinschaft der Staaten in fester Verbundenheit, [...] in den Mitgliedstaaten einen Teil ihrer Aufgaben gemeinsam erfüllen und eine Teil ihrer Hoheitsgewalt gemeinsam ausüben*”, Id., *Der europäische Staatenverbund*, 2009, p. 1011-1012. Si veda anche utilmente: Hommelhoff & Kirchhof, *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, in particolare il contributo di Kirchhof medesimo in cui viene presentato il *Maastricht-Urteil* (Ivi, p. 11-24).

⁵⁰ Cfr. Kirchhof, *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, 1993, p. 93, 95 e ss. Qui Kirchhof colloca lo *Staatenverbund* a metà strada tra *Staatenbund* e *Entstaatlichung*, dove quest'ultimo è inteso come equivalente di *Bundesstaat*.

⁵¹ Id., *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, 1992, p. 881.

zwischenstaatliche Einrichtungen zu legitimieren und zur Entfaltung zu bringen".⁵²

La statalità che si presenta come data in anticipo, come già presente, non deve essere conservata in virtù della sua mera esistenza fattuale, ma per la normatività che le è propria in riferimento alla possibilità della libertà individuale e quale garante di un ordinamento di pace.

In tale proposta, la conservazione degli Stati nazionali risulta costitutiva per definire l'Unione Europea come *Staatenverbund* e ciò che si tratta di sviluppare è "*eine Rechts- und Handlungsgemeinschaft europäischer Staaten*" funzionalmente definita. Essa infatti deve garantire "*die Rahmenbedingungen eines unbehinderten Verkehrs von Menschen, Gütern und Informationen über die Staatsgrenzen hinweg*", deve promuovere e facilitare "*Austausch und Begegnung unter den Europäern*", ma prima di tutto deve garantire "*die Menschenwürde und Freiheit sowie den Frieden in Europa*".⁵³ Mentre la conservazione della sovranità da parte degli Stati sembra a prima vista rendere ancora plausibile parlare a tutti gli effetti di una tradizionale Federazione di Stati (*Staatenbund*),⁵⁴ è nella determinazione degli scopi differenziati a garanzia e promozione dei quali è istituita la comunità che sta la ragione della sua natura irriducibile alla dicotomia Stato federale/Federazione di Stati.

Nel *Verbund*, nello stare assieme dunque, gli Stati non rinunciano tuttavia alla loro autonomia a garanzia del carattere plurale della comunità:

“Der Staatenverbund bleibt eine Rechts- und Handlungsgemeinschaft eigenständigen Staaten, die auf eine europäische Einheit in regionaler Vielfalt und individueller Eigenart, auf eine Pluralität gewachsener Gemeinwesen und Staatsaufgaben, auf eine Zusammengehörigkeit verschiedener europäischer Staatsvölker angelegt ist. Dieser Verbund

⁵² Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, 1992, p. 881.

⁵³ *Ivi*, p. 882.

⁵⁴ Non a caso la similarità tra *Staatenverbund* e Federazione di Stati a livello contenutistico, sistematico e di finalità è stata sostenuta da alcuni autori. Cfr., in particolare, Kahl, *Europäische Union: Bundesstaat - Staatenbund - Staatenverbund?*, 1994, p. 245-250 e 257; ma si veda anche: Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, 2011, p. 92. Bruno Kahl dimostra analiticamente la conformità tra *Staatenverbund* e *Staatenbund* alla luce del Maastricht-Urteil. La prossimità tra le due categorie traspare anche da alcuni passaggi delle trattazioni di Kirchhof. Si veda, a titolo d'esempio: Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, 1992, p. 886; qui egli afferma di intendere lo *Staatenverbund* come "*ein Staatenbund, der in der Einheit d(ies)es europäischen Rechts wurzelt, sich als Handlungsgemeinschaft für begrenzte Aufgaben festigt und als Kulturgemeinschaft im Elementaren entfaltet*", (per il seguito della citazione si vedano il testo poco oltre e la nota 20).

*bewahrt die Errungenschaft der Verfassungsstaaten, öffnet die Staatlichkeit aber für die unverbrüchlichen Menschenrechte und Friedenspflichten und bindet die Staaten in einer europäischen Handlungsgemeinschaft”.*⁵⁵

Il passo evidenzia – da un lato – come anche la posizione di Kirchhof e il concetto di *Staatenverbund* abbiano quale presupposto la pluralità e pongano la necessità di intendere un’unità politico-giuridica in cui la pluralità è costitutiva. La scelta terminologica stessa non solo pone in rilievo, ma appare decisamente privilegiare l’aspetto della pluralità nell’unità (*Staatenverbund*), come detto. Dall’altro lato, cionondimeno, rimane problematica la modalità in cui tale presupposto si può articolare concretamente nel concetto di una “associazione” *di Stati*, dal momento che essi sono detti, permanendo all’interno dell’ordine della sovranità, sussistere come sovranamente autonomi affinché la comunità esista. La comunità giuridica e d’azione europea presuppone l’autonomia sovrana degli Stati e trova in questa il proprio limite, poiché lo *Staatenverbund* rimane una comunità giuridica e d’azione. Tale modalità di associazione di Stati, se intesa radicalmente, risulta essere quella di una associazione possibile solo in quanto dissocia, in cui la relazione degli Stati tra loro si annulla ponendosi e si pone annullandosi. Una forma differente di associazione che trasformasse dialetticamente le costituzioni degli Stati membri non risulta pensabile in quanto non farebbe altro che andare a minare definitivamente la condizione affinché la comunità ci sia.

Che con *Staatenverbund* si provi a nominare in realtà anche qualcosa di diverso e che, tuttavia, un’ambiguità permanga, ci pare si possa evincere con particolare evidenza laddove Kirchhof mette in luce come questo si differenzi dal *Verfassungsverbund*:

“Der Staatenverbund ist kein Verfassungsverbund. Zwar sucht die Europäische Grundordnung zusammen mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten und auch der EMRK eine gesamteuropäische Rechtsordnung zu begründen, in der die verschiedenen Entstehens- und Erkenntnisquellen dieses Rechts einander stützen, verstärken und fortbilden. Dennoch ist dieser Rechtsverbund darauf angelegt, gerade in der Unterscheidung von Verfassungen, Unionsvertrag, EG-Vertrag und EMRK Aufgaben, Kompetenzen und Befugnisse, damit Rechtsverantwortlichkeiten zuzuteilen, Hoheitsgewalten zu legitimieren und Kontrollverantwortlichkeiten zu

⁵⁵ Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, 1992, p. 886.

begründen. Verbunden sind die Staaten in ihrer eigenständigen – insoweit unverbundenen – Verfasstheit".⁵⁶

Benché non ci si trovi di fronte ad una considerazione critica complessiva della teoria del *Verfassungsverbund*, ciò che emerge in ogni caso dalle considerazioni critiche di Kirchhof è l'idea di una totalizzazione – nel senso della chiusura all'interno di un ordinamento di rango costituzionale – della molteplicità di ordinamenti giuridici differenti che il termine introdotto da Pernice sembra suggerire in modo improprio. L'ordinamento giuridico fondamentale dell'intera Europa è privo invece, a parere di Kirchhof, di una fondazione forte, unitaria, ed è piuttosto inteso come una ricerca cooperativa tra ordinamenti differenti (si parla di "sostegno", "rafforzamento" e "perfezionamento" reciproci). In altri termini – e in questo starebbe il limite della proposta di Pernice – con *Verfassungsverbund* verrebbe suggerita l'idea di un fondamento monistico che non risulta giustificabile non in virtù di una sorta di apologia dello Stato nazionale come realtà empirica, ma per il suo portato normativo. Che tale aspetto connoti effettivamente la teoria di Pernice e, al contempo da una prospettiva immanente ad essa, rischi di metterne in crisi alcuni degli assunti determinanti è aspetto sul quale vorrei soffermarmi nella restante trattazione del *multilevel constitutionalism*. Per quanto riguarda la proposta di Kirchhof, l'ultimo periodo del passo citato evidenzia la problematicità della struttura formale della relazione tra Stati in quanto "Stati autonomi" per pensare la pluralità costitutiva dell'Europa: "gli Stati sono associati nella loro autonoma – in tale misura dissociata – strutturazione costitutiva/costituzionale".

In che senso la pluralità e la relazione intervengano positivamente a costituire l'ordine giuridico non richiede di essere ulteriormente precisato, perché la pluralità è intesa come pluralità di identici e la relazione come tutela dell'autonomia, ovvero come assenza di relazione. La *eigenständige Verfasstheit* caratterizza ugualmente tutti gli Stati – e solo essi, si potrebbe aggiungere – in modo tale che essi sono associati nella dissociazione. L'immagine che sembra retrostare permane, per certi versi, del tutto analoga a quella degli individui nello Stato di natura di cui si tratta di pensare la coesistenza in quanto liberi. In realtà, Kirchhof è lungi dal ritenere gli Stati come chiusi nei confronti dell'esterno.⁵⁷ Al contrario, questi sono intesi come aperti nei confronti di

⁵⁶ Kirchhof, *Der europäische Staatenverbund*, 2009, p. 1017.

⁵⁷ "Ein Staat ist nicht mehr eine nach außen abgeschirmte, den Nicht-Staatsangehörigen als Fremden ausgrenzende Machtorganisation, sondern ein für völkerrechtliche Verpflichtungen offener

obblighi di diritto internazionale per ragioni immanenti all'ordinamento costituzionale stesso (connesse alla garanzia dei diritti fondamentali, all'interno, e dei diritti umani e di un ordinamento pacifico, all'esterno). Tuttavia questo, lungi dal dischiudere un senso diverso della pluralità e della relazione, non fa che rendere al contempo massimamente necessaria e cionondimeno contingente l'esistenza dell'associazione.

Per concludere, vorrei evidenziare come quest'ultima difficoltà emerga ancora una volta considerando il compito specifico che viene attribuito da Kirchhof all'Europa e al processo d'integrazione europeo. Già in un saggio del 1993 dedicato al rapporto tra unificazione europea e Stato costituzionale in via ricapitolativa, Kirchhof scriveva: "*Die Gegenwartsaufgabe Europas liegt darin, alle europäischen Staaten zu Verfassungsstaaten zu machen und damit in ihrer eigenen Verfaßtheit auf die Prinzipien von Rechtsstaat, Demokratie und Sozialstaat zu verpflichten*".⁵⁸ Il passo introduce una singolare inversione di tendenza rispetto a quanto si è visto finora: da condizione affinché la comunità giuridica e d'azione sopranazionale ci sia, gli Stati costituzionali e con essi l'obbligo allo Stato di diritto, alla democrazia e allo Stato sociale, diventano il compito di un fare dell'Europa. Si tratta di un aspetto che in recenti considerazioni teoriche sul diritto internazionale è stata sovente rimarcata in contrapposizione a un modo di procedere che passa dal diritto costituzionale degli Stati intesi come monadi autosufficienti al diritto internazionale come diritto pattizio che non può che presupporre l'esistenza delle monadi, trascurando il fatto che l'effettualità del diritto costituzionale deve logicamente presupporre il diritto internazionale e non viceversa. Tuttavia, posto che – come visto – l'Europa non può essere uno Stato, la domanda che sorge rispetto al capovolgimento che sembra introdotto nel passo poco fa citato è in che modo essa possa adempiere a tale compito effettivamente, se non astenendosi dal fare, rinunciando ad intervenire, se non sperando che gli Stati facciano ciò che dovrebbero fare.

Verfassungsstaat, der sich in seiner eigenen Verfassung an die Grundrechte bindet und in der Staatengemeinschaft eine Verpflichtung auf die Menschenrechte und eine Friedensordnung übernimmt. Geltungsgrund für das zwischenstaatliche und supranationale Völkerrecht bleiben aber die Verfassungen der Staaten", Kirchhof, *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, 1993, p. 100.

⁵⁸ *Ivi*, p. 101.

4- DAGLI STATI ALLE CITTADINE E I CITTADINI D'EUROPA.

Al di là dell'opposizione al manifesto carattere statocentrico della sentenza della Corte, la questione che viene sollevata da Pernice concerne innanzitutto il modo in cui il *Verbund* è declinato e, in particolare, la possibilità di intendere la pluralità in una accezione diversa rispetto a quella della mera coesistenza di Stati sovrani o di una cooperazione che comunque appare ridotta al minimo – nel senso di essere funzionale a nient'altro che alla pretesa sovrana autonomia delle parti. Proprio con riferimento all'utilizzo da parte della Corte Costituzionale federale tedesca del concetto di *Staatenverbund* – e prima di avanzare quello di *Verfassungsverbund* per concettualizzare in maniera adeguata l'Unione Europea –, Pernice parlerà di “problemi definitivi”⁵⁹ conseguenti dall'assunzione e dalla valorizzazione esclusiva degli Stati pensati a partire dalla loro sovrana autonomia. In tal modo, infatti, non risulterebbe semplicemente una dimensione debole dell'unità politica a livello dell'Unione, ma non si riuscirebbe in alcun modo a dare conto di quello specifico elemento di unità (“*die Besonderheiten der Union*”) che trova espressione nel proposito dei paesi dell'UE di creare un'unione sempre più stretta tra i popoli.⁶⁰ L'elemento pattizio resta infatti integralmente condizionato dalla forma tipica del tradizionale diritto internazionale. La debolezza della categoria di *Staatenverbund* sarebbe pertanto di ordine descrittivo, in quanto risulta in grado di intercettare esclusivamente l'atto formale di nascita dell'Unione: in quanto legata alla tradizionale dottrina dello Stato non giungerebbe in definitiva a cogliere la particolare natura giuridica dell'Unione, che solo fuoriuscendo dalla dottrina generale dello Stato diverrebbe pensabile.⁶¹

Al fine di cogliere la particolare natura giuridica dell'Unione, l'approccio di Pernice richiede preliminarmente una sorta di capovolgimento della prospettiva dalla quale considerare, anche storicamente, la formazione e lo sviluppo della comunità europea. In

⁵⁹ Cfr. Pernice, *Deutschland in der Europäischen Union*, 1995, p. 273.

⁶⁰ Cfr. *Ibid.*

⁶¹ “*Der Begriff Staatenverbund vermag diesen für die allgemeine Staatslehre völlig neuen Sachverhalt nicht zu beschreiben. Bei der Betonung der Souveränität und der intergouvernementalen Zusammenarbeit verfehlt er den besonderen Charakter jedenfalls der Gemeinschaft. Diese ist, wie Everling richtig betont, nicht nur Staaten-, sondern zumindest auch „Bürgerverbund“. Adäquater erscheint deshalb bereit der vom Gericht selbst, offenbar als allgemeinere Kategorie verwendete Begriff der „supranationalen Organisation“. [... Er] bringt zum Ausdruck, daß es sich letztlich um eine Organisationsform der Bürger handelt, die die staatliche Ebene übersteigt und ergänzt, ohne sie zu ersetzen*”, Id., *Deutschland in der Europäischen Union*, 1995, p. 273-274). Per il rimando a Everling, giudice della Corte di Giustizia europea negli anni '80, si veda: Everling, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, 1994, p. 167, 169.

tal modo, a risultare determinante è la modalità in cui Pernice ritiene possibile il superamento della presupposta sovrana autonomia degli Stati: se è vero che sono essi ad aver innescato il processo di unificazione in una comunità a livello sopranazionale, il significato e i compiti di quest'ultima si rivolgono direttamente ai cittadini dell'Unione (trascendendo gli atti sovrani che l'hanno posta). Sono i cittadini ad essere primariamente i destinatari del diritto comunitario, non gli Stati membri. Ma i cittadini sono anche gli autori di tale diritto.

Come è possibile cogliere in tale ottica l'aspetto di novità che connoterebbe l'integrazione europea? Pernice osserva come, in maniera evidente a partire dalla ratifica del Trattato di Maastricht:

*“Maßgeblich ist, daß es bei allen die Völker der Mitgliedstaaten sind, die in Ausübung ihrer gemeinsamen Volkssouveränität eine supranationale Handlungsebene konstituieren und fortentwickeln, sich in einem Gemeinwesen neuen Typs zusammenschließen, das auf der staatlichen Organisation aufbaut, aber mit zunehmender Bedeutung ihrer Aufgaben und der unmittelbaren demokratischen Legitimation ihrer Rechtsakte durch das Europäische Parlament darüber hinauswächst. Sie muß als eine die staatlichen Strukturen (ein-)bindende Organisationsform der Bürger Europas zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Interessen verstanden werden, mit der sie sich Freiheiten, Rechte und Handlungsinstrumente verschafft haben, ungeachtet der nationalen Grenzen”.*⁶²

In tale formulazione, è bene evidente come Pernice assumendo il punto di vista dell'Unione Europea relativizzi immediatamente il ruolo degli Stati quali autori/attori del processo di integrazione. Il significato delle costituzioni nazionali si trova condizionato immediatamente dalla circostanza in base alla quale esse sono costituzioni di Stati che hanno deciso di entrare a far parte di una comunità. La cessione di competenze da parte degli Stati delinea dunque un processo ritenuto irreversibile che comporta non tanto la perdita di significato delle costituzioni nazionali, ma il loro ridimensionamento, poiché si trovano affiancate da un'ulteriore potere pubblico altrettanto democraticamente legittimato.

Proprio perché all'origine dell'integrazione si colloca un atto di volontà sovrana da parte degli Stati, la qualifica di quest'ultimi come Stati democratici costituzionali e

⁶² Pernice, *Deutschland in der Europäischen Union*, 1995, p. 273.

rappresentativi comporta che gli autori ultimi debbano essere identificati nei popoli e, da qui, negli individui dei singoli Stati. In realtà, il fondamento democratico dell'Unione non sarebbe che una conseguenza logica, prima ancora che storica e contingente, interna alla dinamica dell'associarsi tra Stati democratici, basata sull'essere i cittadini – non dello Stato – i veri autori delle azioni compiute dallo Stato stesso. Pernice sostiene dunque la tesi secondo cui il potere dell'Unione non solo possa, ma debba essere ricondotto ai cittadini, i quali diventano automaticamente la fonte del potere legittimo, e che non gli Stati, bensì i cittadini, siano dunque gli autori/attori legittimi del processo di integrazione. Almeno nelle intenzioni, l'obiettivo principale di una simile attribuzione è quella di togliere la parvenza di astrattezza e di distanza dagli interessi concreti dei cittadini che solitamente è ritenuta caratterizzare un'organizzazione come l'Unione.⁶³

Si tratta di un aspetto – quello della possibilità di ricondurre (immediatamente) ai cittadini *uti singuli* il fondamento di validità delle comunità europee, prima, e dell'Unione, poi – sulla cui problematicità ha insistito non a caso soprattutto D. Grimm attraverso una critica che appare rilevante per cercare di comprendere il significato plurale della “costituzione” dell'Unione. Grimm ritiene, infatti, che sia appropriato parlare di *Verfassungsverbund* solo a patto di intenderlo nell'accezione precisa secondo la quale, all'interno dello *Staatenverbund* europeo, la pretesa di regolazione integrale del potere (tipica del concetto moderno, pregnante di costituzione) può ormai emergere solo dalla considerazione delle costituzioni parziali nazionali in comune col fondamento giuridico, altrettanto parziale, dell'Unione.⁶⁴ Ciò non toglie tuttavia che nella misura in cui “*die Herrschaftsgewalt der Gemeinschaft geht von den Staaten aus*”, gli Stati nella loro differenza abbiano garantito un diritto di partecipazione rispetto al diritto dell'Unione. Sebbene le costituzioni degli Stati membri non possano recuperare la pretesa di una regolazione integrale del potere esercitato entro il loro ambito di validità riconducendolo al popolo, tale diritto di partecipazione risulta determinante affinché esse non degradino al livello di *Landesverfassungen*, ovvero di costituzioni di Stati federati all'interno di uno

⁶³ Descrivendo l'Unione Europea come un prodotto di Stati sovrani comporta inevitabilmente, secondo Pernice, il fatto che “*the EU is matter of the states, of abstract political bodies, of abstract political bodies having established an even more abstract organisation for their purpose*”. Cfr. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, p. 543.

⁶⁴ Cfr. Grimm, *Europa ja - aber welches?*, 2016, p. 181. L'europeizzazione comporta, secondo Grimm, che la costituzione non è più in grado di garantire la sua pretesa costitutiva di garantire che il potere esercitato entro il suo ambito di validità sia integralmente riconducibile al popolo e riceva da esso la propria legittimazione.

Stato federale. Se il significato delle costituzioni nazionali è effettivamente condizionato dalla circostanza in ordine alla quale esse sono costituzioni di Stati che fanno parte dell'Europa unita, il collocarsi all'origine dell'integrazione di un atto di volontà di una molteplicità di Stati diventa la leva affinché complessivamente non si produca quella gerarchizzazione di piani tipica degli Stati federali.

Nell'ipotesi interpretativa di Pernice, secondo la quale nella dinamica dell'associarsi di Stati democratici non può che essere implicato ugualmente un immediato retroriferimento al popolo dello Stato e, dunque, ai cittadini, sembra scomparire non solo il problema della legittimazione, ma, a causa di un necessario appiattimento delle distinzioni analitiche su cui fa leva Grimm, anche della possibilità di pensare ad una partecipazione delle parti. Rispetto allo stretto nesso tra il processo di integrazione europea e l'idea di *Verfassungsverbund*, la radicalizzazione della tesi di Pernice inoltre implica delle conseguenze paradossali che possono essere evidenziate attraverso il riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia Europea relative alla preminenza applicativa (ma anche all'effetto diretto) – sentenze a cui è solitamente ricondotta la cosiddetta costituzionalizzazione dei trattati. Se i cittadini dell'Unione sono la fonte del potere legittimo dell'Unione e, dunque, ogni ulteriore decisione degli organi della Comunità deve essere considerata come atto sovrano del popolo, le sentenze della Corte appaiono letteralmente non giustificabili non per un vizio formale, ma perché ridondanti. Perché la Corte si sarebbe dovuta pronunciare su qualcosa di immediata evidenza?

Dalla prospettiva del processo di integrazione, l'immediatezza dei passaggi con cui Pernice riconduce ai cittadini la fonte di legittimazione dell'Unione al fine di intendere la natura democratica dell'Unione risulta dunque foriera non solo delle difficoltà appena ora enunciate, ma anche delle ragioni che, in prima battuta, sembrano dare ragione del ricorso al modello del contratto sociale da parte di Pernice. A proposito della fase del processo di integrazione inaugurato dalla proclamazione della Carta dei diritti di Nizza, Pernice, nel tentativo di mostrare come si trattasse di una novità riconducibile al quadro analitico della sua teoria, osserva come la questione di fondo non fosse quella "di come debba essere organizzata una qualche organizzazione internazionale, una Unione di Stati, bensì della graduale evoluzione di una auto-organizzazione della società che viola lo Stato, che

lo relativizza, della società che si definisce sempre più europea senza che siano sacrificate le identità nazionali, regionali e locali dei cittadini”.⁶⁵

La mossa teorica del costituzionalismo multilivello di pensare la costituzione composita e dinamica (in divenire) dell’Europa come un sistema fondato sulla volontà dei cittadini e, dunque, giustificabile ricorrendo all’idea di un contratto sociale europeo, richiede di essere interrogata di seguito per comprendere non solo se una simile modalità sia effettivamente conseguente nei passaggi e nei nessi interni che la caratterizzano, ma possa essere funzionale a intendere la “pluralità delle comunità di appartenenza” nell’ambito di una struttura non gerarchica, ma eterarchica.⁶⁶ In che modo, dunque, l’idea di contratto sociale europeo è in grado di dare ragione della natura composita (ovvero plurale) e dinamica della costituzione postnazionale europea? In che modo permette di ricondurre l’idea di una pluralità delle comunità di appartenenza non gerarchizzate a partire dalla volontà dei cittadini?

5- IL MODELLO DEL CONTRATTO SOCIALE NELLA TEORIA DEL VERFASSUNGSVERBUND: SULLA NECESSITÀ DI UN SUPERAMENTO.

Come si è appena cercato di fare emergere, l’ipotesi di un contratto sociale europeo risulta essere strettamente intrecciata con la tesi che il fondamento di validità e l’ordine di applicazione del diritto europeo negli Stati membri non risieda in ultima istanza negli Stati – o, meglio, nella procedura di approvazione dei Trattati delle costituzioni di quest’ultimo – bensì debba essere attribuito ai popoli e dunque nei cittadini. Mediante tale ricostruzione del processo costituente, Pernice supera la concezione dell’Unione come *Staatenverbund*. Il fondamento giuridico dell’Unione non è a disposizione degli Stati membri: esso ha piuttosto a che vedere con i cittadini dell’Unione non solo come

⁶⁵ Pernice, *Sovranità, diritti umani e costituzione europea*, 2002.

⁶⁶ L’espressione “pluralità delle comunità di appartenenza” è espressione impiegata – in maniera appropriata alla luce anche della conclusione del presente passaggio citato – da Gustavo Zagrebelsky in un tentativo di sintesi della proposta teorica di Pernice (e Meyer) del *Verfassungsverbund*. “La proposta potrebbe tradursi, in un modo che è familiare ai giuristi italiani, in termini di pluralità delle comunità di appartenenza. Ogni persona appartiene a più cerchie costituzionali, è portatrice di valenze o “cittadinanze” molteplici e in ciascuna di esse trova il luogo di espansione della propria personalità e della propria libertà, anche se ciò può dare luogo a una difficoltà, derivante dalla simultanea vigenza di più di un ordinamento giuridico nel medesimo ambito, non solo nel caso di divergenze”, Zagrebelsky, *Diritti e costituzione nell’Unione Europea*, 2003, p. X.

destinatari, bensì come autori. Che i cittadini europei siano soggetti attivi piuttosto che i soggetti a cui è solo attribuibile il potere pubblico europeo, malgrado la significativa differenza tra i due stati, è aspetto che Pernice sembra ritenere secondario. Ciò che risulta decisivo invece è che le procedure di approvazione rappresentino la modalità in cui i cittadini dell'Unione, non gli Stati, partecipano al contratto sociale europeo. I trattati, più precisamente, sono espressione di un contratto sociale tra i cittadini. Il riconoscimento dei cittadini europei quali autori/attori del processo d'integrazione europeo, infine, è immaginato come un passaggio dall'astratto al concreto. Quella del contratto sociale appare a prima vista come una finzione necessaria per pensare i cittadini in quanto individui che concretamente sono autori e proprietari dell'organizzazione politica, ma è intesa come una finzione carica di realtà.

Per pensare il *Verfassungsverbund* e, in particolare, il suo carattere composito, plurale, Pernice, come precedentemente illustrato, si serve di un concetto ampio e funzionale di costituzione. Il *Verfassungsverbund* europeo è composto dalla costituzione dell'Unione e dalle costituzioni degli Stati membri e dal legame reciproco tra di essi: le costituzioni parziali formano un tutto unitario in quanto in relazione tra loro, ma non scompaiono, restano parti appunto. La costituzione non presenta un nesso necessario con lo Stato, come si è soliti ritenere, e può essere impiegata utilemente per immaginare altre forme di autorità pubblica legittima. Come è chiarito programmaticamente in relazione alla comprensione della realtà giuridica europea, allora:

*“la finalità dell’approccio qui propugnato consiste nella conciliazione degli elementi costituzionali presenti nell’approccio sovranazionale con l’esistenza incontestabile e persistente degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. In modo speculare a quanto avviene con le costituzioni degli Stati membri che non possono essere comprese nella loro totalità senza tenere conto del diritto comunitario, il diritto primario dell’Unione Europea non funziona né si spiega nella sua natura e struttura senza riferimento alle costituzioni nazionali”.*⁶⁷

Il primo interrogativo che sorge rispetto al ricorso al modello del contratto sociale riguarda il modo in cui esso permette non tanto di pensare il potere legittimo, bensì il

⁶⁷ Pernice & Mayer, *La costituzione integrata dell'Europa*, 2003, p. 48.

carattere composito della costituzione europea, in cui sono presenti istanze di comando diverse, senza che le parti e la relazione che le struttura vengano neutralizzate. Anche se l'attenzione di Pernice è rivolta al complesso costituzionale, al *Verfassungsverbund* come sistema costituzionale, ciò non toglie che il fondamento di legittimità dovrebbe risultare capace di dare ragione di quell'articolazione che permette di differenziarlo fondamentalmente da uno Stato nazionale. In che senso l'intreccio e l'interazione tra costituzioni parziali in un ordinamento giuridico unitario è spiegabile a partire dagli individui come fondamento di legittimazione?

Rispetto a tale questione che nell'analisi della coerenza interna della teoria del costituzionalismo multilivello appare essere di primaria importanza, il confronto con i testi di Pernice non consente di dare una risposta pregnante. Emblematico delle difficoltà può essere considerato il seguente passo che Pernice premette a un'esposizione degli "elementi del concetto di *Verfassungsverbund*":

*“Das Konzept des Verfassungsverbundes setzt beim Einzelnen, bei den Bürgerinnen und Bürgern der Union an. So gesehen ist die europäische Verfassung ein Mehrebenensystem, verfaßt und strukturiert von den jeweils Betroffenen gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne des „multilevel constitutionalism“. Ggf. regionale, nationale und europäische Verfassungsebenen verbinden sich in ihrem Aufeinander-Angewiesensein zu einem einheitlichen System”.*⁶⁸

Il passo evidenzia l'assenza di qualsiasi scansione che permetta di determinare come dai singoli si arrivi alla costituzione composita. Che il riferimento all'individuo debba consentire di configurare una costituzione europea come sistema a più livelli, con compiti differenziati e in cui i piani sono connessi tra loro è quanto viene asserito, ma il perché e il come ciò sia anche solo possibile rimane privo di risposta. A rivelarsi problematica, almeno in prima battuta, non è l'ipotesi secondo la quale la legittimità del potere pubblico possa essere individuata nel modello del contratto sociale, ma che quest'ultimo sia in grado di dare conto della struttura plurale e composita che lo caratterizza.

Il raffronto con altri passaggi relativi all'esplicazione della funzione del contratto sociale, lungi dal mostrare il carattere cogente contingente del nesso tra individuo e la

⁶⁸ Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, p. 63.

natura composita della costituzione europea, ne ribadisce la contingenza, ovvero la non pregnanza concettuale:

*“The establishment of such a social contract may take different forms and procedures, but its function and stability as a constitution will always depend upon the continuing recognition of its legitimacy by the vast majority of the citizens. This recognition must be contractual, meaning that it is based on reciprocity between the citizens so engaged, and this is where its binding power and authority lies”.*⁶⁹

Le osservazioni che si possono fare a riguardo sono almeno tre: 1) la possibilità che il contratto sociale possa assumere varie forme e procedure non solo non spiega perché possa assumere quella di una costituzione composita, ma pone il problema di come in quest’ultima i soggetti del potere possano essere ritenuti esclusivamente meri individui; 2) il contratto sociale appare, almeno in questo passo, non come struttura costituzionale originaria, ma dipendente dal riconoscimento della sua legittimità da parte della maggioranza dei cittadini; 3) il riconoscimento della sua legittimità è di una maggioranza e, al contempo, contrattuale all’interno di essa, ma ha un potere vincolante per tutti, sembra cioè negare esattamente il significato ideale dell’autodeterminazione democratica.

L’applicazione del modello del contratto sociale risulta così scontare la circostanza che in realtà non sono individui liberi e uguali (tra loro indifferenti) che si autodeterminano, ma individui determinati, con specifiche e variabili “identità” regionali e nazionali, che cercano di organizzare la loro vita in comune su un piano europeo che non è sovraordinato ad esse, ma con esse si intreccia.⁷⁰ Come si giustifica questa loro differenza e come questa si possa ri(con)durre all’idea di autodeterminazione democratica è quanto paradossalmente rimane non chiarito nel momento in cui si intende il *Verfassungsverbund* a partire dal modello di contratto sociale europeo.⁷¹

⁶⁹ Pernice, *The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in Action*, 2009, p. 366.

⁷⁰ Che proprio la differenza delle appartenenze – che poi dovrebbero tradursi nella struttura composita della costituzione – non sia derivabile in alcun modo dall’idea di contratto sociale in quanto tale è aspetto implicitamente confermato da Pernice laddove di recente scrive: *“Multilevel constitutionalism conceptualises the composed European constitution as a system based upon the will of the citizens. It assumes a double political identity, national and European, of each citizen”*. Cfr. *Ibid.*, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, p. 550. La teoria si limita dunque ad assumere la duplice identità, non la può dedurre.

⁷¹ Quando viene asserito, da parte di Pernice e Mayer, che “sottolineando il carattere fondante di una Costituzione [...] proponiamo di individuare la legittimità del potere pubblico europeo nell’idea di un

Ulteriori difficoltà emergono se si considera non solo il nesso tra individuo e carattere composito del *Verfassungsverbund* oltre lo Stato, ma anche il carattere dinamico e in divenire che lo connota. In che senso il ricorso al modello del contratto sociale europeo è in grado di rendere conto di tale aspetto? Le indicazioni che Pernice fornisce a riguardo sono ad un tempo più precise, ma non meno problematiche. Come già visto, egli ritiene che “*die europäische Verträge sind [...] Ausdruck eines europäischen contrat social*”. A tale tesi egli fa seguire la considerazione secondo la quale “*Verfassung ist dabei nicht als statisches Konzept, sondern vielmehr als öffentlicher Prozeß zu begreifen*”. Questo rimanderebbe all’idea, ripresa sempre da Häberle, della costituzione come “*ein „immer neues Sich-Vertragen und sich Ertragen aller Bürger“*”.⁷² Al di là del significato determinato che tale concezione ha nel contesto della riflessione häberliana, mi pare che tali passaggi costringano a distinguere tra due modalità in cui è declinato il carattere dinamico della costituzione: un primo, interno, consistente nell’“accordarsi” e nel “sorreggersi” vicendevole, un secondo, esterno, che deriva dalla possibilità di considerare i trattati europei come espressione di un contratto sociale europeo che viene di volta in volta rinnovato. Rispetto a quest’ultimo, risulta evidente come il carattere dinamico non abbia a che fare con le caratteristiche strutturali del modello del contratto sociale in sé, ma derivi dal presupposto che tra i trattati e il contratto sociale sussista un rapporto di espressione – i trattati europei come espressione di un contratto sociale europeo. Questo non comporta il venir meno del carattere in divenire e dinamico del *Verfassungsverbund* – ovvero l’idea che esso non designi un’architettura costituzionale ma un processo permanente di trasformazione –, ma dimostra cionondimeno che non è il modello del contratto sociale che permette di comprenderlo.

Prima di concludere, è necessario soffermarsi, anche se in maniera rapida, su un ulteriore elemento di complicazione che deriva dal richiamo esplicito che Pernice fa a Rousseau laddove parla di contratto sociale. La tesi di Pernice, come visto, è che dall’idea di contratto sociale non risulti necessariamente uno Stato unitario, ma consenta di configurare forme diverse del potere pubblico legittimo:⁷³ solo in questo modo esso può

“contratto sociale” europeo sul quale sia basata l’integrazione dell’Europa”, ciò di cui non si riesce a dare conto sono anzitutto i tratti specifici che differenzierebbero il potere pubblico europeo da quello statale. Cfr. Pernice & Mayer, *La costituzione integrata dell’Europa*, 2003, p. 51.

⁷² Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, p. 66.

⁷³ “*Multilevel constitutionalism is based on the assumptions that the contrat social, the concept developed by Rousseau, does not necessarily lead to one unitary State, and that the notion of constitution*

rivelarsi utile a pensare una comunità politico-giuridica innovativa come l'Unione. Ma in che modo è possibile dedurre qualcosa di differente? Che cosa permane della struttura rousseauiana del contratto sociale nel contratto sociale europeo di Pernice?

Rispetto alla funzione legittimante, il contrattualismo moderno in generale e quello di Rousseau in particolare procedono in modo ricostruttivo. Il potere politico, bisognoso di legittimazione in quanto pensato a partire dallo stato di natura che prevede solo individui liberi e uguali, viene chiarito rispetto alle condizioni di validità nella misura in cui esso permette di determinare innanzitutto la genesi del corpo politico. Il problema della sovranità e quello dell'unità politica costituiscono dunque il referente fondamentale del ragionamento del *Contratto sociale*. Nello specifico del contratto sociale di Rousseau, affinché nessuno possa servirsi di parte del diritto e del potere al fine di esercitarlo a svantaggio di terzi o si faccia giudice in caso di conflitto con altri membri del corpo comune, è richiesta la totale alienazione dei singoli nei confronti del corpo comune, ma quest'ultima avviene necessariamente nei confronti di se stessi: i singoli alienano i loro diritti, ma sono i destinatari medesimi dell'alienazione. La volontà generale non può essere delegata a nessuno e può spettare solo al corpo sovrano.

Proprio perché la finalità del contratto sociale è la costruzione del corpo politico sovrano, l'atto di base è quello dell'alienazione integrale della libertà: a scomparire in tal modo è esattamente quella dimensione pattizia e contrattuale che invece Pernice considera in quanto altrettanto costitutiva del concetto di contratto sociale e sembra ritenere utile al fine di pensare la "legittimità" dell'autorità pubblica sovranazionale (si ricordi che, nella citazione riportata in sede di introduzione, Pernice sosteneva che "*the concept of a European social contract is used to underline the contractual quality of the broadly consensus-based legitimacy of the supranational public authority so established*").⁷⁴ Se è l'aspetto pattizio quello determinante, tuttavia, il senso del contratto sociale non muta semplicemente di significato, ma sembra dischiudere una dimensione completamente diversa di pensare la politica che non può che mettere in crisi il valore fondante del singolo. Per pensare l'accordo dei molti senza che questo venga neutralizzato attraverso la costruzione di un corpo sovrano unitario, è necessario che la natura dei molti

is not necessarily bound to a rigid concept of the State", Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European Constitution-Making Revisited?*, 1999, p. 709.

⁷⁴ Id., *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, p. 551.

assuma una forma diversa da quella presupposta dal contrattualismo moderno. I molti non sono e non possono essere dunque intesi come una moltitudine indefinita degli individui. Per pensare una politica basata sull'accordo in cui l'accordo possa rinnovarsi, inoltre, appare indispensabile che questa politica sia una politica dell'accordo di parti che esistono prima del patto e che permangono anche dopo il patto. Che la necessaria conseguenza affinché il patto sia pensabile consista nel superamento della dimensione fondante dell'individuo e della sua volontà, e che sia solo accedendo a un piano non meramente teorico, ma del concreto della relazione e della produzione di soggettività, che una pluralità di questo tipo possa trovare la sua determinazione, è quanto si cercherà di mostrare nel prossimo della tesi relativa al concetto di federazione, in particolare, in relazione alla struttura del patto federativo.

CAPITOLO IV.

COME PENSARE FEDERALISTICAMENTE L'EUROPA? PER UNA CRITICA DELLA (TEORIA DELLA) FEDERAZIONE.

1- SOVRANITÀ E FEDERALISMO: DUE CONCETTI ANTINOMICI.

Tra i tentativi di porre a tema il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale coniugandolo con una sistematica problematizzazione delle categorie politico giuridiche tradizionali al fine di pensare in positivo l'Unione europea, le “teorie della federazione” sono indubbiamente tra quelli che hanno goduto recentemente di una significativa attenzione critica anche da parte di studiosi che muovevano da approcci da esso dissimili. Nel capitolo dedicato a Habermas, si è visto, ad esempio, come la riflessione più recente del filosofo tedesco abbia attinto utilmente dal dibattito sulla federazione per pensare la forma politico costituzionale dell'Europa come comunità federale sopranazionale al di là della dicotomia Stato federale-federazione di stati e abbia provato al tempo stesso a complicarla con la questione della legittimità democratica e del potere costituente. Nella parte dedicata a Pernice, inoltre, la necessità di una autentica liberazione da una *staatsanaloge Terminologie* quale condizione per descrivere e chiarire l'UE nell'ambito di una considerazione anzitutto giuridica si riallaccia esplicitamente (almeno da un certo momento in poi) al contributo teorico apportato dalla riflessione sul concetto federazione.¹

Nel contesto degli approcci che insistono sul concetto di federazione, l'esigenza di determinare quali siano le categorie capaci di comprendere l'Unione Europea come entità

¹ Cfr. Pernice, *Verfassungsverbund*, 2010, p. 102-104. Ci riferiamo qui all'influenza di questi contributi per ciò che concerne una più rigorosa impostazione concettuale della teoria del *Verfassungsverbund*. Per ulteriori riscontri in relazione all'influenza assunta dalla riflessione sul tema della federazione nell'ambito del dibattito tedesco sull'Europa, si tengano presenti inoltre: Wahl, *Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*, 2005, p. 920; Preuss, *Das Politische im Europarecht*, 2010, p. 332-335; Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, 2010, p. 61-68. In questo recupero, un ruolo indubbiamente di primo piano (specie in chiave polemica) è giocato dall'opposizione della Corte Costituzionale Federale Tedesca – da ultimo nel *Lissabon-Urteil* – alla trasformazione dell'Unione Europea in Stato federale insieme al contestuale riscontro del carattere “politicamente autonomo” assunto dall'Unione che, se non mette in crisi, perlomeno relativizza l'ipotesi di intendere gli Stati membri dell'Unione come *Herren der Verträgen*. Su tale questione, si rimanda alle considerazioni in merito nel capitolo III del presente lavoro dedicato al costituzionalismo multilivello di Ingolf Pernice.

politico-giuridica e di ridefinirne la costituzione, nel senso ampio del termine, si trova strettamente intrecciato non solo con i problemi relativi all'assetto formale di un'entità politico-giuridica radicalmente differente dallo Stato, ma anche a quello della peculiare organizzazione del comando e della democrazia nell'ambito di una realtà composita, strutturalmente plurale. Tale esigenza procede innanzitutto dal riconoscimento dell'insufficienza o dell'inappropriatezza di una trasposizione del "principio di unità politica" statale e nazionale sul piano europeo e dal compito di pensare costituzionalmente un'unità stabilmente formata di parti distinte (che non intendono perdere la capacità di agire politicamente).

Nell'ambito del dibattito tedesco sulla (difficile) determinazione della natura giuridica dell'Unione Europea, un punto di riferimento privilegiato per provare a inquadrare il tipo di problematiche con le quali intende confrontarsi la concettualizzazione dell'Unione come federazione, nonché lo specifico della proposta avanzata, è rappresentato dal saggio del giurista Christoph Schönberger significativamente intitolato *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*.² L'obiettivo del saggio è dimostrare come una dottrina della federazione che intenda l'Unione come *eine Form föderativer Einigung* sia in grado di offrire una adeguata categorizzazione (a livello giuridico anzitutto) dell'Unione Europea.³ A tale scopo, tuttavia, è necessario avere consapevolezza che ricorrendo al concetto di federazione si sta prendendo congedo dalla classica dicotomia di Stato federale e confederazione di Stati: come chiaramente posto in

² Cfr. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 81-120; ma si veda anche: Id., *Bundeslehre und Europäische Union*, 2010, p. 87-96. Ci riferiamo, in questa parte iniziale, a questo contributo sia perché intende esplicitamente proporre la categoria di *Bund* in rapporto all'Unione sia per la "sistematicità" della trattazione. In realtà, argomenti pressoché identici a quelli che verranno analizzati di seguito si ritrovano già in: Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 45-66. Inoltre, è da tenere presente che l'esigenza di un recupero del concetto di *Bund* e lo sviluppo di una teoria della federazione per pensare politicamente e giuridicamente l'Europa erano già state poste in luce da Beaud, all'indomani della ratifica del Trattato di Maastricht, nella conclusione de *La puissance de l'État*. Cfr. Beaud, *La puissance de l'État*, 1994, p. 457-491. Per quanto concerne la riflessione italiana, invece, è da ricordare l'importantissimo contributo teorico di Sergio Ortino sul diritto costituzionale federativo – estremamente influente sia per Schönberger sia per Beaud. Cfr. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, 1993. Per un'impostazione critica per certi versi analoga – che pone l'esigenza di un superamento della dicotomia Stato federale-confederazioni di Stati e il concetto di sovranità – volta però a intendere il federalismo come modalità radicalmente diversa di pensare la politica da quella condizionata da tali concetti, sono da tenere presente i contributi di Giuseppe Duso: Duso, *Tra Unione europea e forma-Stato: pensare il federalismo*, 2002, p. 199-233; Id., *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza*, 2008, p. 183-210; Id., *Pensare il federalismo*, 2010, p. 183-210.

³ Dello stesso autore si tenga presente anche: Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, p. 1-12.

rilievo dal titolo del saggio di Schönberger, la concettualizzazione dell'Unione Europea come federazione procede in simultaneità ad un congedo dalla distinzione confederazione di stati-Stato federale. L'influenza e la rilevanza di questo contributo per quel che concerne l'impostazione teorica generale possono essere colte osservando non solo lo spazio dedicato alla trattazione delle aporie che discendono dall'applicazione delle categorie tipiche della dottrina dello Stato rispetto a un'entità federale, ma anche l'esplicito recupero della definizione schmittiana di *Bund* all'interno di quello che ad oggi rappresenta senza dubbio il risultato più completo e articolato della riflessione giuridico-costituzionale sul concetto di federazione, ovvero la *Théorie de la Fédération* di Olivier Beaud.⁴ Anche secondo il giurista francese, sul cui contributo avremo modo di ritornare in seguito, la federazione è “*un ordre politique sans souveraineté*”⁵ e l'interesse della dottrina costituzionale della federazione schmittiana va fatto risalire alla “diretta e consapevole contrapposizione alla comune distinzione tra confederazione di Stati e Stato federale”.⁶

La questione primaria che viene avanzata dal contributo di Schönberger concerne le ragioni in base alle quali risulta giustificato e necessario il ricorso alla categoria di *Bund*. Da un lato, si pone il tentativo di pensare positivamente forme di unità politico-giuridica non riconducibili ad una delle polarità della dicotomia Stato federale-confederazione di Stati, ovvero che non possono essere pensate mediante il ricorso alle categorie della *Staatlichkeit*, dall'altro lato, si tratta di esprimere il significato determinato del fenomeno federale e, più in particolare, della peculiarità dell'Unione Europea, la sua forma cosiddetta *sui generis*. Le difficoltà nel comprendere effettivamente la natura giuridica dell'Unione Europea emergono infatti con particolare evidenza proprio se ci si rivolge alla modalità, largamente diffusa nel dibattito non solo giuridico sull'Europa, di presentare la struttura politico-giuridica dell'Unione come “organizzazione *sui generis*” (*Gebilde sui generis*), ritenendo che tale connotazione sia sufficiente a definirla una volta

⁴ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 35-97. La problematica con la quale si confronta l'autore concerne le ragioni che giustificano e la modalità in cui è possibile pensare “lo sganciamento della federazione dall'orbita dello Stato”. L'importanza del passaggio attraverso la critica della distinzione tra Stato federale e confederazione come condizione per il recupero del concetto di federazione era già stata posta in luce in: Id., *La notion de pacte fédératif*, 1999, p. 204-226. In questo scritto, Beaud si occupa del “patto federativo” per mostrare come la natura “costituzionale” di tale patto non possa che sfuggire assumendo una rigida distinzione binaria tra Stato federale e confederazione.

⁵ Id., *Théorie de la fédération*, 2007, p. 64. Cfr. Grimm, *Souveränität*, 2009, p. 111.

⁶ Id., *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 50.

constata l'impossibilità di ricondurla alle categorie di Stato o organizzazione internazionale.⁷ La considerazione di questa definizione rivela immediatamente il suo limitato apporto conoscitivo, poiché non solo appare ridursi in definitiva a nulla più che una semplice tautologia (ovvero, l'Unione in quanto organizzazione *sui generis* non è né uno Stato né un'organizzazione internazionale punto),⁸ ma risulta pensabile esattamente assumendo le categorie tradizionali di Stato e organizzazione internazionale, assieme all'aspetto di mutua esclusione che le contraddistingue, come orizzonte intrascendibile – per negarne la pregnanza.⁹ In tal senso, in virtù del suo determinare qualcosa solo *ex negativo*,¹⁰ Schönberger osserva: “*die verbreitete sui-generis-Formel überwindet die Begriffswelt der klassischen Dichotomie von Staatenbund und Bundesstaat nur dem Schein nach. In Wirklichkeit verewigt sie genau dieses Kategoriensystem*”.¹¹ Il superamento implicato nella *sui-generis-Formel* è solo apparente, retorico, poiché non riesce a dare un'espressione conseguente alla pretesa che le è evidentemente intrinseca, ovvero poiché non dice nulla in positivo del tipo di organizzazione che si sta definendo.¹² In tal senso, non si può che concludere che “*eigenständige Kategorien zur Erfassung eines föderalen Gebildes jenseits des Staates entstehen so nicht*” – dove con “oltre lo Stato” non si allude tanto al piano sopranazionale, bensì a una logica e a categorie diverse

⁷ Sulla difficoltà che pone la definizione del tipo di comunità politica (o sistema politico) che è l'Unione e sulla definizione dell'Unione come organizzazione *sui generis*, si veda: Fossum & Menéndez, *The Constitution's Gift*, 2011, p. 1-16, in particolare. Questi autori giustamente evidenziano che, “*if the sui generis position appears credible, it is because it starts from a correct observation. The Union is not [...] a full-blown state. And the Union has not followed the constitutional paths characteristically transited by states*”, Ivi, p. 19.

⁸ Detto altrimenti, “*die Union sei nicht ein bloßer Staatenbund und – jedenfalls noch – auch kein Bundesstaat*”, Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 82-83.

⁹ Sui limiti che comporta la definizione dell'Unione come organizzazione *sui generis* si veda il recente contributo di Robert Schütze, cfr. Schütze, *European Constitutional Law*, 2012, p. 67-68.

¹⁰ “*Das eigentliche Problem der üblichen Diskussion liegt darin, dass sie vom Staatsbegriff nicht loskommt. Denn dass die Europäische Union ein Gebilde sui generis ist, heißt ja in erster Linie, dass sie kein Staat ist*”, Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 88.

¹¹ Ivi, p. 83.

¹² Secondo Schönberger, un'obiezione simile investe la determinazione del concetto di “federalismo sopranazionale” elaborato da Armin von Bogdandy, benché il tentativo non sia solo *negativ-abgrenzend* (cfr. Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999). L'Unione è qui intesa come una nuova forma di potere, ma essa è nuova in quanto non è statale. I criteri di ridefinizione proposti sono ancora una volta quelli tipici dello Stato (vedi il territorio e la cittadinanza). A tale riguardo, osserva allora Schönberger: “*Die Europäische Union soll zwar eine “neue” Herrschaftsform sein, sich aber doch wieder nur staatsbezogen beschreiben lassen. [...] Sie wird so als staatsanaloger Nichtstaat erfaßt. [...] Der staatsanaloge Nichtstaat ist in erster Linie ein bundestaatsanaloger Nichtbundesstaat*”, Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 84. Un'impressione diversa mi pare sia ricavabile dal confronto con altri testi, cfr. Bogdandy, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus*, 1993, p. 219, e Id., *Grundprinzipien*, 2009.

da quelle proprie della dottrina dello Stato, ovvero che non siano significanti solo in rapporto allo Stato.¹³

Da questa critica dei limiti che connotano la definizione dell'Unione come organizzazione *sui generis* viene alla luce, in realtà, anche il rischio al quale sono esposti i tentativi di concepire l'Unione come *föderale Ordnung*. Non sono solo le concezioni dell'Unione come organizzazione *sui generis* che non si liberano affatto da una concettualità statocentrica, ma lo stesso richiamo ai concetti di federazione e di federalismo, infatti, sembra a prima vista avere luogo e senso solo all'interno della prospettiva dello Stato e della sovranità in particolare.¹⁴ Anche nel dibattito che intende proporre un pensiero federale per l'Unione Europea, la tendenza dominante è quella di pensare il federalismo secondo le due configurazioni contrapposte dello Stato federale, da un lato, e della confederazione di Stati, dall'altro, dando per assodato che parlando di federalismo non ci si possa che stare riferendo all'una o l'altra di queste forme. Se il limite delle definizioni *sui generis* è di rimanere imbrigliate in una concettualità che, al di là della loro pretesa intrinseca, è significativa solo sulla base della dicotomia di confederazione e Stato federale, e l'intento è, al contempo, quello di acquisire col concetto di federazione uno strumento utile per intendere una realtà come l'Unione Europea, è necessario chiarire innanzitutto perché la dicotomia Stato federale e confederazione di Stati sia di scarsa utilità per intendere la configurazione e la finalità dell'Unione Europea e contemporaneamente non consenta di comprendere in modo significativo la nozione di federalismo. A tale scopo, la "delegittimazione" delle categorie tradizionali si presenta come una mossa teorica preliminare necessaria, ma non sufficiente. La possibilità di ridefinire giuridicamente (e politicamente) il concetto di federazione passa attraverso un dialogo che decostruisce la tradizionale dicotomia Stato federale e confederazione di Stati e l'assunto secondo il quale la comprensione del federalismo non possa darsi con riferimento ai concetti di Stato e sovranità; ma il compito è insieme quello di chiarire perché e in che modo il federalismo permetta di intendere la politica e il diritto in maniera *diversa*. Si tratta insomma di superare un approccio

¹³ Cfr. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 84.

¹⁴ Cfr. Oeter, *Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union*, 1995, p. 659-712. In questo contributo, lo stesso Oeter insiste sull'utilità di intendere federalisticamente l'Europa e, tuttavia, pone il problema della dipendenza del dibattito – soprattutto tedesco – da una concezione dello Stato federale "antiquata", riconducibile alla discussione tardo ottocentesca sul tema.

“negativo” e analogico alla questione mediante l’elaborazione di una *Verfassungstheorie des Bundes* capace di offrire una griglia analitica adeguata, effettivamente corrispondente alla pretesa che la anima – con cui la ridefinizione del concetto di federazione può compiersi.¹⁵

Il primo interrogativo che si impone concerne le ragioni in base alle quali la dicotomia Stato federale-federazione di Stati non consentirebbe di comprendere adeguatamente il fenomeno federale. Prima ancora che riferendosi, per esempio, ad una serie specifica di differenti disposizioni giuridiche o alla considerazione dell’organizzazione, il problema può essere inquadrato, in termini generali, rivolgendo l’attenzione al rapporto tra unità e pluralità.¹⁶ Assumendo la dicotomia Stato federale-confederazione di Stati, non si dispone di concetti adeguati per esprimere adeguatamente “*das klassische Problem des Föderalismus – die Einheit in der Vielfalt bzw. die Vielfalt in der Einheit*”.¹⁷ Più precisamente, l’impossibilità di comprendere le realtà federali mediante la dicotomia Stato federale-federazione di Stati dipende dal fatto che essa rende pensabile solo in modo astratto e riduzionistico “il classico problema del federalismo”, in quanto il carattere unitario perterrebbe allo Stato federale, mentre quello plurale perterrebbe alla confederazione. La difficoltà riguarda allora la *modalità* (si potrebbe dire la logica) in cui procede la categorizzazione che contrappone tra loro Stato federale e confederazione di Stati alla base del quale si colloca fondamentalmente quel concetto di sovranità che solo consente di distinguere chiaramente le due forme.¹⁸ Mentre la prima, lo Stato federale, comporta la sovranità dello Stato federale nei confronti dei suoi membri, gli Stati federati, la seconda prevede l’assenza di sovranità della confederazione nei confronti degli Stati che, mediante essa, si unificano. Di conseguenza, nel primo caso a risultare privati della sovranità sono i membri che costituiscono lo Stato sovrano, mentre

¹⁵ Analogo movimento è quello che viene proposto da Beaud nella prima parte della sua *Théorie de la fédération*. Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 37-97. Rispetto all’esigenza di superare la dicotomia di Stato federale e confederazione di Stati, ma prima ancora il concetto moderno di sovranità come chiave per poter (ri)pensare il federalismo, si tengano presenti i contributi di Giuseppe Duso, cfr. Duso, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza*, 2008, p. 183-210, e Id., *Pensare il federalismo*, 2010, p. 73-118.

¹⁶ La declinazione del problema in termini generali sulla base del rapporto logico-costituzionale tra unità e pluralità per evidenziare i deficit teorici della dicotomia Stato federale-confederazione di Stati, da un lato, e per determinare in positivo la struttura della federazione, dall’altro lato, è sviluppata soprattutto in un contributo più recente di Schönberger. Cfr. Schönberger, *Bundeslehre und Europäische Union*, 2010, p. 87-92.

¹⁷ *Ivi*, p. 89.

¹⁸ Cfr. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 50.

nel secondo caso a conservare la sovranità saranno gli Stati confederati. Procedendo in tal modo, sul piano teorico è possibile organizzare una griglia concettuale sulla base di una serie di coppie oppositive che permetterebbe di specificare ulteriormente le due forme, ma la cui chiarezza tuttavia è solo apparente – legata alla modalità di categorizzazione – in quanto è tutta basata in ultima istanza sulla contrapposizione unità-pluralità: “*Die Klarheit dieser Unterscheidung entsteht dadurch, daß sie Begriffe zu Gegensatzpaaren zusammenfaßt: Staatenbund und Bundesstaat, Völkerrecht und Staatsrecht, Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt, Vertrag un Verfassung, Mediatisierung und unmittelbare Unterworfenheit*”¹⁹ – si potrebbe aggiungere: unanimità e maggioranza, sovranità dei singoli Stati e sovranità dello Stato federale, esterno e interno, pluralità e unità. L’unica cosa chiara di una classificazione di questo tipo è il suo carattere autoreferenziale e riduzionistico.

Nella cristallina architettura logica di una categorizzazione di questo tipo, si esplicita, secondo Schönberger, non solamente una evidente *Kategorieverarmung*, ma anche una *Wirklichkeitsferne* che si può in un certo senso giustificare su basi ideologiche alla luce della costellazione storicamente determinata in cui apparve, ovvero considerando l’origine storica di questa concettualizzazione classica della dottrina generale dello Stato risalente al tardo XIX secolo: “*Nach der Gründung des Norddeutschen Bundes und des Reiches 1867/71 war es ein Bedürfnis der überwiegend nationalliberal-unitarisch gesinnten Staatsrechtslehre, das neue Reich als starken Bundesstaat zu interpretieren. Dafür mußte dieser theoretisch-begrifflich deutlich von früheren Formen föderaler Ordnung in Deutschland – und insbesondere dem unmittelbar vorangegangenen Deutschen Bund – abgehoben werden*”.²⁰ Se tenendo presente un simile contesto polemico è possibile superare l’apparente impressione del carattere comunque asettico e neutrale della dicotomia, il medesimo elemento ideologico che la permea in realtà è la causa strutturale di una *verzerrte Wahrnehmung*²¹ delle realtà stesse a cui i termini pretendono di riferirsi:²² le concretizzazioni storiche e le realtà istituzionali designate come federali rivelano solo eccezioni rispetto ai chiari contorni definitivi della dicotomia e ciò non in virtù di una non corrispondenza di teoria e realtà delle istituzioni,

¹⁹ Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 89.

²⁰ *Ibid.*; si veda anche: Oeter, »Föderation« oder »Bund« als Oberbegriff. *Erscheinungsformen des Föderalen jenseits von Bundesstaat und Staatenbund*, 2016, p. 235.

²¹ Cfr. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 91-97.

²² Cfr. anche Beaud, *La notion de pacte fédératif*, 1999, p. 206-218.

ma di un costitutivo fraintendimento nella modalità di categorizzazione.²³ Non è possibile indugiare in dettaglio sulle lacune descrittive e sul misconoscimento della realtà delle istituzioni che appare intrinseco alla rigida assunzione di una simile modalità classificatoria.²⁴ L'aspetto concettualmente rilevante è la possibilità di individuare in definitiva un'unica ragione teorica che determina le distorsioni che non permettono di comprendere la realtà federale: *“Die Erklärung für diese Verzerrungen liegt darin, daß das klassische Schema die Zuordnung von Bund und Mitgliedstaaten mit vom Staat entlehnten Souveränität- und Hierarchiekategorien beschreibt”*.²⁵ La radice del problema è costituita paradossalmente dal criterio della sovranità che deve essere assunto per elaborare e dare senso alla classificazione. Perché le categorie di sovranità e gerarchia non sono consone alla comprensione della federazione?

La possibilità di comprendere effettivamente il concetto di federazione passa secondo Schönberger necessariamente attraverso il superamento del concetto di sovranità, perché quest'ultima, determinando la relazione tra unità e pluralità solamente in forma gerarchica, comporta che l'unica modalità in cui sia declinabile il pensiero dell'unità sia quello della negazione della pluralità (e viceversa): o unità o pluralità.²⁶ È a questo punto che deve essere posta in evidenza una prima determinazione in positivo degli ordinamenti federali: *“[Die föderale Ordnungen] sind von ihrer Grundstruktur her*

²³ La percezione distorta non sarebbe altro che l'effetto di una esagerazione dell'elemento unitario, nel caso dello Stato federale, e di quello plurale, nel caso della confederazione di Stati. Le conseguenze per quel che riguarda l'architettura istituzionale sono molteplici. Si può ricordare a riguardo la critica kelseniana alla dicotomia *Staatenbund-Bundesstaat* nell'ambito della trattazione delle *Staatenverbindungen*, in base a cui l'idea che la differenza tra i due tipi passi dal possesso (Stato federale) o l'assenza (confederazione di stati) di organi propri è ritenuta “insostenibile”, in quanto anche la confederazione è dotata di organi propri, di un'istanza mista separata dagli stati (e, in realtà, ciascuno dei poli presenta tratti strutturali del polo antitetico). Cfr. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 172-174.

²⁴ Le critiche avanzate riguardano, per esempio, nel caso della confederazione, la difficoltà di chiarire le classiche capacità d'azione che caratterizzano le confederazioni (per esempio il diritto di guerra), così come le competenze di applicazione del diritto e la presenza di organi confederali, se l'unità sul piano confederale è intesa in maniera debole. Si tratta di aspetti già ben presenti anche all'interno della riflessione schmittiana e kelseniana, ma che non ha impedito il seguito che ha avuto la distinzione. Cfr. Scalone, *L'ordine precario*, 2011, p. 323-332 – anche per quel che riguarda il riferimento ai testi degli autori in questione. Per quel che concerne Schmitt in particolare si veda anche: Cohen, *Globalization and Sovereignty*, 2012, p. 120 e ss..

²⁵ Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 97.

²⁶ Con riferimento all'intenzione storicamente determinata che ha motivato l'elaborazione della dicotomia Stato federale e confederazione di stati nella dottrina tedesca dello Stato, Schönberger osserva: *“Alles was die Pluralität, die Vielheit der beteiligten Staaten betraf, wurde dem [...] Staatenbund zugeschlagen, alles, was die Einheit ausdrückte, hingegen dem Bundesstaat. Statt Einheit in der Vielfalt bedeutete das Gegensatzpaar Bundesstaat-Staatenbund nunmehr: Einheit oder Vielfalt”*, Ivi, p. 89.

nicht Ordnungen der Hierarchie, sondern solche der Koordination".²⁷ Sebbene la relazione di coordinazione non solo sia più ampia di quella di gerarchia, ma sembra risultare irriducibile ad essa nella misura in cui la coordinazione comporta che l'ordine sia pensato a partire dallo stare insieme di parti diverse che non perdono la possibilità di esprimersi all'interno dell'ordine che concorrono a formare, Schönberger ritiene che la relazione gerarchica possa essere considerata comunque una forma limite della coordinazione.²⁸ La difficoltà specifica che concerne infatti i tentativi di approssimare l'ordinamento europeo col modello dello Stato federale è legato al fatto di disporre di strumenti analitici che procedono *solo* con forme di relazione gerarchica.²⁹ Assumendo come struttura fondamentale la relazione di coordinazione, invece, risulta possibile provare a immaginare in modo appropriato una realtà politico-giuridica che, come nel caso dell'Unione Europea, per quanto dotata di una dimensione unitaria, per poter essere inquadrata nella sua costituzione, non deve finire col fagocitare le parti che la costituiscono. Una realtà che, benché compresa federalisticamente e dotata di una dimensione unitaria, non si configura come uno Stato federale. In quanto "ordinamento di coordinazione", la federazione si colloca in modo particolare agli antipodi dello Stato democratico contemporaneo: "*Der demokratische Staat der Gegenwart ist typischerweise durch eine von einer einheitlichen Legitimitätsgrundlage her hierarchisch geordnete Rechtsordnung gekennzeichnet. Der Bund hingegen seiner Grundstruktur nach eine Koordinationsordnung zwischen Mitgliedstaaten und Bundesebene*".³⁰ Col termine federazione e la proposta di una teoria della federazione, ci si riferisce allora a una modalità di pensare la politica e il diritto in cui l'unità della realtà politica è pensabile solo attraverso la pluralità. In che modo, la tesi che sia necessario andare oltre il concetto di sovranità per pensare il federalismo è sviluppata a questo punto?

²⁷ Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 98. Ma sulla natura non gerarchica del rapporto tra federazione e Stati membri, si veda: Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 32. Il che non vuol dire altro che le relazioni non sono di comando-obbedienza. Su questo si veda oltre.

²⁸ Il che significa che la relazione gerarchica non è esclusa totalmente, ma, appunto, "*Hierarchische Zuordnungen von Bundesebene und Mitgliedstaaten sind in föderalen Ordnungen nicht die Regel, sondern die Ausnahme*", Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 98.

²⁹ "*Alle staats- und bundesstaatsbezogenen Analogien arbeiten [...] gerade auch im Hinblick auf die Grundstrukturen der Gemeinschaftsrechtsordnung mit Hierarchievorstellungen und projizieren diese in deren föderale Zuordnungsverhältnisse hinein*", *Ibid.*. Per i riflessi di quest'idea rispetto al tema della "cittadinanza" in una prospettiva giuridica, si veda: Id., *Unionsbürger*, 2005, p. 31-50.

³⁰ Id., *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 87.

È sulla base degli argomenti ripercorsi fin qui, che Schönberger, in sintonia con le posizioni di altri giuristi,³¹ propone di ricorrere alla dottrina costituzionale della federazione schmittiana – e in particolare alla definizione di *Bund* ivi avanzata – quale punto di partenza per dare concreto sviluppo ad una teoria della federazione che si accomiati sia dalla dicotomia di Stato federale e confederazione di Stati sia dal concetto di sovranità.³² Nella *Verfassungslehre*, Schmitt fornisce la seguente definizione di federazione: “La federazione è un’associazione permanente, che serve al comune fine di autoconservazione politica di tutti i membri della federazione e basata sul libero accordo, mediante la quale lo *status* politico complessivo di ogni singolo membro è modificato in vista di uno scopo comune”.³³ Non solo, ma in consonanza con la critica alla dicotomia di Stato federale e confederazione di Stati, Schmitt medesimo precisa risolutamente subito dopo: “Le caratteristiche e le conseguenze di questo concetto di federazione devono essere sviluppate senza riguardo alla distinzione fra federazione di Stati e Stato federale”.³⁴

Alla luce di quanto si è cercato di dire fin qui e in vista delle tematiche che si affronteranno nel seguito, per cogliere fino in fondo l’importanza della dottrina schmittiana della federazione nello sforzo di autori come Schönberger e Beaud di illuminare le questioni della configurazione politico-giuridica (ovvero per un’appropriata determinazione della struttura costituzionale dell’Unione) e della finalità poste dal processo d’integrazione europea, è utile tenere ben presente quanto Schmitt fa discendere dalla “determinazione concettuale della federazione”:

“1. La federazione racchiude ogni Stato membro nella sua esistenza complessiva in quanto unità politica e lo inserisce come un tutto in un’unione che esiste politicamente. [...] 2. Il trattato federale mira ad un ordinamento permanente, non semplicemente ad una regolamentazione transitoria. [...] 3. Il contratto federale è un contratto di specie particolare, cioè un contratto

³¹ Cfr. Beaud, *La puissance de l’État*, 1994, p. 489; Id., *Théorie de la fédération*, 2007, p. 18. Per quanto attiene la definizione di “federazione”, autori altrettanto rilevanti quanto Schmitt sono Samuel Pufendorf e Pellegrino Rossi.

³² Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 100.

³³ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 477. “*Der Bund ist auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes in Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird*”, Id., *Verfassungslehre*, 1993, p. 366.

³⁴ Id., *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 477.

costituzionale. [...] 4. La federazione ha per scopo il mantenimento dell'esistenza politica di tutti i membri nell'ambito della federazione".³⁵

Nel capitolo del presente lavoro dedicato ad Habermas, si è visto come secondo il filosofo tedesco il problema del ricorso alla riflessione schmittiana consiste nel fatto che essa rifugge sistematicamente dalla questione della legittimazione, ovvero del potere costituente, che invece a suo giudizio è determinante.³⁶ Sulla base di ragioni analoghe, ma per giungere a un sistematico rigetto della pertinenza del riferimento alla definizione schmittiana di *Bund* per comprendere la realtà europea, Hauke Brunkhorst, invece, aveva sottolineato il fatto che la federazione – schmittianamente intesa – è solo federazione di Stati, mentre l'Europa è una “federazione di Stati e popoli” (*a confederation of states and peoples*).³⁷ La chiave per poter pensare adeguatamente la costituzione di una confederazione di questo tipo non può allora, a parere di Brunkhorst, prescindere da una nozione di “sovranità popolare procedurale e intersoggettiva”.³⁸ Si tratta di questioni e difficoltà senza dubbio pertinenti considerando non solo la prospettiva dalla quale sono poste – e che si è già in precedenza provato a problematizzare. Si deve tenere presente tuttavia come, non costituendo un superamento del concetto tradizionale di sovranità popolare, bensì un ripensamento di questo capace di renderlo plausibile nell'ambito delle società complesse, anche l'impiego del concetto procedurale di sovranità sembra andare

³⁵ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 479-480. L'elenco schmittiano presenta in realtà tre punti ulteriori: “5. La federazione protegge verso l'esterno i suoi membri dal pericolo di guerra e da ogni aggressione. [...] 6. Non c'è una federazione senza intromissione della federazione negli affari degli Stati membri. [...] 7. Ogni federazione può in quanto tale fare la guerra ed ha uno *ius belli*”, *Ivi*, 481-483. Si tratta di aspetti non trascurabili, ma che si collocano in secondo piano rispetto al fine della presente trattazione.

³⁶ Cfr. Habermas, *La crisi dell'Unione Europea*, 2012, p. 63. In linea con tale lettura, Peter Niesen ha affermato: “*Die Stärke einer Theorie des Bundes/der Föderation aus der Sicht des Globalen Konstitutionalismus ist ihre nicht-reduktionistische Wahrnehmung multipler Ebenen und sich überlagernder Zuständigkeiten in komplexen Systemen, die dennoch Anspruch auf politische Einheit erheben. Die bisherige Schwäche der Theorie des Bundes ist ihre weitgehende Ausblendung der Diskussion verfassungsgebender Gewalt*”, Niesen, *Der pouvoir constituant mixte als Theorie der Föderation*, 2016, p. 211-212.

³⁷ “[...] a political body like the EU is not a confederation of states only. The whole Schmittian idea of a confederation or *Bund* of states suffers from being fixed to Jellinek's concept of a state as a legal and empirical subject, and henceforth falls short when it comes to the new evolutionary formation of supranational organizations with a double legitimation like the EU. The European Union is [...] a confederation of states and peoples. It is exactly here that the Schmittian concept of a confederation or *Bund* ends”, Brunkhorst, *A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution*, 2004, p. 104.

³⁸ “[...] if a confederation is not only a confederation of states but also equally based on its own, autonomous citizenship, then only the notion of procedural and intersubjective popular sovereignty comes into play”, *Ibid.*

incontro alle aporie poste in luce da Schönberger derivanti dall'impiego del concetto di sovranità per comprendere le realtà federali. A prescindere dalle critiche "esterne", nel paragrafo che segue, si tratta di vedere se il recupero della dottrina costituzionale del *Bund* sia del tutto coerente con l'impianto argomentativo mirante al superamento della dicotomia Stato federale e confederazione di Stati e al concetto di sovranità in particolare e, eventualmente, mostrare che difficoltà si presentano. Le considerazioni seguenti, in ogni caso, si pongono anzitutto sul piano teorico e dei concetti, senza pretendere di fornire contro-argomenti di tipo storico o "fenomenologico".

2- IL *BUND* COME ORDINE POLITICO-GIURIDICO SENZA SOVRANITÀ? STRETTOIE CONCETTUALI.

Come prima cosa vorrei considerare gli aspetti che la riflessione di Schönberger, in sintonia con quella di Beaud, fa discendere in positivo dall'assunzione della definizione schmittiana e su cui insiste al fine di valorizzarli per pensare l'Europa. Il vantaggio che presenta immediatamente la concettualizzazione dell'Unione Europea come *Bund* è quello di poterla intendere come una comunità giuridico politica che presenta una struttura federale, senza che, come visto, essa possa essere compresa mediante il ricorso a concetti che hanno il loro centro di gravità nello stato. Il dualismo dell'esistenza politica, ovvero il dualismo di poteri, è l'elemento costitutivo della federazione che la differenzia dallo Stato.³⁹ Questo aspetto consente di dare conto del fatto che la federazione e gli stati membri posseggono una loro propria esistenza politico-giuridica e che uno dei compiti costitutivi della federazione sia quello di permettere l'autoconservazione dei membri. Tra la federazione e gli stati membri perdura dunque un campo di tensione costitutivo legato al permanere dell'esistenza politica delle parti che la compongono. Tuttavia, la federazione non si riduce ad un mero agglomerato di stati: da un lato, infatti vengono stabiliti dei meccanismi decisionali di carattere istituzionale sul piano soprastatale in maniera permanente, non transitoria; dall'altro lato, gli stati membri sono collegati

³⁹ Cfr. Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 46: "Denn das Wesen der Föderation als Koexistenz zweier Gewalten über einem Gebiet kann der Begriff der Souveränität nicht verdeutlichen".

istituzionalmente tra loro in modo tale che lo *status* dei membri è modificato permanentemente.

In tal senso, a risultare di primario interesse è la specificazione del fondamento giuridico della federazione e della sua struttura fondamentale, i quali, non a caso, hanno costituito l'oggetto di una ampia indagine da parte di Olivier Beaud in uno dei suoi contributi più rilevanti sul tema della federazione precedenti la pubblicazione della *Théorie de la Fédération*.⁴⁰ Da un punto di vista teorico giuridico, è sufficiente constatare la specificità della struttura di tale fondamento giuridico per riconoscere sia l'autonomia della nozione costituzionale di federazione sia l'impossibilità di analizzarla sulla base della concettualità caratteristica dello Stato. Il fondamento giuridico da cui è fatta discendere l'esistenza della federazione è un *Bundesvertrag*, un patto federativo, la cui peculiarità è quella di essere al contempo un trattato e una costituzione – in modo tale la congiunzione di questi termini appare sensata.⁴¹ La costituzione di una federazione è un trattato (o, il che vale lo stesso ora, un patto), ovvero un accordo volontario tra diverse parti contraenti che permangono anche dopo la stipula. La dimensione costituente a partire da cui la federazione è pensabile è pertanto quella dell'accordo che può esserci pienamente solo sulla base del libero consenso delle parti contraenti.⁴² La valenza costitutiva del patto si rispecchia nel fatto che l'organismo federale che scaturisce da esso non si colloca in posizione sovraordinata nei confronti delle parti; come visto precedentemente, il patto federativo non può che esprimere la struttura fondamentale della federazione come *Koordinationsordnung*. Il che non vuol dire altro che “*les relations qui existent entre la Fédération et ses États membres ne sont pas des relations hiérarchiques de commandement et d'obéissance*”, si tratta bensì di relazioni orizzontali o, per dirla con Habermas, eterarchiche.⁴³ La centralità che assume la dimensione pattizia

⁴⁰ Alludiamo a Beaud, *La notion de pacte fédératif*, 1999, p. 197-270.

⁴¹ “*Der Bundesvertrag ist beides zugleich, Vertrag und Verfassung*”, Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 112.

⁴² “*Le terme de pacte a pour immense avantage, en raison de son lien sémantique avec les termes de contrat et de convention, de traduire l'idée maîtresse du fédéralisme selon laquelle les États s'unissent volontairement entre eux pour fonder un nouvel ensemble politique (la Fédération). L'idée de pacte, en exprimant cet accord de volontés, traduit le mieux ce qu'on peut appeler l'esprit du fédéralisme qui est un esprit d'association des peuples et des États. Or, cette association repose sur le principe fondamental d'un libre consentement des parties contractantes*”, Beaud, *La notion de pacte fédératif*, 1999, p. 248. La dimensione dell'accordo volontario consente di distinguere la federazione dall'impero (cfr. Id., *La Fédération entre l'État et l'Empire*, 1995, p. 282-304). Quest'ultimo presenta un carattere composito, ma l'aggregazione è prodotta con la forza.

⁴³ Id., *Théorie de la fédération*, 2007, p. 32.

come dimensione costituente e costitutiva della federazione consiste dunque nel fatto che la “*contractualité*” non deve connotare solamente la nascita della federazione, ma deve essere parte integrante del suo funzionamento istituzionale.

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

“dieser Verfassungsvertrag hat eine andere Struktur als die Verfassung eines Einheitsstaats, wie sie idealtypisch im pouvoir constituant der Nation des französischen Einheitsstaats zum Ausdruck kommt. Vielmehr bleiben im Verfassungsvertrag die Mitgliedstaaten als politische Subjekte erhalten, sie verschwinden nicht hinter der neuen politischen Einheit des Bundes. Die Struktur des Gründungsstatus reflektiert hier die komplexe Struktur des Bundes, sie drückt verfassungsrechtlich gerade aus, dass Pluralität und Einheit aufeinander bezogen bleiben. Damit wird der Vertrag als Kategorie des Verfassungsrechts wieder gewonnen”.⁴⁴

Anche secondo Beaud del resto, la dimensione pattizia è non solo quella che consente di determinare più pienamente in positivo la struttura giuridica fondamentale della federazione, ma anche quella che consente di comprendere la differenza irriducibile tra la federazione e lo Stato, l'autonomia rispettiva e l'antagonismo delle due forme politico-giuridiche, nella misura in cui la sovranità che caratterizza quest'ultimo non può che tradursi coerentemente se non in un atto *unilaterale*. Il patto costituzionale, al contrario, “*refléterait une conception plurilatérale de la constitution évidemment contraire à l'idée d'unilatéralité contenue dans le mot même de commandement constitutionnel*”.⁴⁵ Nella dicotomia Stato federale-confederazione di Stati ciò che viene non semplicemente frainteso, ma negato paradossalmente,⁴⁶ è l'elemento pattizio attraverso il riferimento allo stato (e alla sovranità) come criterio definitorio:

“sous cet angle de la “contractualité”, de la base consensuelle, on comprend mieux pourquoi la Fédération comme forme politique s'oppose [...] au principe antagonique de la souveraineté qui caractérise l'État et qui est fondé

⁴⁴ Schönberger, *Bundeslehre und Europäische Union*, 2010, p. 93.

⁴⁵ Beaud, *La puissance de l'État*, 1994, p. 246. “*Le commandement e le pacte constitutionnels sont deux types d'acte constituant valable pour deux types différents d'unité politique*”, *Ivi*, p. 253.

⁴⁶ A proposito del concetto di *Bundesstaat*, Schönberger scrive che esso “*transportiert meist zudem zentralistisch-unitarische Konnotatione, betont in der Wortzusammensetzung den Staat und nicht den Bund*”, Schönberger, *Bundeslehre und Europäische Union*, 2010, p. 88.

au contraire sur l'unilatéralité, sur la relation commandement/obéissance [...]. Il n'est donc pas exagéré de conclure que la "contractualité" est justement un élément déterminant du concept de fédéralisme".⁴⁷

Se pensare il federalismo – come emerso nel paragrafo precedente – comporta altrettanto una modalità altra di intendere il rapporto unità-pluralità e l'Unione Europea, in particolare, invita a "*pensare l'unità come costitutivamente plurale, e dunque come unità che mantenga in sé le differenze e i soggetti portatori di queste*",⁴⁸ la stessa centralità rivestita dall'elemento pattizio per comprendere la struttura politico-giuridica della federazione – con i caratteri che lo connotano in positivo (e in negativo rispetto allo Stato) – non può che spingere a considerare con attenzione come venga intesa l'esistenza politica della federazione e degli Stati membri. La stessa aspirazione di *Beaud* di fondare una teoria della federazione intesa come forma politico-giuridica autonoma e di pari dignità rispetto alla forma stato, del resto, non sembra poter prescindere dal modo in cui la duplicità dei poteri e delle esistenze politiche è qualificata, poiché questa qualificazione permette di capire *come* sono mantenute le differenze e *come* si connota l'unità. Come è intesa la dimensione politica dei membri e della federazione?

È soffermandosi sulla risposta a questa domanda senza con ciò volere minimamente sminuire l'importanza e l'innovatività del contributo positivo legato alla riflessione sulla federazione, ma piuttosto nell'intento di istaurare un dialogo produttivo con essa che condivide l'esigenza di un superamento della concettualità legata allo stato e la sovranità, che si può provare a porre in evidenza un aspetto problematico che deriva in larga parte dalla contiguità alla dottrina schmittiana e dalla difficoltà di superarla effettivamente una volta che ne vengono accolti integralmente i lineamenti fondamentali. Se, come già aveva sottolineato Sergio Ortino, "l'intuizione principale del pensiero schmittiano in proposito [ovvero, sulla federazione, N.d.R.] è di aver dato autonomia concettuale a tale forma di Stato, indipendentemente dalle categorie tradizionali della confederazione di Stati e dello Stato federale",⁴⁹ si deve osservare come l'immaginario che si colloca alla base della federazione (e della sua definizione) è certamente quello di una pluralità di unità politiche,

⁴⁷ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 116.

⁴⁸ Duso, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, 2012, p. 40. Ci serviamo qui l'efficace formulazione di Giuseppe Duso in relazione all'esigenza di ripensare il rapporto unità-pluralità al di là di come in cui esso è declinato all'interno della forma Stato e in consonanza con una modalità federalistica di pensare la politica.

⁴⁹ Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, 1993, p. 26.

ma queste siano pensate come Stati.⁵⁰ In tal senso, la pluralità assunta come costitutiva si presenta innanzitutto come una pluralità di identici, ovvero come una pluralità indifferenziata, e ciò che rileva nell'accordo è l'elemento della volontà. Ma prima ancora di tale aspetto critico, la domanda che non può che sorgere è quella relativa al significato del superamento del concetto di sovranità posto che invece il polo plurale della federazione sono gli Stati appunto.⁵¹ La difficoltà, in altri termini, rimanda al fatto che lo Stato, nell'accezione precisa che il termine ha avuto nella storia moderna degli stati nazionali, appare essenzialmente intrecciato al concetto di sovranità.⁵²

Sebbene Schönberger e Beaud insistano sulla contrapposizione tra federazione e sovranità, entrambi ritengono che la federazione vada pensata innanzitutto come federazione di Stati. Se la federazione che come *unità politica* ha la particolarità di non poter essere compresa per mezzo del concetto di sovranità, ciò non sembra invece escludere, nell'ambito della loro trattazione, la possibilità che quest'ultimo possa ancora in qualche modo applicarsi alle parti che la compongono. Nella seconda parte della sua *Théorie de la Fédération* (“*L’ambivalence constitutive de la Fédération entre Union d’États et institution*”), Beaud designa la federazione innanzitutto come “*union d’États*” – per precisare peraltro poco oltre come il problema rimanga quello di “*une autre signification de cette expression d’union d’États qui ne soit pas lestée par la signification de [l’]opposition entre Confédération et État fédérale*”.⁵³ Il riscontro più eloquente della convinzione di Beaud che le unità politiche federate non possano che essere degli Stati si trova nelle motivazioni che egli adduce alla esclusione pressoché totale del pensiero

⁵⁰ “*Die Föderation ist eine freiwillige Union von politischen Einheiten (den Staaten) und ihr Wunder besteht darin, diese Staaten zu vereinigen, ohne sie zu absorbieren*”, Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 53.

⁵¹ In relazione alla possibilità e all'utilità di intendere l'Unione Europea come federazione, il rischio a cui va incontro un'impostazione di tale tipo è quello di non tenere in adeguata considerazione le trasformazioni che hanno investito la statualità (al di là dei processi di europeizzazione) proprio in relazione all'aspetto della sovranità. Sul punto si rimanda al capitolo I del presente lavoro. Ma si deve ricordare in tal senso anche quanto opportunamente osservato da Maurizio Fioravanti che sottolinea come “il significato che va assumendo la stessa Unione come forma politica” non può che risultare condizionato dal fatto che i protagonisti dell'integrazione europea siano “gli Stati costituzionali, ovvero Stati non più riconducibili [...] al principio di sovranità”, Fioravanti, *Stato e costituzione*, 2011, p. 35.

⁵² Cfr. Beaud, *La puissance de l'État*, 1994. Ma, più in sintesi, si vedano sempre le considerazioni di Beaud in: Id., *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 48.

⁵³ Id., *Théorie de la fédération*, 2007, p. 105. Ma per cogliere la coerenza della riflessione di Beaud su questo aspetto si veda: Id., *Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération*, 1998, p. 99: “*les unités politiques concernées aujourd'hui par le fédéralisme sont les États*” e, ancora, “*le fédéralisme et la Fédération appartiennent à l'horizon conceptuel de la pensée politique et juridique de la Modernité*”. Più di recente, si veda come riscontro: Id., *La répartition des compétences dans une Fédération*, 2016, p. 181 e 183.

federalista di Johannes Althusius quale aggancio storico rilevante per la costruzione della sua teoria, esclusione che va a netto favore del riferimento all'opera di Samuel Pufendorf come “*premier théoricien moderne de la Fédération*”.⁵⁴ Per quanto lo stesso riferimento a Pufendorf sia ben lungi dal consistere in una mera riattualizzazione, la ragione di tale preferenza è giustificata sulla base della seguente motivazione: “*Pufendorf part de l’acquis réalisé par les ouvres de Bodin et de Hobbes qui révolutionnent la science moderne du droit public avec l’idée de souveraineté*”.⁵⁵ Come Beaud ha modo di precisare in un importante contributo successivo alla pubblicazione della *Théorie de la Fédération*, il limite del pensiero althusiano consiste nel fatto che “*sa construction organique de l’Etat ne correspond pas au schéma moderne de la Fédération qui repose sur un schéma volontariste – et non organiciste – c’est-à-dire sur l’idée d’un accord entre Etats souverains*”.⁵⁶ Dal che si evince con particolare chiarezza come Beaud ritenga che sia lo “schema volontarista” alla base del patto a richiedere che le unità politiche che danno vita alla federazione siano “stati sovrani”.⁵⁷

L’affermazione che solo gli Stati possono essere (immaginati come) le realtà federate produce degli effetti che vanno al di là della considerazione in ordine alla quale il concetto di sovranità non sarebbe da rigettare totalmente, in quanto mantiene una sua

⁵⁴ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 16. La rilevanza di Althusius nel tentativo di delineare i contorni di un pensiero federalistico come altro modo di pensare la politica oltre la forma Stato è stata avanzata con forza da Giuseppe Duso. Cfr., tra i numerosi contributi, Duso, *Althusius e l’idea federalista*, 1992, p. 611-622; Id., *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius*, 1996, p. 65-126, e Id., *Perché leggere oggi Althusius?*, 2005, p. 39-60. Per le conseguenze di quest’interpretazione tesa a valorizzare il contributo althusiano in un dialogo con l’opera di Beaud si veda: Id., *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, 2009, p. 1881-1897.

⁵⁵ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 16, n.4.

⁵⁶ Id., *La Fédération comme forme politico-juridique*, 2010, p. 38-39.

⁵⁷ Si tenga presente che anche la posizione di Schönberger conferma una convinzione analoga: “*Die Theorie des Bundes erlaubt vielmehr die Herausbildung anderer adäquaterer Kategorien zur Erfassung föderaler Zusammenschlüsse von Staaten jenseits der untauglichen Staatenbund-Bundesstaat-Unterscheidung*”, Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 99. Al di là dell’inadeguata distinzione si Stato federale e confederazione, il *Bund* si riferisce pur sempre a “unioni di Stati”. Si tenga presente, infine, come, sebbene ques’aspetto sia ricavabile da un’analisi complessiva dei passaggi testuali degli scritti di Beaud, non mancano indicazioni testuali che aprono ad altre possibilità: “*l’idée de Fédération comme ‘union d’États’ présuppose cette nouvelle organisation de l’ordre international fondé sur l’égalité souveraineté des États. La possibilité de l’État (ou de l’équivalent d’État) de s’engager dans une aventure fédérale n’est rendue possible que par sa liberté d’autodétermination, sa liberté de décider sous quelle forme il souhaite vivre politiquement*”, Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 123. Qui si allude, benché in modo cursorio, anche ad “equivalenti dello Stato”. Alla pagina successiva si parla anche di “*les États ou les quasi-États*” per indicare le parti federate. Mi pare che sarebbe interessante (e rilevante) determinare in cosa consistano.

rilevanza analitica per comprendere la realtà statale.⁵⁸ Che, dunque, per quel che attiene a sovranità e federalismo si tratti di “*les séparer, les isoler de façon à ce qu’ils n’entrent pas en contact, tout en reconnaissant, dans leur ordre, leur mérites*”.⁵⁹ Se è vero che l’ingresso in una federazione implica che la condizione politica complessiva di ciascun singolo membro non possa che essere adeguato agli scopi comuni per i quali la federazione è stata costituita, per comprendere l’atto di fondazione sembra perlomeno difficile non dover ricorrere al concetto di Stato e sovranità nella loro accezione tradizionale. Ma a quel punto viene da chiedersi *come* le logiche dello stato possono non concorrere in qualche modo a definire la federazione.

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

“der Souveränitätsbegriff [hat] keine Aussagekraft für die Beziehung zwischen Mitgliedstaaten und Bundesebene in einem Bund. Diese sind strukturell nicht hierarchisiert. Souveränität im Sinne einer unteilbaren Allzuständigkeit kann es im Bund weder auf der Bundesebene noch bei den Mitgliedstaaten geben. Sie wird erst dann wieder denkbar, wenn aus dem Bund ein konsolidierter Bundesstaat wird und er damit kein Bund mehr ist, sondern ein dezentral organisierter Staat”.⁶⁰

Non solo dunque il concetto di sovranità non può applicarsi alla relazione tra gli stati membri e il piano federale, è privo di significatività, ma se intesa come una “competenza esclusiva indivisibile” non può spettare né agli uni, né all’altro.⁶¹ Di segno ben diverso, tuttavia, risulta essere quanto aggiunge Schönberger nel seguito:

“diese theoretische Erkenntnis schließt freilich nicht aus, daß sich die Mitgliedstaaten oder die Bundesrechtsordnung selbst mit Souveränitätsformeln beschreiben. Weil in einem Bund die Souveränitätsfrage strukturell unbeantwortet ist, ist für ihn geradezu

⁵⁸ Beaud prende le distanze esplicitamente in tal modo anche dal politologo “althusiano” Carl Friedrich, in quanto la sua proposta di costruire una teoria della federazione senza sovranità si baserebbe “*sur une hostilité radicale à la souveraineté en soi qui est présentée comme le concept antagonique au constitutionalism*”. Al contrario, Beaud ribadisce che la federazione non sia pensabile attraverso il concetto di sovranità, ma aggiunge che “*une telle opinion ne signifie pas que la conception de l’État souverain soit intrinsèquement fausse ou irréaliste, ni non plus que la Fédération soit impensable*”, Id., *Théorie de la fédération*, 2007, p. 63.

⁵⁹ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 63.

⁶⁰ Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 106-107.

⁶¹ In dettaglio su questo punto si veda: Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 61.

kennzeichnend, daß sowohl die Bundesebene als auch die Mitgliedstaaten zu einer Selbstbeschreibung mit Souveränitätsformeln kommen".⁶²

Letto in combinazione col precedente passo, mi pare che qui il rimando sia alla differenza tra la facoltà di decidere sui diritti di comando e la loro ripartizione – la sovranità in senso stretto – e i diritti di comando stessi, le competenze, che sarebbero assegnate a ciascuno dei due ambiti. Solo quest'ultime rientrano in una possibile auto-descrizione delle parti. In ogni caso, da ciò mi pare debba conseguire che all'interno del concetto di federazione permanga forte il fantasma della sovranità: se ciascuna delle esistenze politiche, ovvero dei due poteri che insistono su un medesimo territorio tipici della federazione si può auto-descrivere per mezzo di schemi di sovranità, la forma Stato non può che concorrere a determinare la costituzione della forma federale.⁶³ Da ciò sorge la domanda, se un effettivo superamento della sovranità per pensare la federazione non conduca piuttosto all'impossibilità che la stessa autocomprensione delle parti come unità politiche non possa avvenire nel segno della sovranità. Tuttavia, in linea con la tematizzazione schmittiana, il congedo dalla sovranità nel *Bund* significa primariamente che la questione della sovranità in esso è rimane inevasa, senza risposta (dopo essere stata ridislocata su un livello differente). A proposito della modalità in cui devono essere intese le esistenze politiche nella federazione non risulta necessaria nessuna ulteriore specificazione. Una caratteristica essenziale della teoria della federazione, il vantaggio della sua costruzione,⁶⁴ sarebbe quello di tenere in sospeso strutturalmente la questione della sovranità. Ma la *Schwebelage der Souveränität* implica che "*das Kennzeichnende des Bundes ist also eine prekäre Gleichgewichtslage, ein Schwebezustand*".⁶⁵ Che non si tratti di un rilievo di secondo piano lo si evince dall'indicazione di poco seguente, in base a cui "*jede konzeptionelle Analyse eines Bundes muß mit Begriffen arbeiten, die diesem Schwebezustand gerecht werden*".⁶⁶ Se è così tuttavia, è difficile immaginare che la relazione tra unità e pluralità non sia quella della semplice contrapposizione che richiede

⁶² Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 107.

⁶³ Riprendiamo e proviamo a riarticolare qui un interrogativo già sollevato da Sandro Mezzadra in relazione alla *Théorie de la Fédération* di Beaud. Secondo Mezzadra, la permanenza della forma Stato nella forma federale comporta che "quest'ultima potrà semmai essere definita come una forma "superiore" rispetto allo Stato, ma ne interiorizzerà, anche solo per superarle "dialetticamente", logiche, istituzioni e categorie. Sarà eventualmente di "superiore", ma non di "pari" dignità rispetto allo Stato", Mezzadra, *(Ri)pensare il federalismo nella crisi della forma politica moderna*, 2011, p. 1134).

⁶⁴ Cfr. Franzius, Mayer, & Neyer, *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, p. 19-20.

⁶⁵ Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 105.

⁶⁶ *Ibid.*

equilibrio, ovvero che la federazione non possa che essere un ordinamento massimamente precario, che, propriamente, interiorizza la dicotomia di Stato federale e confederazione di Stati, senza superarla compiutamente. Per chiarire ulteriormente questo plesso problematico, nel prossimo paragrafo vorrei soffermarmi seppur brevemente sulla dottrina costituzionale della federazione di Schmitt. È da notare infatti come in realtà fin dal primo degli articoli che precorrono la pubblicazione della *Théorie de la Fédération*, incentrato sul rapporto concettuale tra sovranità e federalismo, Beaud non manchi di riscontrare delle “debolezze contenutistiche” interne alla dottrina schmittiana.⁶⁷ Le analisi che verremo svolgendo non hanno ovviamente la pretesa di offrire una trattazione esaustiva della riflessione schmittiana, sono funzionali ad illustrare più precisamente sia i limiti di un pensiero federalistico che non si libera dallo spettro della sovranità sia come si declini riduttivamente il nesso unità-pluralità, se non si prova a pensarlo in modo non formale. La questione che rimane aperta è la seguente: è sufficiente per pensare federalisticamente in modo nuovo il rapporto tra unità e pluralità che l’esistenza politica all’interno della dualità di poteri sia determinata in questo modo? È possibile intenderla diversamente?

3- LA FEDERAZIONE OLTRE SCHMITT?

Nella sua analisi della “forma di stato a base federativa” e, in particolare, nel paragrafo dedicato al patto federativo, Sergio Ortino scrive che “l’inquadramento teorico delle repubbliche federative ha luogo [...] in modo quasi del tutto esauriente da parte di Carl Schmitt. Tuttavia, l’analisi compiuta da questo autore degli ordinamenti federativi mal si concilia con le sue premesse di teoria costituzionale”.⁶⁸ Il giurista italiano allude non solo al fatto che la trattazione di Schmitt nella *Dottrina della costituzione* è dominata da quei concetti di Stato, sovranità, costituzione che perdono la loro pertinenza nei

⁶⁷ Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, p. 51.

⁶⁸ Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, 1993, p. 263. Ortino ritiene infatti che Schmitt colga indubbiamente che “l’essenza degli ordinamenti statali a base federativa innanzitutto nel fatto che essi costituiscono un’unione consensuale e permanente in base alla quale lo *status* politico generale di ogni singolo membro della federazione viene modificato in relazione agli scopi comuni per i quali la federazione viene costituita”; ma più importante ancora di quest’aspetto, come visto in precedenza, è il fatto di aver dato “autonomia concettuale” alla forma di Stato federativa.

riguardi della determinazione concettuale della federazione. Se ci si focalizza anche solo brevemente sul primo capitolo della *Verfassungslehre*, dove Schmitt definisce il concetto di costituzione, sembrerebbe doversi escludere a priori qualsiasi ipotesi federalistica.⁶⁹ La costituzione è, infatti, “la decisione politica fondamentale del soggetto del potere costituente”; quest’ultimo quale, “grandezza politicamente esistente”, “decide con un atto consapevole sulla forma di questa esistenza politica”.⁷⁰ La “costituzione” designa in tal modo la “decisione complessiva sulla specie e la forma dell’unità politica”.⁷¹ Anche senza procedere oltre, si può perlomeno intuire per quale motivo Ortino possa concludere dicendo che “resta incomprensibile, dall’angolo visuale ‘interno’ della concezione schmittiana, come possa accadere che la comunità federativa nata dal patto costituzionale stipulato da indipendenti unità politiche [...] costituisca una ‘concreta realtà di un esistere politico indipendente’, il presupposto esistenziale del patto costituzionale”.⁷²

Ciononostante, lo spazio dedicato da Schmitt nella *Dottrina della costituzione* lascia presumere che il giurista tedesco non solo ritenga pertinente la trattazione della forma federale alla luce della più complessiva impostazione sistematica dell’opera, ma pensi che questa possa essere in qualche modo ricondotta alla teoria della forma politica unitaria e sovrana. È con ogni probabilità la rilevanza della questione federale nell’ambito del II Reich e nella Repubblica di Weimar a richiedere a Schmitt di confrontarsi con la tematica dell’ordinamento federale.⁷³ Il fatto che egli respinga la classica distinzione dottrinale fra Stato federale e confederazione significa che questa categorizzazione è ritenuta incompatibile con la concezione dell’unità politica di un popolo quale categoria fondamentale della costituzione.⁷⁴ L’ordinamento della federazione, sul quale Schmitt incentra le sue analisi dopo aver passato in rassegna le “differenti specie di unioni e

⁶⁹ Sul punto si veda: Scalone, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, 2010, p. 233-235.

⁷⁰ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 41.

⁷¹ Id., *Verfassungslehre*, 1993, p. 38: questo il titolo del §3. Ma per una esauriente trattazione critica si veda: Galli, *Genealogia della politica*, 1996, p. 575-633.

⁷² Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, 1993, p. 263. Sulla difficoltà di collocare la trattazione dell’ordinamento federale stanti “alcune lapidarie affermazioni” di Schmitt, cfr. inoltre Scalone, *L’ordine precario*, 2011, p. 325-327.

⁷³ Cfr. Galli, *Genealogia della politica*, 1996, p. 466 e ss.; Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, 2009; e Scalone, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, 2010, p. 233-235.

⁷⁴ Dopo essersi soffermato sull’inconsistente distinzione tradizionale tra confederazione di Stati e Stato federale, chiarisce in proposito che “il problema fondamentale di dottrina della costituzione (giacché un vero trattato di federazione è un atto del potere costituente) non giunge affatto alla consapevolezza”, Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 478. Cfr. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, 1993, p. 25.

rapporti interstatali”,⁷⁵ invece, va rapportato al potere costituente. Laddove parla del *Bundesvertrag*⁷⁶ (“patto federativo” o “contratto federale”, secondo la scelta del traduttore italiano),⁷⁷ infatti, Schmitt precisa che “la sua stipulazione è un atto del potere costituente. Il suo contenuto è contemporaneamente il contenuto della costituzione federale e un elemento della costituzione di ogni Stato membro”.⁷⁸

Esattamente quest’aspetto non appare a Ortino in sintonia con le premesse schmittiane, poiché, si potrebbe dire, l’atto di fondazione della federazione richiede di pensare una molteplicità di poteri costituenti. Tuttavia, Schmitt, non a caso, indica nella stipulazione del patto l’atto del potere costituente: in che senso è possibile e necessario che esso si esprima integralmente e unitariamente in qualche modo in quel momento? Anche se l’ordinamento federale appare dotato di una propria concretezza esistenziale, Schmitt stesso ravvisa una serie di aporie immanenti ad esso che non solo ne rivelano l’intrinseca fragilità – che deriva in definitiva dal carattere non deciso della questione della sovranità –, ma rimandano a presupposti, o meglio al presupposto che permette di pensarlo: l’omogeneità. Schmitt, insomma, non rinuncia al concetto di sovranità quando si occupa della federazione. In tal senso, dopo aver elencato gli aspetti che discendono dalla determinazione concettuale della federazione, egli si sofferma sulle “antinomie giuridiche e politiche della federazione”.⁷⁹

La prima antinomia concerne il fatto che per poter preservare ogni singolo membro, la federazione non può che limitarne l’autonomia al fine dell’autodeterminazione complessiva: “la federazione persegue l’autoconservazione, cioè la conservazione dell’autonomia politica di ogni membro. D’altro canto, l’appartenenza ad una federazione porta con sé una diminuzione di questa autonomia, giacché essa conduce ad una rinuncia allo *ius belli* [...]”.⁸⁰ La garanzia della protezione dal nemico esterno da parte della federazione nei confronti dei membri e la contestuale pacificazione interna (“all’interno della federazione e fra i suoi membri non può esserci più nessuna guerra”)⁸¹ comportano,

⁷⁵ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 473 e ss.

⁷⁶ Cfr. Id., *Verfassungslehre*, 1993, p. 367.

⁷⁷ Cfr. Id., *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 479.

⁷⁸ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 480. La prima delle “conseguenze risultanti dai concetti fondamentali della dottrina costituzionale della federazione” è che “ogni federazione ha come tale un’esistenza politica con un autonomo *ius belli*. Per contro, la federazione non ha un proprio potere costituente, ma si basa sul patto”, *Ivi*, p. 495.

⁷⁹ *Ivi*, p. 483.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ivi*, p. 481.

perlomeno *prima facie*, un disequilibrio strutturale, non solo ipotetico, nel senso chiarito dal giurista tedesco.

La seconda antinomia riguarda l'esecuzione federale, ovvero l'ingerenza federale negli affari interni dei membri, che minaccia potenzialmente l'esistenza politica di questi ultimi:⁸² “ogni federazione porta ad interventi. Ogni vera esecuzione federale è un'intromissione tale che sopprime l'autodeterminazione del tutto indipendente dello Stato toccato dall'esecuzione e abolisce la sua chiusura e impenetrabilità verso l'esterno, la sua “impermeabilità”. Questa antinomia tocca quindi il diritto di autodeterminazione di ogni singolo membro della federazione”.⁸³

La terza ed ultima delle antinomie elencate da Schmitt tocca la struttura politica dualistica costitutiva della federazione che deriva dal permanere di una pluralità di esistenze politiche all'interno di un'unità, la federazione, che ha a sua volta un'esistenza politica:

“Ogni federazione ha in quanto tale [...] una volontà complessiva e un'esistenza politica. [...] Di conseguenza, in una federazione coesistono due specie di esistenza politica: l'esistenza complessiva della federazione e l'esistenza singola dei membri della federazione. Le due specie di esistenza politica devono necessariamente continuare a coesistere, finché deve continuare ad esserci una federazione. L'esistenza complessiva della federazione non può sopprimere l'esistenza singola degli Stati membri né questa esistenza degli Stati membri può sopprimere quella della federazione. Né gli Stati membri sono semplicemente subordinati, dipendenti della federazione, e neppure è la federazione ad essi subordinata e dipendente. La federazione consiste solo in questa unione sostanziale e in questo equilibrio. [...] L'essenza della federazione consiste in un dualismo di esistenza politica, in un intreccio di coesione federale e di unità politica, per un verso, con la sussistenza di una molteplicità, di un pluralismo di singole unità politiche per l'altro verso. Una siffatta instabilità dovrebbe in sé condurre a numerosi conflitti, che devono necessariamente essere decisi”.⁸⁴

Si può vedere come nell'esposizione di quest'ultima antinomia, a presentarsi come aporetico agli occhi di Schmitt è quell'aspetto che le interpretazioni di Schönberger e di

⁸² “Il membro della federazione”, esordisce Schmitt, “cerca confederandosi di conservare la sua indipendenza politica e di garantire la sua autodeterminazione. D'altro canto una federazione nell'interesse della sua stessa sicurezza non può non prendere in considerazione gli affari interni dei suoi membri”, Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 484.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ivi*, p. 484-485.

Beaud mirano invece a valorizzare in quanto intercetta precisamente l'autonomia concettuale dell'ordinamento federativo e il fatto che in essa la questione della sovranità resta sospesa. La difficoltà risiede, da un lato, nella modalità in cui è intesa l'unità e, dall'altro, in quella in cui si declina il rapporto unità-pluralità. Schmitt chiarisce infatti che “questa terza, più generale antinomia si basa in ultima analisi sul fatto che ogni coesistenza di unità politiche autonome nel quadro di un'unità complessa che pure esiste politicamente deve apparire come una contraddizione. Max von Seydel cita con vivace adesione la frase di un francese: ‘*il ne peut y avoir deux unités, car l'essence de l'unité c'est d'être une*’; non possono esserci due unità, poiché l'essenza dell'unità consiste proprio nell'essere una unità”.⁸⁵ Affinché non emergano le contraddizioni è necessario fondamentalmente che non sorgano conflitti all'interno della federazione. In quest'ultimo caso, infatti, l'unico modo per porre rimedio al conflitto consisterebbe nell'imporsi di quella decisione politica che sancirebbe la morte dell'ordinamento federativo: ci si troverebbe in presenza o di uno Stato sovrano unitario⁸⁶ o di una molteplicità irrelata di Stati sovrani. Da un punto di vista logico, la possibilità del conflitto va ricercata nel fatto che il concetto schmittiano di federazione richiede evidentemente lo stare insieme di unità e pluralità, ma in una modalità che può essere solo quella della loro giustapposizione, della coesistenza, in quanto, si potrebbe dire, immagina l'esistenza politica solo in termini di esistenza sovrana. Non solo, insomma, il criterio della sovranità permane intatto nella trattazione della federazione schmittiana, ma la federazione non è intesa come una modalità che supera le difficoltà della realtà statale.

Poiché nell'ordinamento federale la relazione tra federazione e Stati membri è determinata essenzialmente attraverso l'*Offenbleiben der Frage der Souvränität*,⁸⁷ e, al contempo, sul piano teorico – per il modo in cui è concepita l'esistenza politica –⁸⁸ non si può escludere che non si produca la necessità di una decisione ultima, la forma federale non è autosufficiente, necessita di presupposti affinché possa esserci. Se la risoluzione

⁸⁵ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 487. Più oltre si può leggere inoltre: “Il concetto di una unità politica composta di Stati, permanente e che non abbandona il suo fondamento pattizio appare comunque come qualcosa di sommamente contraddittorio”, *Ivi*, p. 489.

⁸⁶ Cfr. *Ivi*, p. 486.

⁸⁷ *Ibid.*: “Ma è proprio dell'essenza della federazione il fatto che la questione della sovranità rimanga sempre aperta tra federazione e Stati membri, finché la federazione in quanto tale esiste accanto agli Stati membri in quanto tali”.

⁸⁸ Cfr. *Ibid.*: “In ogni molteplicità di entità autonome, esistenti politicamente, questo conflitto esistenziale è sempre possibile e la questione della sovranità, cioè della decisione esistenziale ultima, rimane perciò aperta”.

dei conflitti di natura politica attraverso l'organizzazione giuridica è possibile solo parzialmente e non è risolutiva nel caso di conflitti esistenziali, che impongono la decisione, Schmitt ritiene che ci sia un solo presupposto possibile per l'esistenza della federazione, presupposto che risolve – ma si potrebbe meglio dire dissolve – le antinomie enumerate in precedenza: “La soluzione [*Lösung*] delle antinomie della federazione consiste nel fatto che ogni federazione si basa su un presupposto essenziale, ossia sull'omogeneità di tutti i membri, cioè su una affinità sostanziale, che fonda un accordo concreto, effettivo degli Stati membri e fa sì che il caso estremo di conflitto non abbia luogo all'interno della federazione”.⁸⁹ Solo l'omogeneità dei membri rende pensabile che essi non solo siano in grado di stringere un patto federativo di carattere duraturo, ma lo abbiano *de facto* stipulato, perché solo in tal modo si esclude *a priori* il prodursi del caso d'eccezione.⁹⁰ (In realtà, l'ulteriore assunto che sostiene tale tesi è evidentemente che ogni conflitto politico vero possa essere risolto esclusivamente mediante una autorità sovrana). L'esistenza della federazione è perciò del tutto analogo a quello di uno Stato democratico unitario, se riguardata alla luce del necessario presupposto dell'omogeneità tra i membri. Ma, come si può riscontrare dalla risoluzione della terza antinomia, una volta riconosciuta l'omogeneità come presupposto della federazione, la sovranità non risulta ripartita, “divisa”, tra federazione e Stati membri, ma a seconda degli ambiti spetta all'uno piuttosto che all'altro:⁹¹ con l'entrata nella federazione, gli Stati divengono membri di una nuova unità politica e perdono parte della loro sovranità. Ogni elemento di differenza, anche solo di potenziale conflitto deve essere disinnescato a priori. Per questa via, la riflessione schmittiana sulla federazione come modalità per comprendere in senso determinato il significato di un'unità politica di carattere federale, capace di pensare in modo nuovo il rapporto unità-pluralità, sembra risultare fortemente ridimensionata e

⁸⁹ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 490.

⁹⁰ Come ha osservato Antonino Scalone, “se esiste una federazione, evidentemente, essa esprime un'omogeneità capace di assorbire ogni conflitto e di arrestarlo al di sotto del limite, o del caso critico, che ne produrrebbe la dissoluzione. [...] Quel che non può essere risolto sul piano teorico – da questo punto di vista federazione e parti contraenti letteralmente *non stanno insieme* – trova la sua soluzione sul piano politico esistenziale, viene *deciso* dal potere costituente”, Scalone, *Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen*, 2010, p. 237-238.

⁹¹ Cfr. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, 1984, p. 493: “poiché le questioni dell'esistenza politica possono presentarsi diversamente nei diversi ambiti, specialmente in politica estera ed interna, allora è possibile che la decisione su una specie determinata di siffatte questioni, per esempio le questioni dell'esistenza in politica estera, abbia luogo nella federazione, mentre la decisione di altre questioni, per esempio il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica all'interno di uno Stato membro, permanga nello Stato membro. Questa non è una divisione della sovranità, ma deriva dalla coesistenza della federazione coi suoi membri”.

qualsiasi eventuale recupero della definizione di federazione richiede di essere traslato su di un piano assai diverso da quello che caratterizza la trattazione della federazione da parte di Schmitt.

Come anticipato alla fine del precedente paragrafo, Beaud non procede affatto in un recupero acritico del concetto schmittiano di federazione e evidenzia delle “debolezze contenutistiche” tali per cui esso non è sufficiente a elaborare una dottrina giuridica della federazione. Il principale problema consiste nell’“applicazione della sovranità come criterio fondamentale” all’interno della trattazione, che non dà conto di quell’antinomia tra sovranità e federazione che è ricavabile dalla stessa determinazione schmittiana della federazione.⁹² L’antinomia è vista consistere però solo nel fatto che “*la souveraineté renvoie à l’unicité de la puissance publique sur un même territoire alors que la Fédération présuppose [...] une dualité de puissances*”.⁹³

Sebbene la contrapposizione unità-dualità permette di distinguere e circoscrivere formalmente Stato e federazione, essa non appare idonea a ripensare compiutamente il nesso unità-pluralità all’interno della federazione. Ma se la sovranità non riguarda il rapporto complessivo tra federazione e Stati membri, ma è presente internamente ad essi (almeno in certi ambiti), come è pensabile che il rapporto non si determini nella forma del comando e dell’obbedienza, ovvero non ci sia nessuna forma di gerarchizzazione all’interno della federazione? Nei suoi ambiti di competenza stabiliti dal patto, la federazione sarà sovraordinata agli Stati membri – e solo l’omogeneità può porsi a garanzia del non darsi del dissenso. Se questo in Schmitt può fare meno problema, in quanto alla federazione può spettare il compito della difesa dal nemico esterno, mentre agli stati membri gli affari interni, nel caso di una realtà come l’Unione Europea che ha una *primäre Wohlfahrtsorientierung*⁹⁴ – come la caratterizza Schönberger – la cosa non può che apparire più problematica. È interessante notare a tale proposito almeno di sfuggita come il tentativo di recuperare la categoria schmittiana di *Bund* da parte di un altro eminente giurista tedesco, Ulrich K. Preuss, miri innanzitutto a sgravarla dal presupposto dell’omogeneità. Ciò avviene sulla base di premesse arendtiane e, in particolare, l’idea di un “*Zusammen- und Miteinander-Sein des Verschiedenen*” come

⁹² Cfr. Beaud, *Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération*, 1998, p. 51.

⁹³ Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, 2010, p. 23.

⁹⁴ Cfr. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, 2004, p. 100-102.

essenza del Politico.⁹⁵ In tale ottica, in riferimento al fondamento giuridico del *Bund*, scrive allora Preuss, “[*der Statusvertrag*] ist auf die Anerkennung und Anreicherung des Rechtsstatus und der darin rechtlich anerkannten Identität des jeweils Anderen gerichtet”.⁹⁶

4- LA THÉORIE DE LA FÉDÉRATION: ELEMENTI MORFOLOGICI DELLA FEDERAZIONE.

Benché nell’economia della riflessione di Olivier Beaud sulla federazione il ruolo giocato dal riferimento a Schmitt sia difficilmente sottostimabile, l’operazione compiuta in particolar modo nel complesso della *Théorie de la Fédération* è assolutamente irriducibile a una semplice riproposizione della dottrina schmittiana. Se nel precedente paragrafo si è insistito su quest’ultima, oltre al tentativo di evidenziare alcuni punti critici in relazione alla possibilità di un suo recupero, lo si è fatto perché nella recezione della proposta di concepire l’Unione Europea come federazione, l’associazione immediata che viene compiuta abitualmente è quella che rimanda all’influenza di Schmitt. In questo paragrafo vorrei soffermarmi più diffusamente – benché senza alcuna velleità di esaurire la ricchezza degli spunti che essa offre – sulla *Théorie de la Fédération* di Beaud per provare a enucleare ulteriori elementi che emergono all’interno di quella trattazione e che appaiono rilevanti rispetto a quelle esigenze che connotano il pensiero della federazione come una modalità di pensare la politica e la costituzione oltre lo Stato, ovvero oltre il concetto di sovranità. Anche qui, la questione dell’effettiva capacità di *descrivere* l’Unione Europea come federazione sarà mantenuta per certi versi in secondo piano, mentre ciò a cui è rivolta l’attenzione è agli elementi concettuali e categoriali che permetterebbero di intendere l’“autonomia concettuale” della federazione in modo particolare per quello che attiene la rideterminazione del nesso unità-pluralità. È bene ricordare a tal proposito come l’oggetto stesso della *Théorie* di Beaud non sia l’Europa,

⁹⁵ Cfr. Preuss, *Das Politische im Europarecht*, 2010, p. 335 – il riferimento è a *Was ist Politik?* di Hannah Arendt.

⁹⁶ Id., *Das Politische im Europarecht*, 2010, p. 335. Per interessanti considerazioni sulla proposta interpretativa di Preuss, cfr. Franzius, *Das "Wir der Anderen" in Europa*, 2015, p. 171-192.

ma, appunto, la nozione di federazione, la sua determinazione teorica, senza il cui preliminare chiarimento egli non ritiene possibile anche solo tentare di dare una risposta all'interrogativo se l'Unione sia una federazione.⁹⁷ Che la realtà concreta dell'Unione Europea giochi comunque un ruolo considerevole traspare dalla scelta di incentrare l'indagine sul cosiddetto *fédéralisme par agrégation* – dunque: sul problema della genesi della federazione –, lasciando invece da parte il *fédéralisme par dissociation*.⁹⁸

Se si getta una rapida occhiata all'articolazione della teoria di Beaud, si può notare come tutta la prima parte miri, attraverso un minuzioso impegno analitico, a sganciare la federazione – e il pensiero della federazione – dall'usuale riferimento allo Stato, in piena coerenza con quanto già illustrato nei primi due paragrafi del presente capitolo. Questo lavoro polemico-decostruttivo nei confronti della dottrina giuspubblicistica (non solo francese) e delle preponderanti teorie federali è funzionale a restituire autonomia e dignità alla nozione di federazione destatalizzandone la concettualità. La dimensione connotante il federalismo è infatti vista consistere nella libera associazione di una molteplicità di entità politiche che si riuniscono insieme senza perciò voler scomparire all'interno dell'entità a cui danno vita:

*“elle [l'entité fédérale, n.d.r] est le résultat d'un processus d'agrégation d'unités politiques sans que cette association ne débouche sur la 'fusion' de ces unités dans la nouvelle unité créée. [...] la Fédération est et demeure une 'unité politique complexe' une 'res publica composita' ”.*⁹⁹

Si può notare come nel passo citato “associazione” si contrapponga a “fusione”; in tal senso, all'interno dell'entità federale, dotata anch'essa di una sua unità, le differenze delle unità federate devono permanere, benché trasformate, in quanto dotate di una loro differenza *determinata*. Da qui deriva la natura della federazione come “unità politica complessa”, ovvero come un'unità che si compone di parti differenti che risultano reciprocamente collegate senza perdere la loro autonomia.¹⁰⁰

⁹⁷ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 1: “cette théorie de la Fédération est une sorte d'étalon de mesure pour la construction européenne si l'on veut la juger à l'aune du fédéralisme. Par conséquent, l'Europe ne constitue pas l'objet de ce livre mais [...] son possible aboutissement”. Il che non toglie che proprio l'evoluzione della costruzione europea abbia rappresentato l'impulso più rilevante del lavoro di Beaud. Cfr. Beaud, *La puissance de l'État*, 1994, p. 457-491.

⁹⁸ Cfr. Id., *Théorie de la fédération*, 2007, p. 23, n. 3, in particolare. Si veda anche: Id., *La Fédération comme forme politico-juridique*, 2010, p. 33-34.

⁹⁹ Id., *Théorie de la fédération*, 2007, p. 106.

¹⁰⁰ Ivi, p. 140-141: “la Fédération 'comprend' des parties qui sont à la fois autonomes et interdépendantes les unes des autres”.

Un primo passaggio rilevante in cui si può cercare di approfondire la questione di come e perché l'analisi della federazione richieda di rinunciare ad una concettualità statocentrica e ad un pensiero che ponga la federazione in analogia con lo Stato è costituito dalla proposta di adottare una concezione tripartita della federazione al fine di esprimerne al meglio la morfologia. Il guadagno di una concezione di questo tipo consiste inoltre nel fatto che essa consente di fugare l'idea che la federazione, malgrado le esplicite dichiarazioni d'intenti, alla fin fine non sia molto differente da una più convenzionale confederazione di Stati. La proposta di concepire la federazione come un'"unione di Stati", infatti, al di là di porre il problema di come sia possibile immaginare la modificazione di questi ultimi all'interno della nuova entità politica sulla base della loro forma statale,¹⁰¹ non può che destare l'impressione legittima che la federazione, invece di costituire una forma politico-giuridica autonoma, oggetto di diritto costituzionale, debba essere fatta rientrare canonicamente all'interno della dottrina internazionalistica. Alla luce della critica alla dicotomia confederazione di Stati-Stato federale da cui prende le mosse la trattazione di Beaud e delle difficoltà che essa pone per una comprensione adeguata del fenomeno federale, ben si comprende come il giurista francese ritenga non solo possibile, ma necessaria *une autre signification* dell'espressione "unione di Stati".¹⁰² Il che non toglie che tra federazione e ordine giuridico internazionale, a differenza che tra

¹⁰¹ Si deve tenere presente che, nella terza parte della *Théorie de la Fédération (Morphologie de la Fédération)*, Beaud affronta diffusamente la questione della "metamorfosi dello Stato-monade in Stato membro" (riallacciandosi alla riflessione di autori come Murray Forsyth e Santi Romano), ma, almeno a giudizio di chi scrive, in termini che non si possono dire risolutivi. Innanzitutto, Beaud non manca certo di riconoscere come lo Stato monade si trasformi una volta entrato a far parte della Federazione, diventando Stato membro, ma sembra voler lasciare da parte dichiaratamente "*la question de savoir si effectivement cet État membre est un véritable État (s'il est ou non souverain)*", Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 203. Cionondimeno, successivamente, viene ammessa comunque la possibilità "*de désétatiser le vocabulaire de la Fédération*" integralmente: ciò non è stato fatto per non appesantire il testo, ma "*le lecteur doit être conscient que cet État membre de la Fédération n'est pas un État au sens classique du terme*". Quello che rileva prima e dopo la "metamorfosi" è allora la natura politica delle entità coinvolte. Al di là di tali oscillazioni, su un piano logico-teorico la difficoltà rimane quella di spiegare come e perché delle entità che si rappresentano come indipendenti e assolute (in tal senso sovrane) dovrebbero unirsi e, se questo tratto ne individua la politicità, come possano farsi *parti* della realtà federale conservando tale politicità. Sul piano della realtà storico-materiali, inoltre, non si possono non ricordare perlomeno quei processi di destatalizzazione (e decostituzionalizzazione) che hanno investito gli Stati nazionali dall'interno, prima ancora che dall'esterno (si veda a riguardo il Par. 6 Cap. I del presente lavoro). Un aspetto la cui importanza Beaud stesso non manca di rilevare in una fugace obiezione alla tesi di Michel Troper secondo cui gli Stati nell'Europa attuale sono ancora sovrani. Cfr. Beaud, Lechevalier, Pernice, & Strudel, *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique de la Convention*, 2004, p. 10-11 e 117-137.

¹⁰² Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 105.

federazione e Stato (federale), sussista una relazione di analogia.¹⁰³ In ogni caso, come puntualizza Beaud, “*si la Fédération est une union d’États, il reste à expliquer en quoi réside la spécificité d’une union fédérale d’États*”¹⁰⁴ in quanto autonoma forma giuridico-politica.

L’introduzione della concezione tripartita della federazione procede da un triplice passaggio analitico concernente: 1) il problema di dare conto della morfologia complessa della federazione; 2) le difficoltà lessicali e concettuali intrinseche alla denominazione della federazione; 3) i limiti riscontrati in relazione alla comune concezione bipartita della federazione. Se l’unione di Stati individua il punto di partenza da cui si origina la federazione prima della stipula del patto federale, la questione che si apre una volta sancito il patto riguarda ciò che la federazione è diventata una volta formata. L’“*opération fédérale*”, con cui Beaud designa il “*processus de formation fédérative*” include in sé due momenti: da un lato, si dà vita alla federazione (in quanto “*nouvel être juridique, l’être fédéral*”), dall’altro lato, vengono trasformate le parti federate in Stati membri della federazione.¹⁰⁵ Questo duplice momento porta con sé delle difficoltà intrinseche nella denominazione della federazione: “*la morphologie de la Fédération*”, osserva Beaud, “*est habituellement dessinée à partir d’une conception bipartite qui oppose la collectivité fédérale aux collectivités fédérées*”.¹⁰⁶ Nella dottrina, si è solitamente portati a distinguere semplicemente tra loro la federazione e gli stati membri e, mediante tale distinzione, si pretenderebbe di dare conto compiutamente della morfologia federale nel suo complesso.

La difficoltà ad un tempo terminologica e concettuale, che compare mantenendo ferma tale distinzione, risiede nel fatto che con “federazione” ci si può riferire lecitamente sia ad una parte, ovvero l’istanza federale centrale (la federazione), sia al tutto, ovvero l’insieme complesso che ricomprende non solo le unità federate, ovvero gli stati membri, ma l’istanza federale centrale medesima (la Federazione).¹⁰⁷ L’importanza di distinguere

¹⁰³ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 122. Qui, sulla scorta della riflessione kantiana dello scritto *Sulla pace perpetua*, Beaud parla di un’ “*analogie structurelle [...] qui réside dans la prémisse commune: l’existence d’unités politiques libres et indépendentes*”.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 109.

¹⁰⁵ Cfr. *Ivi*, p. 132.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 134.

¹⁰⁷ Cfr. *Ivi*, p. 138: “*Si l’on veut décrire fidèlement la structure juridique fédérative, il faut admettre la proposition suivante: ‘Dans une Fédération, les États membres et la Fédération sont à la fois autonomes et interdépendants’. Une telle assertion oblige le locuteur à énoncer que la Fédération est à la fois l’ensemble global [...] et l’un des éléments inclus dans cet ensemble au même titre que les États membres*”. L’inadeguatezza di una simile denominazione è legata alla chiara differenza concettuale e contenutistica.

e mantenere distinti questi ulteriori due sensi (concettualmente diversi) attribuibili al termine “federazione” è legato ai fraintendimenti che altrimenti ne conseguirebbero rispetto ad una comprensione effettiva della morfologia complessa della federazione e delle relazioni intercorrenti tra le parti. L’assimilazione di federazione e Federazione che si presenta nella concezione bipartita della federazione ha infatti delle ricadute di prim’ordine sulla determinazione della natura della relazione tra la federazione e le entità federate. “*Le danger que porte en elle la conception bipartite*”, scrive Beaud, “*est que l’on risque de déduire un peu mécaniquement de cette relation de face à face une relation de commandement et d’obéissance, ou une relation de domination/subordination au sein de laquelle l’instance prétendument totale devrait dominer les instances partielles*”.¹⁰⁸ Questo rischio, che consiste nel riprospettarsi di un rapporto di dominio tra l’istanza unitaria e le parti federate, conseguirebbe dal fatto che, per l’appunto, “federazione” indica allo stesso tempo una totalità e una parte di questa totalità.¹⁰⁹ Ma in tal modo verrebbe meno automaticamente quella dimensione di orizzontalità che, all’interno della federazione, deve poter strutturare la relazione tra federazione e Stati membri (“*le propre d’une Fédération est de ne pas transformer ses collectivités membres en collectivités qui lui sont sujettes*”)¹¹⁰ e con essa, secondo Beaud, l’effettiva capacità di fuoriuscire dall’orbita dello Stato e della sovranità (come si può notare, anche in questo caso, per poter attribuire un senso compiuto alla formulazione, risulta necessario distinguere i due sensi concettualmente differenti del termine).¹¹¹ Per tali ragioni, la concezione alternativa avanzata da Beaud richiede di distinguere sistematicamente tra la Federazione – con la “F” maiuscola – come insieme composito della federazione e degli Stati membri, la federazione – con la “f” minuscola – come istanza particolare creata attraverso il patto federativo e, infine, gli stati membri come entità federate che permangono in una posizione paritetica a quella della federazione. Il grande significato teorico della distinzione tra Federazione e federazione è più volte enfatizzato da Beaud che a riguardo

¹⁰⁸ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 139.

¹⁰⁹ Cfr. *Ivi*, p. 138: “si la Fédération est à la fois le Tout et le Centre (une partie du Tout), elle est par là même celle qui ‘comprend’ - qui ‘inclut’ - le sous-ensemble composé des États membres”

¹¹⁰ *Ivi*, p. 139.

¹¹¹ Beaud non a caso “dimostra” l’impossibilità di descrivere correttamente la federazione sulla base di una concezione bipartita attraverso una riduzione all’assurdo che parte da una proposizione come la seguente: “*Dans une Fédération, les Etats membres et la Fédération sont à la fois autonomes et interdépendants*”, *Ivi*, p. 138. Tale proposizione, che deve valere per poter descrivere adeguatamente la struttura giuridica della federazione, implica, per poter essere significativa, che si distinguano due accezioni diverse di federazione.

parla di una vera e propria “*condition épistémologique pour penser l’objet fédéral*” che ha lo scopo precipuo di improntare la terminologia all’esito della riflessione concettuale.¹¹² I vantaggi che discendono da una simile concezione tripartita, inoltre, riguardano la possibilità non solo di determinare più adeguatamente la relazione tra federazione e Stati membri, ma anche 1) di non confondere evidentemente la Federazione con una nazione unitaria, 2) di interpretare differently un’istituzione come la corte federale e, infine, 3) di intendere come la finalità della Federazione non possa che riassumere in sé tanto gli scopi della federazione quanto quelli dei singoli stati membri, che si tratta costantemente di accordare.¹¹³

Come lo stesso Beaud non esita a riconoscere, non mancano affatto significativi antecedenti di una costruzione tripartita della federazione nell’ambito, in particolare, della dottrina giuridica tedesca.¹¹⁴ Vengono ricordati autori come Otto Gierke e Albert Hänel,¹¹⁵ ma è sicuramente il riferimento a Hans Kelsen quello che gioca un ruolo preponderante nell’argomentazione di Beaud sia in positivo sia al fine di evidenziare degli scarti nei confronti della teorizzazione kelseniana.¹¹⁶ Già Kelsen, in effetti, in antitesi alla consueta distinzione dottrina di Stato federale e confederazione di stati, aveva proposto nella sua *Allgemeine Staatslehre* una concezione tripartita dello *Stato federale*, sulla cui base è operata una distinzione tra *Gesamtstaat*, *Oberstaat* (o *Zentralstaat*) e *Gliedstaaten* e, conseguentemente, in cui lo Stato federale si compone di tre ordinamenti giuridici, non di due soltanto. *Oberstaat* e *Gliedstaaten*, che possono esser fatti corrispondere rispettivamente a federazione e stati membri secondo la denominazione di Beaud, si presentano secondo Kelsen come degli ordinamenti giuridici parziali, che risultano subordinati e derivabili dalla costituzione complessiva del *Gesamtstaat*, ovvero della Federazione. L’insostenibilità della distinzione dottrina di Stato federale e confederazione di stati risiede nel fatto che all’interno di un ordinamento federale la correlazione tra gli stati membri e il piano federale non appare pensabile mediante il

¹¹² Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 153. Similmente, in precedenza, in relazione al superamento delle concezioni bipartite aveva scritto: “*Il faut donc, par une sorte de ‘nécessité épistémologique’, recourir à un ‘acte de pense’ et distinguer au sein du mot ‘Fédération’ deux sens différents qui doivent impliquer un dédoublement si l’on veut calquer la langue sur l’analyse conceptuelle*”, (p. 139).

¹¹³ Cfr. *Ivi*, p. 142-143.

¹¹⁴ Cfr. *Ivi*, p. 144.

¹¹⁵ Cfr. *Ivi*, p. 144-145.

¹¹⁶ Beaud parlerà di “*riformulazione della tesi kelseniana*”, cfr. Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, 2010, p. 26, n.22.

concetto di sovranità. Riguardati da un punto di vista strettamente giuridico, non è possibile, secondo Kelsen, identificare alcuna differenza sostanziale tra Stato federale e confederazione di stati, ma è possibile rilevare piuttosto un grado più o meno elevato di centralizzazione.¹¹⁷

Kelsen mette in campo l'idea dell'unità di un ordinamento giuridico globale il quale ricomprende allo stesso modo gli stati membri e la federazione come ordinamenti parziali e implica che esso si collochi in una posizione sovraordinata ad essi, in una relazione del tipo delegante-delegato.¹¹⁸ In tal modo, se da un lato è indubbiamente possibile intendere la relazione tra *Oberstaat* e *Gliedstaaten* in termini di correlazione e coordinazione reciproca (non a sua volta in quelli di delegante-delegato), dall'altro ciò è possibile a sua volta solo nella misura in cui la costituzione complessiva si pone su un piano sopraelevato nei confronti dei quali i due ordinamenti parziali risultano egualmente subordinati.¹¹⁹ È rispetto a quest'esito della costruzione tripartita dello Stato federale kelseniano che si appuntano le riserve avanzate da Beaud (che parla di “*une conception tripartite mais non kelsénienne*”)¹²⁰:

“On ne voit pas pourquoi la coordination de ces deux ordres juridiques (fédéral et fédéré) aurait besoin d’être justifiée par un quelconque ordre juridique d’un niveau supérieur (‘unité supérieure’, écrit Kelsen) et par ce postulat de l’unité du système juridique. La Fédération telle qu’on la décrit (avec un grand F et en tant que réunion de la fédération et des États

¹¹⁷ Si tenga presente che la trattazione kelseniana delle *Staatenverbindungen* avviene nell'ambito della dottrina della “centralizzazione e del decentramento”, cfr. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 163-180 e 193-207.

¹¹⁸ Cfr. Id., *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 199-200: “*Auf Grund der Gesamtverfassung und von ihr delegiert, stehen somit zwei weitere Normenkreise, die – der delegierenden Gesamtverfassung gegenüber – als delegierte Teilordnungen erscheinen und mehrere mit räumlicher Geltung für Teilgebiete. Bezeichnet man die erstere als Oberstaat und die letzteren als Gliedstaaten, so sind beide tatsächlich einander koordiniert, besteht tatsächlich zwischen beiden kein Delegationsverhältnis. Es sind somit die sog. Gliedstaaten dem Oberstaat nicht untergeordnet; und dieser führt insofern seinen Namen mit Unrecht*”. L'*Oberstaat* porta ingiustamente il suo nome, perché non si colloca in posizione sovraordinata nei confronti: ciò che rende uguali, ovvero disposti su un medesimo piano *Oberstaat* e *Gliedstaaten* è la loro uguale subordinazione nei riguardi della costituzione complessiva.

¹¹⁹ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 149-150: “*Si les deux composantes de la Fédération – Zentralstaat (ou Oberstaat) et Gliedstaat – sont des ordres juridiques coordonnés, donc principiellement égaux, c’est seulement selon Kelsen à la seule condition qu’au-dessus de ces ordres coordonnés se situe un ordre répartiteur qui est en même temps un ordre qui habilite les autres: cette ‘unité supérieure’ n’est autre que l’ordre fédéral global (Gesamtstaat ou Gesamtbundesstaat)*”.

¹²⁰ *Ivi*, p. 149.

*membres) n'est pas un État surplombant les deux autres. De même, elle n'a pas vocation à 'habiliter', voire légitimer ses diverses composantes".*¹²¹

L'esigenza di discostarsi dalla costruzione kelseniana da parte di Beaud discende dunque dalla modalità in cui è declinata la relazione tra la Federazione e le parti che essa racchiude in sé. Tale modalità, che reintroduce un rapporto di gerarchizzazione, è vista dipendere da postulati della teoria del giurista viennese¹²² che non appaiono cogenti all'interno di una trattazione in cui la Federazione è pensata come forma politico-giuridica (non statale) dotata di una propria autonomia costituzionale. Beaud, insomma, non può accogliere *in toto* l'elaborazione teorica di Kelsen in quanto a suo parere la Federazione forma indubbiamente una nuova unità politica complessa a partire da differenti unità politiche, ma quest'unità richiede di essere pensata come non sovraordinata gerarchicamente se deve essere possibile differenziarla dalla modalità in cui è organizzato lo Stato. In tal senso, si deve ricordare come, secondo Beaud, il patto federativo pur essendo un patto costituzionale non abbia il carattere imperativo di una costituzione statale che neutralizza la realtà delle parti contraenti.¹²³ L'obiettivo a cui mira l'operazione consistente nel distinguere federazione e Federazione è allora indirizzata a una differente articolazione dei rapporti tra le tre componenti essenziali della Federazione: "*la grande question théorico-juridique que pose la construction meme de la Fédération en droit public est plutôt celle de savoir comment l'on peut penser un rapport d'inclusion, cette logique de l'englobement [...] sans succomber justement à la tentation de hiérarchiser les ordres juridiques*".¹²⁴ Il che significa che è esattamente nel carattere originariamente tripartito della federazione che risiedono le risorse per pensare l'unità politica in modo diverso da quello che caratterizza lo Stato e la sovranità.

¹²¹ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 149.

¹²² Come ricordato da Beaud, la trattazione kelseniana dello stato federale si situa nell'ambito di una dottrina delle *Staatenverbindungen* "*dominée par l'hypothèse du monisme international et de la construction pyramidale de tout ordre juridique*", *Ibid.*

¹²³ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 32: "*Son fondement juridique est un pacte fédératif, un pacte constitutionnel qu'il ne faut pas confondre avec une constitution unilatérale, et les relations qui existent entre la Fédération et ses États membres ne sont pas des relations hiérarchiques de commandement et d'obéissance de type étatique*".

¹²⁴ *Ivi*, p. 151.

5- L'IDEA FEDERALE E LA QUESTIONE DELL'INDIVIDUO.

Nei paragrafi precedenti si è già avuto modo di considerare la centralità rivestita dal patto federativo nell'ambito di una teoria della federazione, una centralità che nel caso della *Théorie de la Fédération* non è dovuta semplicemente alla particolare attenzione programmatica accordata dall'indagine di Beaud al momento fondativo delle federazioni, ma dal rilievo del fatto che esattamente la dimensione pattizia è quella che sorprendentemente viene obliata anche all'interno della dottrina giuridica che si occupa della realtà federale. Esso appare di considerevole importanza rispetto alla strutturazione complessiva di un'entità federale per ciò che attiene la sua radicale alterità rispetto alla forma politica statale. In quanto fondamento giuridico della federazione segnato dall'elemento della *contractualité*, il patto federativo imprime la dimensione costitutiva dell'accordo non solo nel momento della genesi, ma anche quale meccanismo di funzionamento della Federazione (“*l'horizontalité est au principe des relations qui s'établissent entre les États membres eux-mêmes ou entre la Fédération et ceux-ci*”).¹²⁵ In quest'ottica, un aspetto essenziale del patto federativo è quello di procedere sulla base di uno scenario caratterizzato dall'esistenza di una molteplicità di entità già costituite quali sono gli Stati. Si è cercato di segnalare in precedenza alcune difficoltà a cui rischia di andare incontro la descrizione del fenomeno federale che intenda programmaticamente permanere nell'ambito dello *Jus Publicum Europaeum*. Ciò non toglie, tuttavia, che l'orizzonte di pensabilità di una federazione sia legato alla presenza di entità politicamente costituite non solamente in virtù di ragioni che si potrebbero dire storico-contingenti, bensì per ragioni intrinseche alla determinazione della realtà federale anche da un punto di vista teorico. L'innestarsi necessario del patto federativo su una realtà politica caratterizzata da una molteplicità di Stati, ovvero di entità politiche già costituite, va di pari passo col superamento di un immaginario individualistico tipicamente moderno, in cui l'individuo si pone a fondamento del corpo politico.

Nella parte terza della *Théorie* dedicata alla morfologia della federazione, in realtà, Beaud non esclude categoricamente la possibilità di una “*conception 'individualiste' de la Fédération*”.¹²⁶ Cionondimeno, oltre a ribadire come il suo lavoro muova da

¹²⁵ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 32. Cfr., oltre, p. 111: “*cette dimension consensuelle a des effets non seulement sur la représentation de la Fédération mais sur la construction de ses institutions*”.

¹²⁶ *Ivi*, p. 198.

un'interpretazione alternativa, si impegna a chiarire le ragioni di una scelta di questo tipo. A tale riguardo, Beaud afferma che *“l'élément premier dans une théorie du fédéralisme n'est pas la relation face à face entre le pouvoir et les individus, mais au contraire les diverses relations de systèmes qui existent entre l'unité fédérale (la fédération) et les unités fédérées (États membres) et entre celle-ci”*.¹²⁷ Si tratta di un passaggio decisivo, che perlomeno nell'ambito del presente lavoro, vorremmo suggerire di porre in tensione con le proposte interpretative di Jürgen Habermas e Ingolf Pernice analizzate in precedenza, dove, soprattutto in prospettiva di teoria democratica, la necessità di risalire a un *fondamento individualistico* è ritenuto ineludibile per un pensiero che si intenda federalistico (*latu sensu*) e *“all'altezza dei tempi”*, ovvero democratico (oltre che calabile sulla specifica realtà dell'Unione Europea).

Le indicazioni che possono essere ricavate dal contributo di Beaud mi pare che puntino in una direzione alternativa, che non ha affatto il senso di negare o rifiutare il principio individualistico (né quello democratico), ma di attribuirgli un nuovo significato mediante la sua sottrazione in quanto elemento fondante l'ordine politico (federale). Beaud osserva che una concezione individualistica non sia in grado di rendere ragione dell'oggetto federale (*objet fédéral*), poiché – con una formulazione a prima vista non priva di ambiguità – *“le principe fédéral n'est pas un principe individualiste, mais bien plutôt son contraire: c'est un principe 'holiste’”*.¹²⁸ Come chiarito immediatamente, tra l'individualismo e l'olismo, perlomeno per come è inteso in tale contesto da Beaud, non vi è una pura e semplice contrapposizione.¹²⁹ Beaud, appoggiandosi alla descrizione del principio olistico fornita da Bruno Théret, precisa come si tratti piuttosto di un *“principe 'holiste structural' de reconnaissance et de préservation dans le cadre d'un tout unitaire de la diversité des collectifs et de leurs droits spécifiques qui sont en concurrence et en complémentarité avec ceux des individus. Une fédération est un système de relations entre des entités collectives – principalement celles liant l'État fédéral et les entités fédérées, mai aussi celles reliant les entités fédérées entre elle”*.¹³⁰ Con olismo, allora,

¹²⁷ *Ibid.* Cfr. anche Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, 2010, p. 27: *“L'histoire de la formation des fédérations enseigne donc que le nœud de la question fédérale est moins le rapport entre le pouvoir et l'individu que celui entre la Fédération et les États-membres”*. Come si vedrà, non sono solo le ragioni di ordine storico, bensì storico-concettuali che appaiono rilevanti a riguardo.

¹²⁸ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 198.

¹²⁹ Cfr. Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, 2009, p. 1892.

¹³⁰ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 198. Beaud riprende la citazione (riportata letteralmente) da Théret, *Du principe fédéral à une typologie des fédérations*, 2005, p. 111-112.

non si fa riferimento a una totalità indifferenziata o che annienta le differenze, bensì ad un tutto complesso, formato di parti differenti, i cui diritti possono essere non solo in concorrenza, ma anche complementari a quelli degli individui.

In tal senso, non solo gli individui non definiscono l'immaginario che si colloca a monte del patto federativo e, più in generale, del pensiero federalistico, ma la condizione affinché le entità federate possano essere intese come politicamente significative passa, per così dire, attraverso il fatto che esse non vengano ridotte o poste in analogia con degli individui (uguali e indifferenziati), ovvero secondo la modalità in cui questi sono stati pensati nell'ambito del giusnaturalismo moderno. Solo assumendo una realtà plurale differente da questa, in effetti, sembra risultare comprensibile anche l'esigenza di prendere congedo da una concettualità statocentrica. Se ci si chiede infatti perché prendendo le mosse dall'individuo o, meglio, da una molteplicità di individui, non si riesca a dare conto dell'oggetto federale, la ragione di tale impossibilità appare legata a quell'aspetto per cui nella federazione la realtà plurale è presente non solo prima del patto federativo, ma permane, benché "metamorfosata" anche dopo la stipula del patto: "*le propre d'une Fédération tient à ce que dans le fonctionnement de la fédération, les États fondateurs (anciennement États monades) continuent à marquer la vie de l'institution sous la forme d'États membres*".¹³¹ Affinché ciò risulti anche solo pensabile, la condizione è appunto che la pluralità non sia né indifferenziata né a priori irriducibile ad un'unità che proceda dalle differenze che essa contiene: in che senso, infatti, se intesa in questi termini, una pluralità indefinita di individui potrebbe permanere contrassegnando la "vita dell'istituzione" federale? La difficoltà è costitutivamente legata all'impossibilità di intendere il patto federativo come un patto sociale tra individui. Ma, sempre in tale prospettiva, il privilegiamento di una pluralità fatta di aggregazioni politiche già costituite è funzionale al superamento del concetto di sovranità per poter pensare il federalismo al di là della forma stato e della dicotomia Stato federale/confederazioni. In altri termini, esso non si configura tanto come una opzione teorica, rimpiazzabile con altre premesse, ma va colto nella sua relazione all'idea federale. L'argomentazione di Beaud rimanda a quell'idea di una dualità costitutiva di tutte le federazioni secondo cui esse andrebbero

¹³¹ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 157.

colte come delle “*communauté de communautés*”.¹³² Quest’ultima connotazione non può che permanere misteriosa assumendo un’ottica statalistica, poiché “*l’État en tant qu’instance politique monopolise le pouvoir politique et n’admet pas d’autorités politiques concurrentes en son sein*”, mentre, al contrario, “*rien de tout cela dans une Fédération où l’unité fédérée a une dignité politique que le pacte fédératif entend sauvegarder. En même temps, la fédération créée est, elle aussi, une unité politique*”.¹³³ Sebbene gli Stati si trasformino entrando a far parte della Federazione, ovvero una volta che questi sono diventati Stati membri, tale trasformazione non comporta la loro trasformazione in “regioni o collettività locali”.¹³⁴

Per cogliere la criticità di far poggiare il federalismo su un fondamento individualistico, appare difficilmente trascurabile la funzione che esso assume rispetto determinazione dell’orizzonte di pensabilità dello Stato. Si deve tenere presente, in altri termini, come l’idea di un’unione di individui che dà vita a un corpo politico si collochi innanzitutto alla base dello Stato come forma politica moderna.¹³⁵ La possibilità di pensare la federazione *oltre* lo Stato dipende allora dalla capacità di superare il dispositivo logico su cui si basa il concetto potere legittimo statale. Un superamento che appare necessario se l’intento è quello di pensare una pluralità politica produttivamente, senza che questa venga degradata o neutralizzata. Si tratta di un punto che emerge con evidenza all’interno della trattazione di Beaud proprio laddove egli avanza quella proposta di una costruzione tripartita che è stata analizzata nel precedente paragrafo. In quella sede, si è visto, in particolare, come distinguendo e contrapponendo semplicemente la Federazione e gli stati membri, il rischio sia quello di intendere la relazione tra di essi in termini di comando-obbedienza, immaginando dunque il polo unitario della federazione come gerarchicamente sovraordinato, che domina e condiziona l’agire delle parti. Il limite intrinseco alle concezioni bipartite più diffuse deriva allora da quelle, scrive Beaud, “*représentations implicites qui font de la Fédération l’équivalent de ce qu’est un État par*

¹³² La Federazione, scrive Beaud, “*est une entité politique (une communauté politique) tout en étant et en même temps la prolongation d’autres entités politiques (une ‘communauté de communautés’)*”, Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 103.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 199. Beaud afferma che gli Stati membri “*ne sont plus vraiment des États souverains, mais pas non plus de simples régions ou de simples collectivités locales*” (*Ivi*, p. 198-199).

¹³⁵ Si veda in proposito il paragrafo quarto del Capitolo I del presente lavoro.

rapport aux individus”:¹³⁶ rappresentazioni implicite che fraintendono l’orizzontalità che, al contrario, dovrebbe strutturare i rapporti tra le tre componenti essenziali in cui si articola la federazione e che impediscono a priori di attribuire rilevanza politica della pluralità. La difficoltà di pensare in modo diverso la coesistenza di unità e pluralità risulta dunque connessa, in primo luogo, con la dimensione verticale del potere statale che si imporrebbe coercitivamente sulla realtà delle parti federate. Ma se, per un verso, la pluralità degli Stati che si pensa all’origine della federazione non deve venire neutralizzata e, per l’altro verso, l’unità stessa richiede di essere pensata affinché si possa intendere la federazione come *un’entità* politico-giuridica, a risultare determinante (in vista di un suo superamento concettuale) è la *modalità* in cui l’unità stessa si configura a livello statale. In tal senso, la questione è quella di pensare la persona dello Stato assumendo il concetto di individuo come punto di partenza e il problema non è più solamente quello per cui l’individuo si ritroverebbe sottoposto allo Stato, ma che ciò avviene (tale subordinazione) nella misura in cui l’individuo si pone a fondamento del comando. La possibilità di pensare la dimensione politica delle parti all’interno della federazione non può evitare di fare i conti con la modalità in cui si determina la negazione della dimensione politica dei singoli all’interno dello Stato che deriva dal porre proprio questi ultimi a fondamento del comando.

Questo aspetto emerge con particolare efficacia se si considera lo scenario del patto sociale nell’ambito delle moderne dottrine giusnaturalistiche, laddove si tratta di dedurre il corpo politico partendo dalla moltitudine indifferenziata degli individui con l’obiettivo precipuo che non si riproduca un rapporto subordinazione degli individui nei confronti dei propri simili.¹³⁷ In un tale orizzonte teorico, la volontà del popolo non può derivare dall’accordo delle molteplici volontà particolari-empiriche, che dunque si tratterebbe di rispecchiare e “conservare” in qualche modo nella loro differenza determinata affinché trovi espressione la volontà generale, ma si tratta bensì di dare forma a qualche cosa che

¹³⁶ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 139. Cfr. Id., *La puissance de l’État*, 1994, p. 16: “*La souveraineté interne est une puissance de commandement qui se manifeste par des actes unilatéraux qui traduisent un rapport de subordination entre l’auteur et l’adressataire de la norme*”. Ma vedi anche Ivi, p. 53: “*La souveraineté est un pouvoir suprême de domination de l’État sur les personnes qui entrent dans le cercle de sa juridiction. En ce sens, elle n’est que le résultat d’un processus systématique de quadrillage du territoire par le droit. La loi par laquelle se manifeste cette souveraineté est conçue comme un commandement auquel personne ne peut déroger, à l’exception précisément du Souverain, ni résister par la force*”.

¹³⁷ Sulla crucialità del contesto teorico giusnaturalistico per la comprensione della logica dello Stato moderno, cfr. Duso, *La rappresentanza politica*, 2003.

non c'è. Se si rivolge l'attenzione al contesto della riflessione hobbesiana, la finzione dello stato di natura, tra le altre cose,¹³⁸ ha lo scopo di accantonare l'idea di una legittimazione dello Stato che proceda a partire dalla dimensione dell'accordo e della contrattazione in quanto è ritenuta a priori impensabile. La questione primaria che la finzione individualistica pone, una volta che si attribuisce valore fondante all'individuo, è sapere in che modo fare di una *moltitudine* di questo tipo *un* popolo e la genesi della società civile procede congiuntamente al costituirsi del potere politico.¹³⁹ Il che ha a che fare anche con le caratteristiche di libertà, uguaglianza e indipendenza che, sul piano della teoria, connotano gli individui nello stato di natura.

In una scena pattizia segnata dalla presenza della molteplicità delle volontà individuali, il patto è allora stipulato da ciascuno in relazione a tutti gli altri ed è indirizzato alla creazione di qualcosa di nuovo e stabile, ovvero la persona civile, il popolo – come totalità che ricomprende tutti i singoli. Con il patto, dunque, viene all'esistenza anche quel potere comune che si pone a garanzia della libertà di ciascuno, affinché nessuno invada l'altrui spazio di libertà: mediante il patto i singoli si vincolano reciprocamente e costituiscono una persona civile che esprime una volontà e un'azione unitarie. La volontà del popolo, proprio perché è assente ovvero non è data,¹⁴⁰ deve essere anzitutto prodotta, resa presente, e ciò appare possibile grazie alla rappresentanza.¹⁴¹ La rappresentanza esprime una modalità in cui si dà la *reductio ad unum* delle volontà

¹³⁸ Si vedano a tale riguardo perlomeno: Duso G., *Il contratto sociale*, 2006, p. 21-25; Piccinini, *Potere e rappresentanza in Thomas Hobbes*, 1999, p. 123-128. Sul complesso del pensiero hobbesiano utile agli scopi della trattazione presente, si vedano: Biral, *Hobbes: la società senza governo*, 1999, p. 83-142 e Fiaschi, *Il desiderio del Leviatano*, 2014. Sul ruolo giocato dalla finzione dello stato di natura nel contesto del pensiero politico moderno, si veda: Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, 2007, p. 133-152.

¹³⁹ Cfr. Beaud, *La puissance de l'État*, 1994, p. 187 e 242.

¹⁴⁰ Ovvero assente in quanto il popolo dal punto di vista giuridico-politico letteralmente non esistere e per questo va costruito. Suggestive considerazioni a riguardo si trovano in: Agamben, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, 2015, p. 33-77, che definisce con "ademia" (assenza di un popolo) la condizione perenne in cui vive lo Stato (*Ivi*, p. 59).

¹⁴¹ Fondamentali per la comprensione della sola modalità in cui si può declinare il rapporto uno-molti, se il punto di partenza è costituito dalla moltitudine indefinita degli individui, sono i capitoli XVI e XVII del *Leviatano* di Thomas Hobbes. Si tenga presente, in particolare, il seguente passaggio del capitolo XVI: "Una moltitudine di uomini diventa *una* persona, quando è rappresentata da un uomo o da una persona, per modo che diventi tale con il consenso di ciascun particolare componente la moltitudine. Infatti è l'*unità* del rappresentatore, non l'*unità* del rappresentato che fa *una* la persona, ed è il rappresentatore che sostiene la parte della persona e di una persona soltanto; l'*unità* in una moltitudine non può intendersi in altro modo", Hobbes, *Leviatano*, 2011, p. 172. Di primaria importanza, inoltre, è la precisa scansione dei capitoli XVI e XVII per la comprensione del ruolo giocato dal concetto di rappresentanza: essa non ha a che fare con una modalità di esercizio del potere, ma è funzionale a pensare *un* popolo se il punto di partenza sono gli individui.

molteplici che non è il frutto dell'incontro/accordo di volontà diverse, quanto piuttosto la manifestazione di un'unica volontà da parte del rappresentante che tutti hanno autorizzato.¹⁴² In altri termini, l'unità del rappresentante non è una conseguenza dell'esistenza di un'unità politica: si deve dire piuttosto che l'unità politica c'è esclusivamente se c'è un rappresentante. La necessità che qualcuno esprima rappresentativamente la volontà per tutto il corpo politico è connessa all'impossibilità di pervenire ad un accordo sulla base di infinite volontà diverse. La forma politica che ne deriva si presenta come strutturalmente unitaria, ma si rivela tale in quanto è fondata sulla volontà di ciascun individuo, ovvero essa non è per questo un'istanza estranea e sovraordinata ad essi.¹⁴³ Proprio perché il potere è unico ed è autorizzato da tutti, la possibilità stessa di tenere ferma analiticamente l'idea di verticalità del comando in contrapposizione all'orizzontalità dell'associarsi sembra venire meno. Un'aporia si evidenzia invece se si considera il fatto che l'unità è certo l'unità dei molti, ma al tempo stesso essa non può che essere indifferente (imparziale) e, in tal senso, altra nei loro riguardi. L'autorizzazione non consiste pertanto nell'espressione di una volontà determinata da parte dei singoli, quanto in un atto di fiducia nei confronti delle azioni che qualcun altro compirà e alle quali si è tenuti all'obbedienza, perché le si è preventivamente volute come le proprie.

Il potere, come rapporto formale di comando-obbedienza (cioè, a cui l'obbedienza è sempre dovuta indipendentemente dal contenuto del comando) appare pensabile, prima ancora che realizzabile, solo se il comando che viene dall'alto è attribuito non a qualcuno in particolare, bensì alla totalità del corpo politico di cui tutti si sono fatti autori, ovvero hanno contribuito a fondare dal basso. La spoliticizzazione dell'individuo è l'esito necessario dell'esercizio rappresentativo del potere e non a caso è stata avanzata la necessità di un superamento di questo dispositivo logico per un pensiero federalistico che intenda "preservare" la funzione politica e costitutiva delle parti.¹⁴⁴ Alla luce di tale

¹⁴² Emblematico sotto questo profilo, il pensiero costituzionale di Sieyès: cfr. paragrafo quinto del primo Capitolo del presente lavoro.

¹⁴³ Se si tiene presente il frontespizio del *Leviatano* ciò risulta particolare forza: il sovrano non ha di fronte a sé gli individui, ma li ha bensì incorporati in sé. L'unità non si trova in posizione di faccia a faccia alla pluralità, ma la include in sé e così facendo la neutralizza. Cfr. Hofmann, *Bilder des Friedens*, 1997, p. 31-52; Bredekamp, *Thomas Hobbes. Der Leviathan*, 2012, p. 11-31, 76-82. Per una suggestiva rivisitazione del frontespizio del *Leviatano* alla luce delle trasformazioni che hanno investito lo Stato contemporaneo, si veda la copertina di Zürn & Leibfried, *Transformations of the State?*, 2005.

¹⁴⁴ Cfr., in particolare, Duso, *La logica del potere*, 2007, p. 225-233; Duso, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza*, 2008, p. 190-201; Id., *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, 2009, p. 1881-1888.

quadro, si può comprendere la centralità rivestite in una teoria della federazione tanto dalla questione relativa alla modalità in cui è possibile intendere la presenza delle entità federate all'interno della Federazione quanto da quella di come è possibile pensare il comando, cioè della funzione assolta dalla federazione.

6- LA FEDERAZIONE COME ISTITUZIONE E LA QUESTIONE DELLA RAPPRESENTANZA.

Per affrontare le tematiche poco fa evocate muovendo dalla *Theorie de la Fédération*, occorre rivolgere l'attenzione, in conclusione, al capitolo quinto di essa intitolato *La Fédération comme institution*, dove Beaud si occupa della “*nature juridique de la Fédération une fois formée*”.¹⁴⁵ La trattazione incomincia con la constatazione di quel paradosso che riguarda “*tout groupement collectif né d'une convention entre associés*” consistente nel fatto che ciò a cui si dà vita associandosi si presenta anche come altro rispetto a coloro che si sono associati. In modo del tutto analogo, dal patto federativo tra Stati si origina la federazione come entità giuridica altra nei confronti degli Stati stessi che si sono federati (divenuti stati membri con la ratifica del patto): mentre gli Stati preesistono e sono trasformati, la federazione è dunque posta in essere *ex novo* dal patto. Nella misura in cui è dotata di organi e competenze che la rendono capace di agire, essa, per un verso, è destinataria del patto pur non essendo tra gli autori e, per l'altro verso, si pone in tal modo affianco agli stati.¹⁴⁶ In virtù di tale peculiarità, Beaud mette in rilievo come

“le modèle contractuel classique, qui présuppose une identité entre les auteurs de la norme et ses destinataires, semble totalement inapte à rendre compte de l'opération fédérale car il ne peut pas intégrer dans son cadre

Il che, va da sé, richiede di intendere la rappresentanza in un senso diverso; cfr. Id., *Pensare il federalismo*, 2010, p. 114-118.

¹⁴⁵ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 155.

¹⁴⁶ Cfr. Ivi, 2007, p. 156: “*Le pacte fédératif est singulier [...] car ses destinataires ne sont pas uniquement les cocontractants, mais aussi la fédération qui, en tant qu'être juridique créé par ce pacte, est dotée d'organes et de compétences*”. Successivamente Beaud osserva inoltre come “*les organes de la fédération n'ont pas vocation à se substituer entièrement aux organes des entités fédérées*”.

d'analyse l'existence de la fédération, tiers aux parties et pourtant contenu essentiel du pacte".¹⁴⁷

Se si prende in considerazione il processo di formazione della federazione – che come visto precedentemente racchiude in sé un doppio momento di creazione e trasformazione –¹⁴⁸ l'inadeguatezza del modello contrattualista classico risulta dal fatto che la federazione è oggetto del patto, senza essere soggetto di esso. L'identità tra autori e destinatari del patto garantita dalla mediazione rappresentativa che si situa al cuore della sovranità non sembra dunque poter trovare attuazione per ragioni strutturali. Beaud deriva da qui l'esigenza di un'analisi anche istituzionale invece che contrattuale, poiché, in effetti, *“la Fédération en tant qu'entité juridique réalise ce mixte particulier, ce mélange de convention et d'institution”*.¹⁴⁹ A sua volta, sebbene l'istituzione collettiva si presenti come altra dagli stati membri che la compongono, essa deve permanere in relazione con loro senza che ciò ne determini la sparizione o la sostituzione:

“le fédéralisme politique présuppose que la création de l'instance fédérale (la fédération) n'a pas pour effet de faire disparaître les États qui l'ont conclu. Ceux-ci sous la forme métamorphosée d'États membres continuent à exister en tant qu'êtres politiques et à être juridiquement autonomes. C'est justement en cela que la Fédération se démarque du droit commun de la personnalité morale selon lequel la personne collective créée fait écran entre les fondateurs et les organes de la personne morale de sorte que ceux-ci se substituent à ceux-là”.¹⁵⁰

Similmente a quanto rilevato a proposito dello statuto giuridico del patto federativo come trattato e costituzione, l'operazione federale si presenta come un fenomeno contrattuale e “istituzionale” e, in tal senso, rompe con la tradizionale contrapposizione dicotomica (ovvero la confederazione di Stati come specifico fenomeno contrattuale, mentre lo Stato federale come istituzione). Questo carattere misto della Federazione non toglie, tuttavia, che la stessa idea di “istituzione” richieda di essere ripensata, se essa deve

¹⁴⁷ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 156.

¹⁴⁸ Cfr. *Ivi*, p. 132: *“cette opération fédérale contient un double moment, la naissance et une transformation dont la particularité est de concerner des personnes qui ne sont pas identiques: la création est celle de la Fédération tandis que la métamorphose touche ses membres potentiels, c'est-à-dire les entités politiques qui ont décidé de sauter le pas en s'engageant dans l'aventure fédérale”*.

¹⁴⁹ *Ivi*, p. 156-157. Per tale ragione, prosegue Beaud, *“[la Fédération] a donc, comme les autres groupements collectifs d'origine conventionnelle, une double dimension: l'une contractuelle, en raison de son origine, l'autre institutionnelle, en raison de l'autonomie du groupement créé”*.

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 157.

avere un carattere autonomo e però permanere pur sempre in connessione con gli Stati membri.¹⁵¹ Nonostante l'utilizzo del termine "istituzione" per designare la Federazione possa apparire desueto (in quanto "*entité collective composée de membres 'individuelles'*", Beaud indica tre ragioni che la rendono preferibile a quella di "persona giuridica": una prima ragione semantica concerne la significazione più ampia del termine istituzione e, al contempo, l'impiego raro della nozione di persona giuridica nei sistemi di *Common Law*; una seconda ragione (storico-)concettuale concerne il nesso che lega la nozione di sovranità; una terza ragione (storico-)dottrinale concerne la contrapposizione dell'istituzione al contratto che consentirebbe di descrivere più esattamente "*le passage 'du contrat au statut'*" che caratterizza "*la Fédération une fois formée*".¹⁵²

Chiariti questi aspetti, la trattazione si suddivide in due sezioni nelle quali la Federazione è presa in considerazione nelle relazioni che la caratterizzano verso l'esterno e che la strutturano internamente. È in questa sede che a risultare centrale è il tentativo di determinare la funzione svolta dal polo unitario, ovvero la federazione, nella sua alterità rispetto ai membri federati. Un tentativo che sembra portare alla luce, perlomeno *prima facie*, un'insolubile contraddizione, nella misura in cui nelle relazioni esterne la Federazione si presenta unitariamente, mentre all'interno permane il suo carattere composito e differenziato – in cui ordinamento giuridico della federazione e gli ordinamenti dei singoli stati membri si affiancano nella loro relativa autonomia. In particolare, come è già stato giustamente notato,¹⁵³ non può non apparire priva di ambiguità la modalità in cui Beaud ritiene possibile costruire l'unità della Federazione nei rapporti con l'esterno, ovvero nel contesto delle relazioni "internazionali" con altre entità politiche. "*Le droit fédératif*", scrive Beaud, "*produit une unité de la Fédération en attribuant à la fédération un monopole de la représentation, tandis que ce même pôle est favorisé par le droit international, qui ne prend en considération que la seule fédération et omet soigneusement les États membres*".¹⁵⁴ Secondo l'ipotesi di Beaud, la costruzione

¹⁵¹ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 175: "*il faut bâtir une théorie de l'institution qui soit en mesure de prendre en compte les deux volets du principe de différenciation entre la fédération et les États membres: à savoir d'un côté, la séparation, et de l'autre, la connexion*".

¹⁵² Cfr. *Ivi*, p. 158-159.

¹⁵³ Cfr. Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, 2009, p. 1888-1889.

¹⁵⁴ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 160. Poco oltre Beaud precisa come "*selon l'hypothèse ici proposée, la construction d'une unité fédérative passe donc par divers artifices, d'ordres symbolique et juridique, dont le principal effet est de constituer la fédération en une instance de représentation, plus exactement de représentation des États membres*".

dell'unità della Federazione non può che passare attraverso quell'artificio rappresentativo – sulla cui problematicità si è precedentemente insistito – e l'attribuzione di un monopolio della rappresentazione alla federazione, in quanto con essa si identificherebbe il polo unitario. Non solo, ma l'accento è posto da Beaud esattamente sulla dialettica della presenza e dell'assenza in cui è ravvisabile uno dei connotati più tipici del concetto *moderno* di rappresentanza nel dispositivo logico-concettuale dello Stato moderno.¹⁵⁵

Se, in tal modo, viene indubbiamente data forma alla Federazione come realtà collettiva unitaria, la difficoltà di servirsi di un artificio di questo tipo mi pare riguardi il fatto che tale realtà collettiva non assume un contenuto determinato *solo* mediante l'azione rappresentativa. Anche se la rappresentazione della Federazione tramite la federazione riguarda i rapporti verso l'esterno, il rischio è quello di rendere irrilevante la volontà di volta in volta espressa dalle parti in merito agli affari esteri comuni e di assolutizzare, cioè sottrarre ad ogni vincolo, la volontà della federazione (in cui si esprimerebbe comunque la volontà dei membri). Ci si potrebbe, insomma, chiedere perché in tale contesto sia utile intendere la rappresentanza come l'epifania di unità assente piuttosto che – in un'accezione completamente diversa – come il mezzo di aggregazione di interessi diversi. Con quest'osservazione, non si intende negare la possibilità o l'esigenza che nei rapporti esterni la Federazione si presenti con una volontà unitaria (e che la federazione rappresenti gli Stati membri): l'ambiguità deriva dal fatto di intendere la modalità rappresentativa come la condizione necessaria affinché strutturalmente una volontà unitaria ci sia, piuttosto che non ci sia. Inutile dire che se così fosse effettivamente, non solo risulterebbe difficile mantenere fede alla premessa di non ricorrere a categorie stato-centriche per comprendere la struttura della Federazione, ma immaginare che possa essere una relazione di tipo eterarchico quella che intercorre tra federazione e Stati membri. Del resto che ci sia una difficoltà nell'ipotesi di pensare in questi termini la produzione dell'unità della Federazione lo si può evincere dal testo se si pone attenzione a come Beaud ribadisca che si tratti di una finzione o di una astrazione.¹⁵⁶ Nella sfera delle relazioni internazionali, la Federazione non diventa uno Stato, ma si fa *come se* la Federazione fosse uno Stato: “*ce ‘comme si’ indique [...] une différence, un*

¹⁵⁵ Cfr. Duso, *La rappresentanza politica*, 2003, p. 10 e 26, in particolare.

¹⁵⁶ Cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 169: “*l'idée est qu'une telle unité est le produit d'un raisonnement juridique, d'un véritable 'construction' par laquelle le juriste entend sciemment déformer la réalité. [...] il s'agit encore d'une fiction, au sens d'un technique juridique utile qui pallie les imperfections de la réalité et adapte le droit en fonction d'objectifs légitimes, afin de répondre à des buts pratiques*”.

écart entre une Fédération et un État, qui interdit justement leur identification, même si, dans la sphère de son droit public extérieur, la Fédération ressemble à l'État".¹⁵⁷ Quello che da un punto di vista teorico sembra dare problemi, trova parziale giustificazione sul piano "pragmatico" ("*est [...] pour une bonne gestion des relations internationales, que la Fédération doit apparaître comme une sorte d'État-nation*"), benché ciò non basti a attenuare il fatto che la finzione debba tradursi in termini di diritto vincolante.¹⁵⁸

A differenza di quanto visto finora, nella sezione dedicata alle relazioni che strutturano internamente la Federazione, la preoccupazione primaria di Beaud è quella di ribadire la natura complessa di quest'ultima e di provare a chiarire i rapporti giuridici tra federazione e stati membri.¹⁵⁹ Anche in questo caso a giocare un ruolo preminente è la federazione e la funzione da essa svolta nella realtà prodotta dal patto senza però che la sua azione unitaria avvenga sulla base della logica dell'autorizzazione e dunque della sovranità. Questo aspetto emerge in modo particolare nella critica alla dottrina di Max von Seydel, ovvero nei riguardi di un "*fédéralisme contractuel*" caratterizzato dall'idea di un'identità tra federazione e stati membri, per cui obbedendo al comando espresso dalla federazione, gli stati membri non fanno che obbedire alla propria volontà.¹⁶⁰ Al contrario, Beaud osserva che "*il n'y a pas une transparence de la fédération, derrière laquelle agiraient seulement les États membres, mais bien au contraire une certaine opacité d'un ordre juridique à l'autre – du fédéral au fédéré et vice versa*"¹⁶¹ – un'opacità effetto dell'autonomia assunta dalla federazione e dell'intreccio che la riconnette alle parti federate. Riguardato a partire da una logica di autodeterminazione (democratica) che prevede l'identità tra autori e destinatari del comando, l'insistenza su un simile connotato non può che apparire altamente problematica. Tuttavia, proprio perché la federazione non si identifica con i suoi membri ciò rende possibile non solo il permanere della pluralità dei membri federati nella loro autonomia, ma anche l'opportunità che si stabilisca una relazione di controllo e obbligazione nei suoi confronti.¹⁶² "*pour que l'institution*

¹⁵⁷ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 170.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 172.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 174: "*si le droit contribue à faire de la Fédération une 'unité vis-à-vis de son environnement extérieur, comme on vient de le voir, il ne peut pas non plus méconnaître l'existence de la dualité structurale engendrée par le processus fédératif*".

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 180-182.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 183. Cfr. anche *Ivi*, p. 193.

¹⁶² Se non è dunque la pluralità a decidere direttamente (o a trovare la sua espressione unitaria nel comando) e la federazione conserva una propria autonomia, è la natura di un comando che discende da quest'ultima e che non è di tipo rappresentativo (espressivo della totalità del corpo politico) a diventare

*collective apparaisse come distincte des membres qui la composent, [...] elle ne saurait être la simple projection de la somme des rapports contractuels passés entre ses derniers, mais [...] elle doit être considérée comme un sujet d'imputation de droit et d'obligations".*¹⁶³

È interessante notare come, da questo punto di vista, l'autonomia della federazione nei confronti degli stati membri sia comprovata attraverso l'analisi di quel meccanismo decisionale della maggioranza adottato in seno alle Diète, ovvero all'organo collegiale in cui le parti federate sono rappresentate individualmente, nell'ambito della "prassi legislativa ordinaria" (altro discorso vale in relazione alla revisione del patto federativo in cui prevalentemente è richiesta l'unanimità): "*la technique de la majorité témoigne [...] d'une scission, d'une nécessaire distance entre les deux instances [le pouvoir fédéral et les membres fédérés, n.d.r.]*".¹⁶⁴ Questa scissione tuttavia non va intesa come dominio di una parte (la federazione) su un'altra parte (gli stati membri), se è vero che, da un lato, gli stati membri hanno partecipato alla determinazione delle leggi fondamentali (che sono dunque il prodotto di un accordo consensuale) e, dall'altro lato, essi continuano a partecipare ugualmente come tali alla presa della decisione.¹⁶⁵ Quest'ultima può risultare talvolta in disaccordo con la volontà di qualcuno dei singoli membri, ma oltre a richiedere che tutti i membri siano preliminarmente coinvolti, non può essere tale da annullarne la presenza politica:¹⁶⁶ "*la Diète fédérale n'est pas équivalent à un Parlement étatique qui peut, vis-à-vis des simples citoyens, incarner le Souverain et prendre des décisions impératives. Dans ses rapports avec les États membres, elle est prisonnière de la relation*

centrale per pensare il federalismo. Secondo Giuseppe Duso, che più di altri ha insistito sull'esigenza di ripensare la natura del comando politico per intendere il federalismo, l'unico modo per pensare un'entità politica costitutivamente plurale che conservi la pluralità dei membri e renda possibile un controllo consiste nel superamento del concetto di potere rappresentativo al fine di rimettere al centro la *relazione di governo*. Quest'ultima (che non ha niente a che fare col potere esecutivo classicamente inteso) richiede di pensare che l'istanza di governo sia altra dalla volontà del mandante e, per questo, che ad essa sia imputabile il comando. Cfr. Duso, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza*, 2008, p. 78-79 e 86-89; Id., *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, 2009, p. 1892-1897.

¹⁶³ Beaud, *Théorie de la fédération*, p. 175.

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 177.

¹⁶⁵ I membri non contano in virtù della loro consistenza numerica, ma in quanto membri dotati di una loro autonoma specificità.

¹⁶⁶ Nell'ultima parte della *Théorie de la Fédération*, laddove si tratta più diffusamente delle Diète federali (cfr. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 352-357), Beaud mette in luce la loro non assimilabilità a un parlamento moderno proprio in quanto "*les unités fédérées sont, dans une Diète, représentées par de voix et non par des députés*" (*Ivi*, p. 354). Col patto federativo, gli stati membri, malgrado le loro differenze di fatto, acquisiscono una eguaglianza di diritto che ne assicura la conservazione.

particulière qui unit, dans une Fédération, la fédération aux États membres".¹⁶⁷ Ciò significa che la federazione ha l'obbligo a dover negoziare costantemente con le parti in causa.¹⁶⁸

A riscontro di questo "impianto" che sebbene sembri escludere strutturalmente la possibilità di conformarlo a uno schema di autodeterminazione, permette non solo di pensare la presenza politica di parti differenti, ma anche la possibilità effettiva di partecipazione e di controllo da parte di esse, possono essere visti i principi di indipendenza e di interdipendenza che ugualmente strutturano i rapporti tra gli ordinamenti parziali nell'ordinamento giuridico complessivo.¹⁶⁹ Su questa base, il problema non è quello di legittimare democraticamente il potere espresso dalla federazione, ma di consentire uno "sviluppo costituzionale" che superi quella sclerotizzazione istituzionale che impedirebbe l'interazione costante tra il polo unitario e quello plurale nel complesso della Federazione.

¹⁶⁷ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, p. 356.

¹⁶⁸ Beaud parla di una "*tendance inhérente [...] à devoir négocier*" che caratterizza la federazione, *Ibid.*

¹⁶⁹ Cfr. *Ivi*, p. 184-193.

CONCLUSIONE

Il presente lavoro ha preso avvio da una duplice questione. Da un lato, si è visto come il dibattito sull'integrazione europea e sulla costituzionalizzazione dell'Europa abbia al centro l'esigenza di dover ripensare la "costituzione" dell'Europa mediante concetti diversi da quelli alla base dell'ordine politico statale. Dall'altro lato, il lavoro si è focalizzato sulle difficoltà implicite in un tale compito. Il carattere inedito delle sfide da affrontare nel ripensare la "costituzione" culmina sovente nel ricorso a concetti tradizionali per riferirsi all'Unione. Un ricorso che, come si è cercato di mostrare, è portatore di aporie a livello sovrastatale. In sede di conclusione, vorrei esprimere sinteticamente qual è l'esito dei singoli capitoli e fornire una traccia per restituire il significato complessivo del lavoro.

Nel capitolo dedicato al contributo del costituzionalista tedesco Dieter Grimm si è cercato di muovere oltre l'opinione secondo la quale le sue tesi sull'Europa non sarebbero che espressione di una posizione "euroscettica". Le riserve avanzate nei confronti di una legittimazione democratica delle istituzioni europee va considerata rispetto all'effetto centralizzatore che esse determinerebbero sull'Unione, ovvero la sua trasformazione *volens nolens* in uno Stato federale. Si tratta cioè di comprendere se proprio la "conquista" del costituzionalismo – che impedisce anacronistici ritorni al pluralismo precedente –, non sia tuttavia legata ad una concezione di forma politica che non permette, in quanto tale, di pensare la diversa complessità dell'Europa. In tale ottica, il contributo di Grimm si connota per la forza con cui pone l'*esigenza* di un radicale ripensamento delle categorie tradizionali alla luce delle profonde trasformazioni intervenute entro e oltre lo Stato. Sebbene nella riflessione di Grimm non sia ravvisabile, in effetti, il tentativo di elaborare nuove categorie al fine di pensare in positivo una "costituzione" dell'Europa, le sue indagini storico-concettuali sull'origine, le condizioni d'origine e il futuro del moderno costituzionalismo consentono di determinare le difficoltà di proiettare su scala europea e non solo la tradizionale concettualità costituente. Il problema deriva dalla normatività specifica che contraddistingue le costituzioni moderne, la cui funzione consiste nella fondazione e legittimazione del potere a partire dalla libertà individuale. A tale scopo, la costituzione non si riferisca a ciò che già c'è, ma nasce dalla volontà assoluta di quel

soggetto che, unico, è legittimato a darla: il popolo, inteso non come un'entità empirica, ma come la comunità ideale di tutti coloro i quali sono soggetti al comando. Essa può fungere da regolamentazione/limitazione del potere solo in quanto lo determina, lo crea, come potere costituito, ma proprio per questo richiede di pensare un potere costituente. Il potere politico si presenta nella forma della sovranità, cioè come potere unico che è da attribuirsi al corpo politico nella sua totalità, ed è costituito ed esercitato rappresentativamente: solo in questo modo i sudditi ubbidiscono ad un comando che ha in loro stessi la sua origine, ovvero risulta legittimato democraticamente. La rappresentanza intesa nel senso della messa in forma da parte del sovrano rappresentante della volontà politica sulla base dell'autorizzazione da parte dei singoli è ciò che garantisce il collegamento tra la volontà dei singoli (con la sua funzione legittimante) e il carattere obbligante che è proprio della legge. Al di là dei problemi che pone la produzione dell'identità tra volontà individuale e quella collettiva da un punto di vista teorico e, per quel che attiene alla realtà europea, l'assenza delle cosiddette precondizioni sociali ripetutamente ricordata da Grimm, ciò che appare problematico di questo concetto di costituzione è la cifra unitaria che lo caratterizza, ovvero l'impossibilità di prevedere una pluralità di soggetti politici differenti: unico è infatti il potere che viene costituito. Quest'aspetto rimanda significativamente allo Stato come condizione d'origine del costituzionalismo e come oggetto costituzionalizzabile. Ciò che necessita di essere ripensata sembra essere innanzitutto la modalità secondo cui l'autodeterminazione dei singoli si lega alla dimensione della decisione pubblica. Poiché tale modalità di autodeterminazione è mediata dal concetto di rappresentanza appena visto, il risultato è, da un lato, l'incapacità di pensare a una pluralità di soggetti politici nella loro permanenza e, dall'altro lato, l'impossibilità di intendere la dimensione dell'interazione e dell'accordo come fondamentale.

Nel capitolo dedicato a Jürgen Habermas, si è visto come la riflessione del filosofo tedesco sull'Europa sia stata segnata in una prima fase in modo particolare dal tentativo di ripensare le questioni dell'identità politica e della cittadinanza democratica. La proposta habermasiana è consistita in una messa in questione e in un ripensamento delle tradizionali categorie del diritto pubblico in favore di una loro interpretazione in senso comunicativo-procedurale. Mediante una proposta di questo tipo, che fa leva su alcuni degli esiti più rilevanti di *Fatti e norme*, Habermas ha inteso anzitutto rispondere alle

obiezioni dei sostenitori della cosiddetta tesi *no-demos* (tra cui esponenti troviamo lo stesso Grimm), dimostrando come la possibilità di una costituzionalizzazione dell'Europa in senso democratico – ovvero la risposta alla questione del deficit democratico – non dipenda dall'assenza di un popolo europeo, quanto piuttosto dalla presenza di determinate condizioni procedurali, e in modo particolare, dalla rete comunicativa di una sfera pubblica derivante dalla vicendevole apertura delle sfere pubbliche nazionali, inserita nel contesto di una cultura politica (liberale) comune e sostenuta da una vivace e pluralistica società civile. Sebbene un simile approccio apporti una significativa rimodulazione delle categorie tradizionali, nel senso di una loro de-sostanzializzazione, mediante l'analisi del concetto di “solidarietà tra estranei” si è cercato di mostrare anche come una proposta di questo tipo rimanga per larga parte condizionata da un orizzonte statocentrico che non permette di rendere ragione, in particolare, di una pluralità di soggetti *politici*. Non a caso, in questo senso, si può osservare come solo di recente Habermas abbia insistito sulla necessità di ripensare la forma politico-giuridica dell'Unione Europea al di là della dicotomia Stato federale-federazione di stati, mentre in precedenza la *finalité* del processo di integrazione europea coincideva con la trasformazione dell'Unione in uno Stato federale. Al contrario, lo sforzo teorico più recente del filosofo tedesco si rivolge alla possibilità di una *transnazionalizzazione* della democrazia nell'ambito di una comunità federale sovranazionale (destatalizzata) e, in tale direzione, propone i concetti di sovranità (con)divisa e *pouvoir constituant mixte*. Tali proposte puntano kantianamente alla “conservazione” della pluralità politica degli Stati attribuendo loro direttamente un ruolo nel processo costituente (quali garanti dei livelli già raggiunti di giustizia e libertà). Soprattutto in sede di conclusione del capitolo si è cercato di argomentare come il carattere scisso del potere costituente e la possibilità di mantenere una pluralità di Stati non risulti coerente col presupposto habermasiano di intendere la democrazia (e la sua transnazionalizzazione) in relazione ad una simile entità federale nel senso preciso di autodeterminazione democratica. L'unico esito logicamente coerente di un tale presupposto, ma altrettanto contrario ai propositi habermasiani di dare espressione alla pluralità degli Stati, è quello di uno Stato federale che implica tuttavia di dover rinunciare alla rilevanza politica delle parti.

Per cercare di individuare elementi utili allo scopo di chiarire i caratteri strutturali di una costituzione *oltre* lo Stato, l'indagine si è rivolta in modo particolare alla teoria del

Verfassungsverbund di Ingolf Pernice. Tale proposta teorica permette di pensare programmaticamente ad un costituzionalismo postnazionale *oltre* lo Stato. “Oltre” non allude semplicemente ad una differente dimensione spaziale o “temporale”, quanto piuttosto a una modalità differente di pensare il costituzionalismo. Tale modalità risulta legata a tratti strutturali che definiscono quest’ultimo nella dimensione europea, quali il carattere multilivello, la struttura plurale e il suo aspetto dinamico-evolutivo. Alla luce di questi tratti costitutivi si è cercato di individuare le difficoltà derivanti dall’impiego del concetto di “contratto sociale europeo”, se, in coerenza con le premesse di Pernice, l’obiettivo è quello di dare ragione dell’articolata struttura plurale e multilivellare del sistema di governo dell’Unione, nonché del ruolo centrale e attivo che deve spettare ai cittadini al suo interno. Al di là dell’esplicita polemica di tale elaborazione nei riguardi di un’altra costruzione dottrinarica, ovvero quella di *Staatenverbund*, al fine di spostare il baricentro dell’Unione politica europea dagli Stati ai cittadini, quella di contratto sociale europeo tra le cittadine e i cittadini europei riveste una funzione teorica primaria quale costruzione giuridica alla base del modello costituzionale di Pernice. La difficoltà di un suo impiego risulta nondimeno legata alla funzione precisa che l’idea di contratto sociale ha assunto nell’ambito del giusnaturalismo moderno, quale artificio teorico indispensabile per pensare la formazione di un corpo politico unitario e omogeneo a partire da una moltitudine indefinita di individui, un aspetto che appare inconciliabile con i tratti strutturali di un costituzionalismo multilivello. Se, al contrario, la dimensione dell’accordo tra i cittadini e della loro partecipazione attiva è quella che deve trovare espressione e che risulta altrettanto consonante con alcune premesse del costituzionalismo multilivello, l’esigenza che si pone è quella di un ripensamento dell’immaginario contrattualistico e del significato del patto.

In tale direzione, così come alla luce del ruolo rivestito da esse nella riflessione recente di Habermas, l’ultimo capitolo rivolge l’attenzione alle proposte di concepire l’Unione Europea come “federazione”. Come si è cercato di mostrare con l’attraversamento critico di autori come Christoph Schönberger e, soprattutto, Olivier Beaud, il tentativo di pensare in modo federalistico l’Unione richiede di andare oltre la distinzione tra Stato federale e confederazione di Stati sulla base della consapevolezza che il concetto di Federazione è contrapposto antinomicamente rispetto a quello di sovranità. Solo in tal modo può essere pensata un’entità politica dal carattere

costitutivamente plurale, in cui cioè la rilevanza politica delle parti che si federano non venga ad essere neutralizzata una volta che prende corpo la Federazione con l'imporsi di una relazione di comando-obbedienza. L'immaginario alla base di tale modo di pensare non è quello di una pluralità indeterminata di individui, bensì quello di una pluralità di entità politiche che intende unirsi liberamente mediante la stipula di un patto federativo per cooperare senza per questo essere riassorbita all'interno dell'entità creata. A risultare utile per comprendere la morfologia complessa della Federazione è allora una concezione cosiddetta tripartita, che distingue tra tre componenti essenziali: 1) la federazione, come istanza unitaria prodotta dal patto; 2) la pluralità degli Stati membri; 3) la Federazione come l'insieme che riunisce entrambe queste parti. La possibilità di mantenere la pluralità delle parti federate e il controllo di esse nei confronti dell'istanza centrale richiede di riconoscere innanzitutto la (relativa) autonomia assunta dalla federazione stessa. Affinché unità e pluralità possano coesistere e la Federazione conservi una dualità di poteri che la contraddistingue, è necessario che la federazione permanga in posizione di alterità rispetto agli Stati membri e, perlomeno nelle relazioni interne, il suo comando non coincida *formalmente* con l'espressione della volontà collettiva di tutti i membri. L'alterità della federazione non comporta di per sé l'emergere di una relazione di dominio di una parte (la federazione) su un'altra parte (gli stati membri), se è vero che, da un lato, gli stati membri hanno partecipato alla determinazione delle leggi fondamentali (che sono dunque il prodotto di un accordo consensuale) e, dall'altro lato, essi permangono in grado di agire politicamente anche dopo. In tal senso si è sostenuto in conclusione che la questione di ordine "pratico" che rimane aperta non è quella di legittimare democraticamente il potere espresso dalla federazione, bensì di garantire uno "sviluppo costituzionale" che superi quella sclerotizzazione istituzionale che impedirebbe l'interazione costante tra il polo unitario e quello plurale nel complesso della Federazione. In tal senso, resta inoltre decisivo riuscire a determinare più precisamente il significato specifico di un comando che non è di tipo rappresentativo.

APPENDICE

**LA CONQUISTA DEL COSTITUZIONALISMO E LE SUE
PROSPETTIVE IN UN MONDO TRASFORMATO.¹
(DIETER GRIMM)**

I. CULMINAZIONE ESTERNA – EROSIONE INTERNA.

Il costituzionalismo è un'apparizione relativamente recente nella storia delle istituzioni politiche. Esso emerge nell'ultimo quarto del XVIII secolo in seguito a due rivoluzioni vittoriose contro il potere ereditario, prima nelle colonie britanniche del Nord America, poi in Francia. Considerato fin dall'origine come una conquista rilevante, dispiegò rapidamente la sua forza di attrazione al di fuori dei paesi d'origine. Tentativi volti all'introduzione di costituzioni moderne furono intrapresi in tutt'Europa e, ben presto, anche in altre parti del mondo. L'intero secolo XIX fu attraversato da lotte per la costituzione, il XX secolo fu un tempo di dolorosi contraccolpi prima che il costituzionalismo trovasse da ultimo, alle soglie del XXI secolo, universale riconoscimento. Oggi, dei quasi duecento Stati presenti nel mondo, solo una manciata sono sprovvisti di una costituzione.

Con ciò non s'intende dire che, ormai, la costituzione venga presa sul serio dappertutto, o che si imponga sempre nello scontro con gli interessi politici. L'universale riconoscimento del costituzionalismo come modello per l'organizzazione e la legittimazione del potere politico si rivela nel fatto che anche sovrani che non sono disposti a assoggettarsi ai vincoli giuridici, perlomeno vorrebbero destare l'impressione di esercitare il loro potere all'interno di una cornice costituzionale. Nel complesso è aumentata sensibilmente di recente la disponibilità di chi detiene il potere a governare in accordo con le prescrizioni delle loro costituzioni, come testimoniano il numero considerevole di corti costituzionali o di corti aventi giurisdizione costituzionale, che sono state istituite nell'ultimo quarto del XX secolo. 225 anni dopo la sua nascita, il costituzionalismo appare essere giunto all'apice del proprio sviluppo.

Tuttavia non ci si deve lasciare ingannare da questo successo esteriore. Esso è accompagnato da un'erosione interna che, in modo inosservato, cominciò con la trasformazione della statalità e [315] che, alla fine, è costata allo Stato il monopolio del potere pubblico sul suo territorio. Lo Stato condivide oggi il suo potere con una serie di attori non statali, la maggior parte dei quali sono organizzazioni internazionali alle quali gli Stati stessi hanno trasferito diritti sovrani esclusivi, il cui uso sfugge ora alla regolazione delle costituzioni nazionali. Si tratta di qualcosa di diverso dalla violazione

¹ Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, 2012, p. 315-344; il testo è apparso precedentemente in lingua inglese, cfr. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, 2010, p. 3-22. Tra parentesi quadra sono stati indicati i numeri di pagina dell'edizione tedesca. Si tenga presente, infine, che la traduzione non comprende l'apparato di note che corredano l'originale del testo.

o dall'aggiramento delle norme costituzionali. Differenze tra norma e realtà sono esistite da sempre, senza che per questo il potenziale del costituzionalismo fosse minato. Al contrario, l'erosione interna della costituzione mette in pericolo la sua capacità di regolare completamente il potere pubblico nell'ambito della sua giurisdizione. Essa tocca, perciò, non solo questa o quella particolare costituzione, quanto piuttosto la conquista del costituzionalismo nel suo complesso.

Una reazione a questo sviluppo consiste nel tentativo di compensare sul piano internazionale la perdita di significato delle costituzioni nazionali. Il boom della parola "costituzionalizzazione" testimonia di questa tendenza. A differenza del tradizionale processo costituente, la costituzionalizzazione non descrive un atto attraverso il quale una costituzione è sancita, quanto un processo culminante in una costituzione. Tali processi si lasciano anzitutto osservare in Europa, dove la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto primario dell'Unione Europea sono descritti in termini di diritto costituzionale. Ma essi investono anche il piano globale. Secondo molti autori, il diritto internazionale assume sembianze costituzionali. La Carta delle Nazioni Unite, così come gli statuti di altre organizzazioni internazionali, sono interpretati come se fossero le costituzioni di queste organizzazioni. Anche le "reti politiche globali", come i processi di autoorganizzazione di attori privati agenti sul piano globale, sono trattati in una prospettiva costituzionalistica – tutti oggetti che, senza eccezione, fino a pochi anni or sono, non sarebbero stati posti in rapporto col concetto di costituzione. [316]

Per poter stabilire in che misura la costituzione nazionale soffra per questa evoluzione e quanto grandi siano le prospettive di compensare la perdita sul piano internazionale, è necessario certamente un concetto che chiarisca cosa sia il costituzionalismo. Una tale definizione è spesso assente nella discussione sul futuro del costituzionalismo. Molti autori tendono a equiparare costituzionalizzazione e giuridizzazione della politica (*Verrechtlichung von Politik*). La giuridizzazione della politica non è affatto qualcosa di nuovo. Essa esisteva molto prima che il costituzionalismo nascesse. Un concetto chiaro di costituzionalismo può essere pertanto conseguito, più efficacemente, [317] attraverso l'indagine di ciò che di nuovo vi fu nella costituzione, quando essa si formò nel corso di entrambe le rivoluzioni di fine Settecento, e di quali condizioni si dovettero dare prima che si potesse giungere ad una costituzione. In questo modo diventa possibile una comparazione del costituzionalismo, inteso in senso tradizionale, con la costituzionalizzazione al di là dello Stato, così come un giudizio delle sue prospettive future.

II. LA CONQUISTA E I SUOI PRESUPPOSTI.

La nascita della costituzione moderna dalla rivoluzione non è casuale. Le rivoluzioni Francese e Americana si distinguono dalle innumerevoli insurrezioni e sovvertimenti nella storia per il fatto che esse non si accontentarono di sostituire un

sovrano abietto con uno nuovo. Esse mirarono piuttosto all'istituzione di un nuovo *sistema* politico, che evitasse quelle insufficienze che i rivoluzionari attribuivano all'antico ordine. Per conseguire tale scopo, essi progettaronò un modello di potere legittimo prima che venissero nominate delle persone al potere proprio sulla base di questo modello e lo esercitassero in base alle condizioni ivi stabilite. La novità storica rappresentata da questo passaggio è spesso oscurata dalla circostanza per cui la giuridizzazione della politica non comincia con le prime costituzioni. Nemmeno il concetto di "costituzione" era nuovo, visto che esso era in uso ben prima dell'epoca del costituzionalismo. Tuttavia i precedenti vincoli giuridici del potere erano di tipo diverso rispetto alla costituzione, e il concetto di "costituzione" assunse, prima e dopo la rottura rivoluzionaria, differenti significati.

Nel suo significato tradizionale, il concetto di "costituzione" si riferiva alla condizione di fatto di un paese, in base a come esso era plasmato da molteplici fattori quali le caratteristiche geografiche, la peculiarità della popolazione, i rapporti di potere. Di questi fattori facevano parte anche le regole giuridiche fondamentali, che determinavano la struttura sociale e politica di un paese. Nel tardo XVIII secolo, il concetto assunse un significato più ristretto e [318] si riferì alla condizione di un paese, così come essa era definita per mezzo delle sue leggi fondamentali. Ma le leggi fondamentali non formavano ancora la "costituzione". Il concetto era di natura empirica e non normativa. Inteso nel suo senso descrittivo, ogni paese aveva una costituzione o, più precisamente: esso si trovava in una certa costituzione. Utilizzato in senso normativo, la costituzione si riferiva invece a un determinato tipo di leggi come, per esempio, quelle che erano state emanate dall'imperatore stesso (*Constitutio Criminalis Carolina*). Dall'altra parte, c'erano prescrizioni giuridiche che regolavano l'esercizio del potere, ma che non furono ancora chiamate "costituzione", quanto piuttosto forma di governo o *leges fundamentales* etc.

Nel Medioevo, il diritto era considerato come una componente dell'ordine della creazione divina. Il diritto divino precedeva tutte le altre norme nel rango e non poteva essere modificato da parte del potere mondano. Il suo compito consisteva piuttosto nell'imporre la volontà di Dio. Per quanto delle leggi fossero emanate, ciò non aveva a che fare con la loro "creazione", ma piuttosto con la concretizzazione e l'adeguamento dell'eterno diritto (delle leggi divine) alle esigenze contingenti. La Riforma protestante degli inizi del XVI secolo sottrasse il terreno a questo tipo di comprensione. Le guerre civili di religione, che succedettero lo scisma, fecero sì che la restaurazione della pace diventasse l'obiettivo primario del potere. Questo non era realizzabile sulla base dell'ordine medievale, nel quale i diritti di signoria erano ripartiti tra più detentori indipendenti, che li esercitavano, inoltre, non come funzione propria, ma in conseguenza di un certo *status*, per lo più quello di proprietario terriero, e non su di un territorio, bensì nei confronti di persone, in modo tale che poteva capitare che su uno stesso territorio si trovassero, l'uno accanto all'altro, diversi detentori di diritti di signoria.

La restaurazione della pace interna apparve possibile solamente a condizione che a un sovrano fosse riuscito a raccogliere in sé i diritti di signoria disseminati tra i diversi

signori e di concentrarli nelle proprie mani in favore di un potere pubblico che li declinasse al singolare. Storicamente, solamente i principi furono messi in questione per questa ragione. Il loro potere non poteva più essere a lungo limitato all'attuazione della legge. Esso doveva racchiudere il diritto alla creazione di un ordine giuridico, che fosse indipendente da verità religiose controverse. Il diritto divino perse con ciò la sua validità e continuò ad avere effetto solo come [319] vincolo morale. Al fine di imporre il diritto secolare, i principi rivendicarono il monopolio della forza sul loro territorio, che comportò la completa privatizzazione dal lato della società. Per questo nuovo tipo di potere, emerse ben presto sul continente europeo un nuovo concetto: quello di Stato. Il suo attributo fondamentale era la sovranità, intesa, a partire da Bodin, come il diritto di un sovrano di fare le leggi per tutti, senza che egli stesso fosse vincolato giuridicamente. Lo Stato nasce come Stato assolutistico.

L'assolutismo rimase tuttavia una pretesa che, prima della Rivoluzione Francese, non fu realizzata completamente da nessuna parte. La sovranità, sebbene definita come il potere più alto e indivisibile nei riguardi di tutti i sudditi, era in realtà solo relativa. Antichi vincoli giuridici risalenti al Medioevo sopravvissero e nuovi furono fondati. Certamente essi non costituivano alcuna unità sistematica. La gran parte di questi vincoli giuridici erano il risultato di contratti che i ceti privilegiati poterono ottenere dal sovrano, poiché egli era dipendente dalle loro prestazioni e dal loro consenso. Essi erano considerati come reciprocamente vincolanti e, talvolta, potevano essere persino rivendicati legalmente. Nessuno di questi legami giuridici metteva in questione, tuttavia, il diritto del sovrano di comandare. Basato su di una legittimazione trascendente o tradizionale, tale diritto precedeva gli altri vincoli giuridici. Essi limitavano questo diritto solo a tale o talaltro riguardo e solo a favore delle parti contraenti, non in generale.

L'esistenza di questi vincoli giuridici, di origine divina o secolare, conferma che non è sufficiente descrivere il costituzionalismo come giuridizzazione del potere. La giuridizzazione del potere è sempre esistita. La particolarità della nuova costituzione consistette nel fatto che essa non modificava soltanto un potere ad essa preesistente. Essa al contrario precedeva il potere e, in prima istanza, lo fondava. Contemporaneamente fissava le condizioni in base alle quali il potere doveva essere esercitato. Diversamente dagli antichi vincoli giuridici del potere, le nuove costituzioni regolavano sistematicamente e integralmente il potere pubblico. Ciò non significa che il potere pubblico fosse limitato di nuovo all'attuazione del diritto, [320] come nel Medioevo. Ciò significa piuttosto che il costituzionalismo non tollerava né rappresentanti extracostituzionali della pubblica autorità, né mezzi o vie extracostituzionali del suo esercizio. Infine, i vincoli costituzionali non favorivano solo dei gruppi privilegiati della società, che disponevano di un sufficiente potere contrattuale, ma di tutti gli abitanti del territorio.

Queste differenze ebbero una serie di conseguenze che caratterizzano ulteriormente la costituzione. In quanto decisione fondante il potere legittimo esclusivamente, la costituzione non poteva provenire dal sovrano (*Herrscher*). Essa necessitava di una fonte indipendente da esso. Questa fu trovata nel popolo, che si costituiva come unità politica.

Il principio di legittimazione dello Stato costituzionale non era la sovranità del monarca, bensì la sovranità del popolo. In questo caso, non si trattò in alcun modo di una idea originale dei rivoluzionari americani o francesi. L'idea aveva radici antiche e pervenne ad un riconoscimento diffuso quando, dopo lo scisma religioso, la rivelazione divina non fu più in grado di fungere da fondamento dell'ordine sociale. In assenza di una legittimazione divina, la filosofia dell'epoca si rivolse alla ragione come ad una qualità di tutti gli uomini, indipendentemente dalla confessione religiosa. Per riuscire a trovare il modo in cui il potere politico potesse essere giustificato, essa si immaginò uno stato di natura fittizio, nel quale tutti erano *per definizione* liberi e uguali. La questione era, quindi, la seguente: perché e a quali condizioni degli enti dotati di ragione sarebbero pronti a scambiare lo stato di natura con uno stato di dominio?

Tale giustificazione fu trovata nella fondamentale insicurezza del corpo e della vita nello stato di natura. L'abbandono dello stato di natura era perciò un precetto della ragione. Poiché, tuttavia, tale stato era definito dall'uguale libertà di tutti gli individui, il passaggio al potere poteva avvenire solo per mezzo di un accordo di tutti con tutti. Solamente un potere che si basava sul consenso dei governati poteva valere come legittimo. In ogni caso era compito dei governati determinare le condizioni in base alle quali il potere poteva essere esercitato. Tali condizioni si trasformarono nel corso del tempo. Secondo alcuni filosofi, che idearono le loro teorie in reazione alle guerre civili di religione del XVI [321] e XVII secolo, avevano come priorità assoluta la risoluzione dei conflitti e la restaurazione della pace interna. Tale scopo parve loro raggiungibile unicamente, a condizione che gli individui cedessero integralmente i loro diritti naturali e li scambiassero con il bene primario della sicurezza. Date queste circostanze, le teorie del contratto sociale giustificavano il potere assoluto.

Tanto più tuttavia il sovrano assoluto adempiva la sua funzione storica di pacificare la società, tanto meno appariva plausibile che la pace interna richiedesse la rinuncia a tutti i diritti individuali. Quale compito proprio del sovrano assoluto appariva ora, invece, la cura della libertà individuale, per la quale era necessaria solamente la rinuncia del diritto a farsi giustizia da sé. Dalla metà del XVIII secolo, i trattati di diritto naturale si riempiono perciò di cataloghi con un numero sempre crescente di diritti naturali che lo Stato doveva rispettare e garantire. Al contempo, in economia, si affermava l'opinione che il benessere e la giustizia sarebbero state conseguite, con maggiore certezza, in un ordinamento che riposasse sulle libertà di proprietà e di contratto, piuttosto che alle condizioni del feudalesimo e del governo della società da parte dello Stato. Al contempo guadagnò terreno la convinzione che un potere concentrato costituisse in ogni caso un pericolo per la libertà individuale. Di conseguenza, in vista della sicurezza della libertà, apparve indispensabile un sistema di divisione dei poteri e di *checks and balances*.

Sebbene queste teorie contenessero già tutti quegli elementi che successivamente confluirono nelle costituzioni, esse non furono spinte dai filosofi fino alla rivendicazione di una costituzione giuridica. Costoro le intesero piuttosto come un test per valutare la legittimità dei sistemi politici: un sistema politico era ritenuto legittimo, se esso poteva essere pensato come derivante dal consenso da parte di coloro che erano sottomessi al

potere. Come lo stato di natura, anche il contratto sociale era una finzione. Ad eccezione di Emer de Vattel, nessuno dei filosofi prerivoluzionari reclamava un documento scritto o una scelta (esplicita) del popolo. Il contratto sociale fungeva da idea regolativa. Esso non era il risultato di un effettivo processo di unificazione. La sua autorità riposava sull'argomentazione e non sulla validità giuridica. Nessun sovrano prerivoluzionario era [322] ancora pronto a seguire queste teorie. I più anzi le rigettarono apertamente. Diritto naturale e diritto positivo sorsero l'uno in contraddizione con l'altro.

Solo attraverso la rottura rivoluzionaria con il potere ereditario, queste idee poterono diventare direttive dell'azione per la costruzione di un nuovo ordine che colmasse il vuoto di legittimità del potere. Tutto ciò condusse ad una costituzione. La sovranità popolare era il principio di legittimazione del nuovo ordine. A differenza della monarchia assoluta, tuttavia, al popolo mancava la capacità di governare se stesso. Tale compito fu affidato a rappresentanti che governavano in suo nome. Il potere democratico è potere rappresentativo e necessita perciò di organizzazione. Inoltre, l'incarico (il mandato) non sarebbe stato dato ai rappresentanti incondizionatamente. Al contrario del potere illimitato del parlamento inglese e del re di Francia, i rivoluzionari volevano fondare un potere limitato. I limiti temporali e di finalità, come anche la suddivisione del potere in diversi poteri, ne rendevano indispensabile la definizione sotto forma di legge. Condizionati dal nuovo inizio dopo una rottura rivoluzionaria, essi assunsero la forma della costituzione.

La prestazione delle rivoluzioni americana e francese consistette nel trasferire le rappresentazioni del diritto naturale della filosofia in un codice giuridico specializzato nella legittimazione e nella limitazione del potere. Solo il diritto possedeva la capacità di separare il consenso circa lo scopo e la forma del potere politico dal momento storico e di porre in essere norme vincolanti per il futuro, cosicché esse non si basassero più sulla forza di convinzione, ma sulla forza della validità. Ne consegue la difficoltà che, in seguito alla rottura dell'ordine giuridico medievale concepito come dato da Dio, il diritto era diventato un prodotto della decisione politica. Il diritto era ineluttabilmente positivizzato. Ciò valeva anche per quel diritto che aveva come compito quello di regolare l'istituzione e l'esercizio del potere. La questione che sorgeva era pertanto: come poteva un diritto, che era il prodotto del processo politico, vincolare nuovamente tale processo?

La soluzione consistette nel ricorso all'antica gerarchia delle norme del diritto divino e secolare e nella sua reintroduzione [323] nel diritto positivo. Questo sarebbe stato diviso in due parti: una, che procedeva dal popolo (o che era attribuita ad esso in quanto sua fonte) e che vincolava i governanti, ed un'altra, che procedeva dai governanti e vincolava il popolo. La prima regolava la produzione e l'uso della seconda. Il diritto diventava riflessivo. Questo poteva riuscire solamente se la prima parte precedeva la seconda nel rango. I teorici della rivoluzione avevano una chiara rappresentazione di tale necessità. Gli americani la espressero attraverso il concetto di "*paramount law*" e per descriverla usavano la differenza tra servo e padrone, titolare e rappresentante, mentre Sieyès tentò di coglierla con la dicotomia di *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*. Senza tale distinzione e quella conseguente da questa tra diritto costituzionale e diritto

ordinario, così come la subordinazione del secondo al primo, il costituzionalismo non avrebbe potuto assolvere alla propria funzione.

Il costituzionalismo non è perciò la stessa cosa della giuridizzazione del potere pubblico. Nel caso del costituzionalismo, si ha a che fare, piuttosto, con una forma specifica e particolarmente ambiziosa di giuridizzazione. Le sue caratteristiche essenziali possono essere riassunte nel modo seguente:

- 1- La costituzione moderna è un complesso di norme giuridiche, non una teoria politica. A fondamento di tali norme si pone una decisione politica, non una verità preesistente.
- 2- Lo scopo di tali norme è di regolare l'istituzione e l'esercizio del potere pubblico. Esso non si limita soltanto a modificare un potere pubblico esistente.
- 3- La regolazione è completa, nel senso che essa esclude detentori extracostituzionali del potere pubblico, così come mezzi e vie extracostituzionali del suo esercizio.
- 4- La costituzione ha la sua origine nel popolo quale unica fonte legittima del potere pubblico. La distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* è essenziale per la costituzione.
- 5- Il diritto costituzionale è diritto di rango superiore. Esso ha precedenza rispetto alle leggi e agli atti giuridici che procedono dal potere pubblico. [324] Quegli atti che non sono in accordo con la costituzione non dispiegano alcun effetto giuridico.

Queste cinque caratteristiche si riferiscono alla *funzione* della costituzione. In questo, esse si differenziano dai numerosi tentativi di caratterizzare contenutisticamente le costituzioni moderne: democrazia, stato di diritto, divisione dei poteri, diritti fondamentali ecc. La ragione sta nel fatto che il costituzionalismo è aperto a molti tipi differenti di organizzazione del potere pubblico: monarchico o repubblicano, unitario o federale, parlamentare o presidenziale, uni- o bicamerale, con o senza un catalogo dei diritti fondamentali, con o senza giurisdizione costituzionale ecc. Tutto ciò è affidato alla decisione del *pouvoir constituant*. Ciò non significa però che la costituzione moderna sia in accordo con ogni possibile contenuto. La ragione di questo sta proprio nella sua funzione di fondare il potere legittimo e di regolarne completamente l'esercizio. Un ordinamento costituzionale che non riconosce l'origine democratica dell'autorità pubblica e non costituisce una limitazione dell'esercizio del potere, non incontra gli *standard* del costituzionalismo.

Entrambi gli elementi del costituzionalismo, quello democratico e quello dello stato di diritto, non possono venir separati l'uno dall'altro, senza che la conquista del costituzionalismo non venga ridotta. È comunemente riconosciuto che un documento, al cui fondamento non si trova l'intento di sottoporre il potere politico al diritto, non ottiene il nome di costituzione. Questo è tuttavia meno chiaro per quanto concerne la democrazia come principio di legittimazione del potere pubblico. Nondimeno qualsiasi altro principio di legittimazione, diverso dalla democrazia, indebolirebbe la funzione della costituzione. Se il potere pubblico è fondato su di una verità assoluta, sia essa religiosa o secolare, questa verità si affermerà sempre conflittualmente col diritto positivo. Lo stesso ci si deve attendere se una *élite* rivendica per sé una comprensione superiore del bene comune e da

essa derivi il diritto a governare, senza curarsi del consenso di coloro che sono sottomessi al governo. Sarebbe perciò sbagliato riconoscere due tipi di costituzione aventi pari diritti e rappresentanti entrambi la conquista del costituzionalismo: il tipo democratico e quello dello stato di diritto. [325] Quando si tratta non semplicemente di una tipologia delle costituzioni storiche, ma della conquista del costituzionalismo, solamente una costituzione che riassume in sé entrambi questi elementi, può soddisfare pienamente questa pretesa.

Il costituzionalismo, inteso in questo senso, rappresenta una conquista, perché esso esclude ogni forma di potere assoluto o arbitrario dell'uomo sull'uomo. Sottoponendo tutti gli atti di governo alle regole giuridiche, esso rende prevedibile l'esercizio del potere pubblico e permette a coloro che sono sottomessi al potere di adattarsi agli atti del governo e farsi incontro ai titolari del potere pubblico senza timore. Esso mette a disposizione delle persone e dei gruppi con idee e interessi differenti, una base di consenso a partire da cui essi possono risolvere i loro conflitti in forma civile. Esso rende possibile la pacifica transizione di potere. In condizioni favorevoli, la costituzione può perfino contribuire all'integrazione di una società. Sebbene non vi sia alcuna conquista senza debolezze o mancanze, il costituzionalismo, così come esso è definito dalle cinque caratteristiche soprelencate, non è un tipo ideale in senso weberiano, che consente solamente delle approssimazioni, ma che non può mai essere conseguito pienamente. Costituzioni nel senso della conquista sono una realtà storica e presente, che si realizzò già nelle prime costituzioni in Nord America e Francia e che mantiene le sue promesse in numerosi altri paesi.

Pertanto, le cinque caratteristiche che definiscono la conquista del costituzionalismo non possono essere trattate come la descrizione di tutti i documenti che comparvero a partire dalle due rivoluzioni e recanti il nome di "costituzione". Ci sono molti più documenti che sono nominati e sono intesi come costituzioni, che costituzioni nel senso pieno della conquista del costituzionalismo. Dopo che la costituzione entrò in vigore nella storia, diventava anche possibile usarne la forma senza assumere tutte le caratteristiche che contraddistinguono la conquista. Ci furono costituzioni che lasciavano intatto il diritto precostituzionale del sovrano [326] di governare. Ce ne furono altre prive della seria intenzione di porre vincoli alla politica. Ce ne furono altre ancora in cui le norme non godevano di alcuna precedenza rispetto agli atti del potere pubblico, e che, piuttosto, potevano essere tralasciate legalmente dalle decisioni politiche. Ma nella stessa misura in cui a queste costituzioni erano prive delle caratteristiche essenziali del costituzionalismo, esse rimanevano a ridosso di tale conquista e venivano considerate imperfette dagli stessi contemporanei.

Il fatto che la conquista fece la sua comparsa relativamente tardi nella storia, dà credito però all'ipotesi che dovevano essere presenti altri presupposti, affinché si potesse giungere alla costituzione come qualcosa d'altro dalla mera giuridizzazione del potere pubblico. Sebbene le prime costituzioni furono il prodotto della rivoluzione, una rottura rivoluzionaria non rappresenta un presupposto essenziale della costituzione. In particolare, la rottura con il potere ereditario, connessa ad una nuova rappresentazione

del potere legittimo, era costitutiva per l'invenzione della costituzione. Ma una volta inventata, la costituzione non dipendeva più da un'origine rivoluzionaria. Essa poteva attuarsi in modo evolutivo. È sufficiente che con riguardo al problema della legittimazione e della corrispondente organizzazione del potere possa essere deciso politicamente. Se l'ordine politico e sociale è stabilito in modo immutabile indipendentemente dal consenso del popolo, non vi è spazio alcuno per una costituzione. Un documento avente questo nome, non godrà di alcuna sovraordinazione, ma sarà piuttosto subordinato ad una verità assoluta.

Intesa nel senso di una regolamentazione sistematica e completa del fondamento e dell'esercizio del potere pubblico, la costituzione non poteva nascere, tuttavia, prima che altri due presupposti fossero soddisfatti. Innanzitutto doveva darsi un oggetto che fosse regolabile, in genere, secondo le modalità di una costituzione. Un oggetto di questo tipo non esisteva prima della nascita dello Stato moderno nel XVI e XVII secolo. Lo Stato si differenzia dall'ordine medievale per la concentrazione in un'unica mano di tutti i diritti di comando su un dato territorio. Solo dopo che il potere pubblico si identificò col potere dello Stato, esso poté essere regolato in modo completo in una legge specializzata nella regolamentazione di questo potere. Il mondo medievale con i suoi diritti di signoria dispersi non solo non aveva ancora alcuna [327] costituzione. Esso non avrebbe nemmeno potuto averne una. Tutte le attestazioni a riguardo della costituzione dell'Impero Romano, dei regni medievali e della costituzione inglese si riferiscono ad un altro oggetto.

La nascita dello Stato era così una condizione necessaria per la possibilità di una costituzione. Essa non era tuttavia una condizione sufficiente. Segnato dalla missione storica che esso doveva adempiere, lo Stato emerse sul continente europeo come Stato assoluto. Esso non si basava sul consenso di coloro i quali erano sottomessi al potere. Al contrario, esso rivendicava un potere illimitato sopra di essi. Diversamente del potere, che viene esercitato su mandato, il potere che il sovrano detiene ed esercita per proprio diritto, non richiede alcuna regolazione dei rapporti mandante-mandatario. La pienezza di potere è, in queste circostanze, la sola norma costituzionale. Certamente anche quando il sovrano ha un mandato, ma questo è stato ceduto incondizionatamente, le regole dell'esercizio (del potere) sono superflue. Un potere illimitato è il contrario del costituzionalismo. Solo nel momento in cui ha preso piede l'idea che il potere dello Stato deve essere limitato nell'interesse della libertà individuale e dell'autonomia dei diversi ambiti funzionali della società, la costituzione si pone a tema.

La concentrazione di tutta la forza pubblica nella mano dello Stato ha un *pendant*: la privatizzazione della società. In questo la costituzione non modificava nulla. Essa invertiva solamente la gerarchia tra Stato e società. La libertà individuale diventava ora prioritaria, mentre lo Stato derivava da essa il suo diritto ad esistere e doveva accontentarsi del ruolo di garante della libertà individuale contro gli aggressori e i criminali. Per poter assolvere questo compito limitato, esso necessitava inoltre di un potere indiviso e del monopolio della forza. Solo gli scopi per cui esso poteva conseguire ciò e le condizioni che per questo motivo esso doveva osservare, mutarono. Perciò il confine tra pubblico e privato è costitutivo per la costituzione. Un sistema nel quale [328]

lo Stato “sfrutta” la libertà degli individui, avrebbe tanto poco una costituzione, intesa come conquista, che uno nel quale gli individui dispongono del potere pubblico. Se dei privati riescono a prendere parte al potere pubblico, la costituzione non può più rivendicare il proprio diritto a regolare pienamente l’istituzione e l’esercizio di esso, a meno che gli individui privati non si sottomettano a dei vincoli costituzionali, con i quali essi certamente rinuncerebbero al loro *status* di liberi membri della società.

Il fatto che un oggetto capace di costituzione emergesse nella forma dello stato territoriale, aveva come conseguenza che esistessero una molteplicità di Stati l’uno accanto all’altro. Una seconda condizione di possibilità delle costituzioni in quanto regolazione completa del potere pubblico entro un determinato ambito di validità consisteva pertanto nel fatto che il potere non aveva all’interno del territorio nessun concorrente. Come tale, la validità della costituzione finiva in corrispondenza dei confini dello Stato. Nessuna costituzione rivendicava la validità per un potere pubblico esterno o ammetteva la validità al proprio interno agli atti di un potere esterno. Esattamente come il confine tra pubblico e privato è costitutivo per la costituzione, anche quello tra interno ed esterno è un presupposto per il soddisfacimento alla pretesa della costituzione di una regolazione completa. Uno Stato che non è nella condizione di proteggere i suoi confini contro gli atti di un potere esterno, non può nemmeno garantire la completa vigenza della costituzione sul proprio territorio.

Al di sopra degli Stati non c’erano zone non regolate dal diritto. Qui valeva piuttosto il diritto internazionale. Ma il diritto internazionale riposava sulle premesse della sovranità e dell’integrità degli Stati. Esso regolava le relazioni tra essi sulla base del divieto di intervento negli affari interni. Vincoli giuridici degli Stati potevano risultare perciò solo dal libero e volontario accordo. Solamente il presupposto del funzionamento di questo ordine, la regola per cui *pacta sunt servanda*, valeva indipendentemente dal consenso. Istituzioni le quali imponevano gli obblighi contrattuali, al contrario, non esistevano sul piano internazionale. [329] Perciò la guerra, come mezzo di imposizione del diritto, non poteva essere esclusa e tutt’al più poteva essere limitata internazionalmente. Rispetto all’ordinamento interno degli Stati, il diritto internazionale non aveva alcun influsso. Esso era valido tra Stati, non al loro interno. Entrambi gli ambiti del diritto – diritto costituzionale come diritto interno e diritto internazionale come diritto esterno – esistevano indipendentemente l’uno dall’altro.

III. PROSPETTIVE IN CONDIZIONI MUTATE.

Se è corretto che la nascita della costituzione moderna dipese dall’emergere di determinati presupposti senza i quali essa non sarebbe stata possibile, allora può anche verificarsi il caso che questi presupposti vengano meno nuovamente. La costituzione non giunge con ciò necessariamente alla sua fine. È improbabile che una tale caduta avvenga

improvvisamente. Se essa dovesse accadere, si tratterebbe prevedibilmente di un lungo processo con conseguenze remote piuttosto che improvvise. Nel caso la costituzione sopravviva, è in ogni caso altamente probabile che essa acquisisca un nuovo senso e provochi degli altri effetti. Per il futuro della costituzione è quindi di considerevole importanza chiedersi, se le condizioni della sua origine si siano modificate e come ciò influisce sulla conquista del costituzionalismo. La domanda sulle prospettive future della costituzione è una domanda sulla permanenza delle condizioni della sua nascita.

Per due di queste precondizioni, la risposta appare tuttavia chiara. Esse non sollevano alcun problema, comunque, nella maggior parte del mondo. Questioni di ordine politico possono essere decise politicamente anche in futuro. Esse non risultano predeterminate e sottratte alla volontà umana. Allo stesso modo l'idea di un potere limitato è valida anche in futuro negli Stati di tradizione occidentale. Rispetto a questo si pongono problemi in rapporto allo Stato e ad entrambi i suoi confini costitutivi: quello tra interno ed esterno e quello tra pubblico e privato. È ormai indubbio che noi stiamo facendo esperienza di un'erosione della statalità tradizionale, anche se non sempre [330] è analizzato in che cosa questa consista. Se la peculiarità che distingueva lo Stato da precedenti unità politiche era la concentrazione del potere pubblico in un determinato territorio e la libertà da condizionamenti esterni, allora si tratta di cercare in prossimità di esse l'origine dell'erosione.

Difatti i confini si dissolvono. Quello tra pubblico e privato è diventato permeabile già in seguito all'accrescersi dei compiti dello Stato. Le attività dello Stato non si limitano più da tempo alla protezione della libertà individuale e dei meccanismi del mercato. Lo Stato, piuttosto, è tornato a regolare la società, promuove lo sviluppo sociale, garantisce la sicurezza sociale e cerca di assicurare la società contro tutti i tipi di rischio. Molti di questi compiti non si lasciano soddisfare con i tradizionali mezzi statali del comando e della costrizione. In un numero crescente di casi, piuttosto, lo Stato rinuncia a dare ordini in modo unilaterale e si decide in favore di una collaborazione con attori privati. Accordi privati sostituiscono le leggi. Gli attori privati prendono parte in questo modo al potere pubblico, senza essere coinvolti, ciononostante, nel rapporto di legittimazione e responsabilità a cui la costituzione sottopone i detentori del potere pubblico. Al contempo, questo sviluppo non può, a causa delle ragioni strutturali che lo hanno prodotto, né essere semplicemente vietato, né essere costituzionalizzato in modo diretto.

Qualcosa di simile si lascia osservare per il confine tra interno ed esterno. Dopo avere resistito per quasi trecento anni, esso divenne trasparente nel momento in cui gli Stati, per aumentare la loro capacità di *problem-solving*, incominciarono a fondare organizzazioni internazionali, a cui trasferirono diritti sovrani (*Hoheitsrechte*), che d'ora in poi queste esercitarono concretamente all'interno degli Stati, senza che gli Stati potessero rivendicare la loro sovranità rispetto ad esse. Il primo passo in questa direzione fu la creazione delle Nazioni Unite (1945), tra i cui compiti non rientrava solo quello di coordinare le attività degli Stati, [331] bensì di conseguire la sua missione peculiare di garantire la pace. A questo scopo, gli Stati membri non rinunciarono solo al diritto di risolvere con la violenza i loro conflitti, tranne in caso di autodifesa. Questo - essendo

una forma di autolimitazione - non avrebbe fatto saltare il quadro internazionale tradizionale e avrebbe lasciato intatta la loro sovranità. Essi piuttosto autorizzarono l'ONU a imporre militarmente la rinuncia all'uso della forza in caso di necessità. Di conseguenza, il diritto di autodeterminazione è valido ancora solamente in relazione agli Stati gli uni con gli altri, ma non può essere chiamato in causa contro il potere pubblico dell'organizzazione internazionale.

Nel frattempo, lo sviluppo è proceduto ulteriormente. Oggi è fondamentalemente riconosciuto che l'ONU possiede il diritto all'intervento umanitario in caso di grave violazione dei diritti umani di intere parti di popolazione, specialmente delle minoranze. Inoltre sono state istituite corti di giustizia internazionali che possono punire crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Alcuni di questi tribunali, le corti penali per l'ex-Jugoslavia e per il Ruanda, non si basano su accordi internazionali, ma su sentenze del consiglio di sicurezza mondiale e possono essere attivi sul territorio nazionale, senza necessitare del loro consenso. Inoltre, sotto egida dell'ONU, si è formato uno *ius cogens* internazionale, il quale, in ogni caso, non deriva la sua validità da un trattato, ma vincola comunque gli Stati nella stipulazione del trattato. Effetti simili erano connessi con l'Organizzazione mondiale del commercio, che mette a disposizione degli Stati, in sostanza, un *forum* per i negoziati e gli accordi, emancipato, tuttavia, attraverso meccanismi di risoluzione dei conflitti giudiziari, dalla volontà degli Stati.

Conseguentemente, oggi, nessuno Stato è più sovrano nel senso in cui potevano ancora esserlo gli Stati prima del 1945. Da nessuna parte, tuttavia, tale sviluppo è andato così in là come in Europa. Certamente gli interventi dell'ONU, quando hanno luogo, possono essere essenzialmente più imponenti degli atti delle istituzioni europee. Ma essi non hanno spesso luogo, da un lato, perché la maggior parte degli Stati non fornisce alcuna ragione di intervento, dall'altro, perché i membri permanenti del consiglio di sicurezza mondiale dispongono del diritto di veto che impedisce tali interventi. A differenza della forza dello Stato, la forza dell'ONU si attua [332] solo raramente e solo di fronte agli Stati che violano i loro obblighi contrattuali e provocano le azioni dell'ONU. La maggior parte degli Stati non è mai stata oggetto di sanzioni da parte dell'ONU. Per essi il cambiamento che si verificò con la fondazione dell'ONU è meno sensibile e la perdita di sovranità non è così evidente.

In Europa accade il contrario. Sebbene finora nessuna istituzione europea ha conseguito il diritto all'uso della forza, gli Stati membri sono esposti permanentemente agli atti giuridici delle istituzioni europee, che essi devono rispettare e adempiere. È soltanto la misura a variare. Il Consiglio europeo esercita un potere pubblico solo per mezzo della Corte di giustizia europea per i diritti umani. Le sentenze di quest'ultima sono vincolanti in particolare per i 46 Stati membri, benché non dispieghino alcun effetto diretto all'interno degli Stati. La Corte di giustizia europea per i diritti umani non è una corte d'appello con la competenza di abrogare le sentenze dei tribunali nazionali. Essa può solo riscontrare una violazione della convenzione europea dei diritti umani, ma deve affidare agli Stati i rimedi necessari. Ciò nondimeno le conseguenze per gli Stati membri

sono di più ampia portata. Esse possono perfino includere l'obbligo ai sensi del diritto internazionale di modificare la costituzione nazionale.

Compare con ciò, le competenze dell'Unione Europea hanno un campo di applicazione più ampio e intervengono in modo più profondo nella sovranità degli Stati membri. Esse comprendono misure di tipo legislativo, amministrativo e giudiziario. Indubbiamente l'Unione Europea dispone solo di quelle competenze che le sono state cedute dagli Stati membri. In rapporto a tale trasferimento di diritti sovrani, gli Stati restano in possesso del diritto di autodeterminazione. Essi rimangono "signori dei trattati". Una volta trasferite, tuttavia, le competenze sono esercitate dagli organi dell'Unione. Gli atti di questa non solo rivendicano l'immediata validità all'interno degli Stati membri, ma perfino la precedenza rispetto al diritto nazionale, compresa la costituzione nazionale. Sebbene non vi sia alcuna esplicita motivazione per questa modalità d'azione (*Wirkung*) del diritto dell'Unione nella lettera dei trattati europei, essa è stata accettata dagli Stati membri come presupposto necessario per il funzionamento dell'Unione, specialmente per quello del mercato comune. Solamente i confini esterni di questi effetti sono controversi, perché sia la Corte di giustizia europea che le diverse corti costituzionali nazionali rivendicano l'ultima parola [333] sul fatto se l'Unione Europea ha valicato le sue competenze.

Conseguentemente lo Stato non è più l'unica fonte del diritto sul suo territorio. Leggi e atti giuridici da parte di fonti non statali, rivendicano validità nello Stato e non tengono conto del diritto nazionale. L'identità di potere pubblico e potere statale, che originariamente apparteneva al concetto di sovranità ed era il fondamento di quell'ordine statale che di quello internazionale, in questo modo si frantuma. La costituzione non può restare intatta da questi sviluppi. Poiché la costituzione presuppone lo Stato e si riferisce alla sua forza, la frammentazione del potere pubblico trascina dietro di sé necessariamente una perdita di significato della costituzione statale. Certamente tale perdita non avvenne contro la volontà degli Stati. Essi rinunciarono volontariamente ai loro diritti sovrani, perché si aspettavano un contraccambio da ciò: l'incremento della loro capacità di risolvere problemi in circostanze che non possono più essere risolte sul piano nazionale in modo soddisfacente. Inoltre, gli Stati prendono parte abitualmente ai processi decisionali delle organizzazioni internazionali che ora esercitano proprio i diritti di sovranità loro affidati. Certamente in questo non vi è alcuna compensazione per la perdita di legittimazione e di limitazione del potere pubblico che la costituzione assicurava.

Per quanto concerne i cinque criteri che sono stati posti in evidenza come caratteristici per le costituzioni moderne, derivano perciò le seguenti conseguenze:

- 1- La costituzione rimane un insieme di norme giuridiche che devono la loro validità ad una decisione politica.
- 2- Il suo oggetto di regolazione è ancora la fondazione e la regolazione del potere pubblico, ma solo nella misura in cui esso è il potere statale.
- 3- Poiché il potere pubblico e il potere statale non sono più identici, [334] la costituzione cessa di regolare completamente il potere pubblico vigente nel suo ambito di validità.

4- In conseguenza di ciò, anche il rango superiore della costituzione non è più totalmente garantito. Essa ha la precedenza solo rispetto alle leggi statali e alla loro applicazione, non più rispetto alle azioni del potere in genere.

5- La costituzione deriva ancora dal popolo e ad esso è attribuita. Essa, tuttavia, non può più garantire che ogni atto del potere pubblico con validità all'interno dello Stato abbia la propria origine nel popolo e sia legittimato democraticamente per mezzo di questo.

La costituzione non è diventata così né obsoleta, né priva di efficacia con la nascita di un potere pubblico internazionale. Tuttavia, nella misura in cui si erode la statalità, essa riduce anche la sua importanza. Essa diminuisce perché la costituzione non è più nella condizione di tenere fede alla sua pretesa di legittimazione e di regolazione di tutto il potere pubblico, vigente all'interno del suo ambito di validità. Atti del potere pubblico che non derivano dallo Stato non sono sottoposti alle esigenze delle costituzioni nazionali e la loro validità all'interno dello Stato non dipende dall'accordo con la costituzione. La costituzione si riduce ad un ordinamento parziale. Solo a partire da uno sguardo d'insieme del diritto costituzionale nazionale e del diritto internazionale si riesce a ricomporre un quadro completo delle condizioni giuridiche per il potere politico all'interno di un paese. Il fatto che molte costituzioni permettano espressamente il trasferimento di diritti di sovranità evita l'incostituzionalità di questa situazione. Essa, tuttavia, non può chiudere il crepaccio apertosi tra la portata del potere pubblico, da un lato, e la portata delle norme costituzionali, dall'altro.

Ciò conduce alla domanda se la perdita di significato che subisce la costituzione sul piano nazionale, possa essere compensata su quello internazionale. Il bisogno di legittimazione e di delimitazione non rimane certamente agganciato al potere statale, ma piuttosto segue il potere pubblico, così come chi lo esercita. La costituzione ha risolto efficacemente il problema nei riguardi dello Stato. Si tratta di verificare se tale risultato sia ripetibile sul piano internazionale. Questa è la ragione della grande popolarità del [335] concetto di "costituzionalizzazione" nei trattati scientifici, come nella discussione pubblica. Con "costituzionalizzazione" ci si riferisce a un processo di formazione di costituzioni al di là dello Stato. Il concetto è utilizzato per le istituzioni politiche internazionali e per i documenti giuridici internazionali ed è applicato perfino per i processi legislativi (di normazione) nelle *partnership* pubblico-private e tra attori privati attivi sul piano globale.

Considerati i presupposti che dovevano esserci, prima che le costituzioni nazionali diventassero possibili, si impone però la domanda, se sul piano internazionale vi sia un oggetto capace di costituzione soprattutto. La risposta non può essere la stessa per tutte le organizzazioni internazionali. Le differenze tra di esse sono troppo grandi. Questo vale tanto più se sono prese in considerazione le stesse istituzioni sociali. Il caso più semplice è quello dell'Unione Europea che, da un lato, non è uno Stato e, dall'altro, non è nemmeno un'organizzazione internazionale nel senso tradizionale. Essa si differenzia dalle altre organizzazioni internazionali sia per le finalità, che non sono circoscritte ad un unico campo problematico, sia per la densità della sua organizzazione, che presenta tutti quei

poteri che gli Stati possiedono. Infine, essa si differenzia anche nell'intensità degli effetti che i suoi atti possiedono nei confronti sia degli Stati sia dei loro cittadini. Tenuto conto di tutto questo, l'Unione Europea si avvicina, in ogni caso, all'amministrazione centrale di uno Stato federale (*Zentralstaat eines Bundesstaats*).

Il potere dell'Unione Europea non è naturalmente privo di vincoli giuridici. Esso è al contrario inserito in una rete di norme a maglie fitte. Sebbene queste norme non siano contenute in una costituzione, bensì in trattati internazionali, che sono stati stipulati dagli Stati membri, essi rivestono certamente la maggior parte delle funzioni che nello Stato riveste la costituzione. Attraverso i trattati è stata istituita la comunità oggi detta "Unione Europea". I trattati hanno creato i suoi organi e stabilito le sue competenze e le sue procedure, regolato il rapporto tra l'Unione e gli Stati membri come anche i rapporti dell'Unione con i loro cittadini, tutte regole che nello Stato si troverebbero nella costituzione. I trattati sono anche il diritto di rango più elevato: tutti gli atti dell'Unione devono essere in accordo con essi. Su questa base, molti autori non indugiano [336] nel definire i trattati come la costituzione dell'Unione Europea e anche la Corte di giustizia europea li ha definiti in questi termini.

Nondimeno, in questo modo di esprimersi, è tralasciato uno degli elementi che contraddistinguono la costituzione nel senso pregnante del concetto. A differenza delle costituzioni, i trattati non sono il risultato dell'autodeterminazione del popolo o di una società, sui fini e la forma della loro unità politica. L'Unione Europea non dà a se stessa le proprie fondamenta giuridiche. Queste le sono assegnate dagli Stati membri, che li pattuiscono per mezzo di accordi internazionali. Di conseguenza, i trattati sono privi di un'origine democratica. Ciò non li rende illegittimi. Ma la loro legittimità non è democratica, come assicura la costituzione all'interno dello Stato. I cittadini dell'Unione non prendono parte all'istituzione dei fondamenti giuridici dell'Unione. Essi non danno mandato ad una convenzione costituzionale, e nemmeno decidono sul testo attraverso un referendum. La ratificazione ha luogo negli Stati membri e anche quando si sono tenuti dei referendum al loro interno, non si tratta di un atto europeo, ma nazionale, col quale viene deciso se uno Stato particolare approva la stipula del trattato. Il documento non è nemmeno attribuito al popolo come fonte di tutti i poteri pubblici.

Sono rinvenibili, nonostante ciò, esempi storici, in cui una costituzione nel senso pieno del concetto scaturisce da un trattato tra Stati che volevano riunirsi in un'unità più grande. In questo caso, il trattato istitutivo è tuttavia solo il modo di attuazione di una costituzione. Non appena il trattato, quale fondamento giuridico della nuova unità politica, viene approvato, gli Stati fondatori cedono il loro diritto, a determinare l'ulteriore destino del testo e lo trasferiscono alla nuova unità politica che ottiene con ciò l'autorizzazione a conservare, modificare e abrogare il testo. In base all'origine, è un trattato, in base alla natura giuridica, una costituzione. Decisive per questo sono le disposizioni sulla modifica del testo. Se il diritto di modifica resta agli Stati membri ed è [337] esercitato in forma pattizia, allora non ha avuto luogo alcuna transizione dal trattato alla costituzione. Se il nuovo Stato fondato entra invece in possesso del diritto

all'autodeterminazione (anche se gli Stati membri prendono ancora parte alle decisioni della nuova unità), allora le fondamenta giuridiche sono diventate costituzione.

Ad una simile transizione non si è giunti finora in Europa. Essa non era prevista nemmeno nel Trattato costituzionale non andato a buon fine. Anche se tutti gli Stati membri lo avessero ratificato, esso non sarebbe diventato una costituzione. Ciò non significa tuttavia, che l'Unione Europea non sia l'oggetto possibile di una costituzione. Con le sue numerose competenze e la sua densità organizzativa che la rendono prossima all'unità centrale di uno Stato federale (*Zentralstaat eines Bundesstaats*), essa potrebbe avere senza dubbio un fondamento giuridico sotto forma di costituzione. A tale scopo sarebbe necessario solamente che gli Stati membri trasferissero ad essa il loro diritto di decidere sui fondamenti giuridici dell'Unione. In discussione è messa così, in Europa, non la possibilità, ma la desiderabilità di una costituzione. La questione decisiva è allora, se la democratizzazione formale dell'Unione Europea sarebbe accompagnata da un corrispondente guadagno in termini di democrazia sostanziale oppure se sarebbe stato più utile al principio democratico che le decisioni sulle basi giuridiche dell'Unione rimanessero lì dove le esigenze democratiche trovano migliori condizioni di realizzazione che nell'Unione stessa. Parimenti si chiede se non sia proprio il carattere innovativo dell'Unione Europea, quale unità politica a metà tra organizzazione internazionale e Stato federale, bisognoso di essere conservato.

Sul piano globale le cose stanno diversamente. Qui non vi è alcuna organizzazione con cui la quantità di competenze e la densità di organizzazione siano comparabili, anche in modo approssimativo, con quelle dell'Unione. Ci sono isolate istituzioni con compiti limitati, per lo più con un'unica funzione e con, in confronto, competenze e mezzi limitati. Queste organizzazioni esistono non solo slegate l'una dall'altra; esse, talvolta, perseguono persino degli scopi che sono in contrasto tra loro, come, ad esempio, scopi economici, da un lato, e umanitari, dall'altro. Esse non si associano per formare un sistema di potere pubblico globale, ma appaiono piuttosto come isole nel un mare fatto di relazioni internazionali tradizionali. A tale riguardo, l'ordine internazionale assomiglia attualmente di più all'ordine medievale pre-statuale con i suoi molteplici [338] titolari di diritti sovrani isolati. Come quest'ordine, anche l'ordine internazionale non costituisce un soggetto possibile di un ordine giuridico coerente e completo, secondo il modo della costituzione.

L'Onu non fa eccezione. Essa si erge sul piano internazionale attraverso la sua visibilità, le sue missioni di pace e i poteri di cui dispone a tale scopo. Ma essa è ben lontana dall'essere la titolare dell'intera potenza pubblica dispiegata sul piano internazionale, e ancora più lontana dal detenere un potere statale concentrato e completo. Perciò anche la Carta dell'Onu non è affatto una "costituzione mondiale". La fondazione dell'Onu è un passo significativo per la giuridizzazione delle relazioni internazionali, ma non va oltre tale giuridizzazione. Questo vale a maggior ragione per istituzioni come l'Organizzazione mondiale del commercio, il Fondo monetario internazionale, l'Organizzazione mondiale del lavoro ecc. I loro statuti regolano le competenze di queste organizzazioni e stabiliscono il loro funzionamento. Ma le loro competenze limitate e la

loro struttura non democratica non permette di qualificarle attraverso quella speciale forma di giuridizzazione che caratterizza la costituzione.

Tuttavia è diventato usuale vedere all'opera anche su questo piano processi di costituzionalizzazione e di indicare come costituzione gli statuti delle organizzazioni internazionali o lo *ius cogens* all'interno del diritto internazionale. Il concetto non è però fissato in modo univoco. Come detto, esso ha raccolto in sé fenomeni differenti in passato. Se esso è riferito al piano internazionale e ai suoi fondamenti giuridici, non si deve ignorare, tuttavia, che esso ha ben poco in comune con la *conquista* del costituzionalismo. Senza dubbi il diritto internazionale conosce attualmente una trasformazione significativa, si espande ed accresce la propria effettività. Contrassegnarlo come "costituzione" testimonia, tuttavia, di un concetto di costituzione molto vago. Il costituzionalismo è qui equiparato alla giuridizzazione, che [339] esisteva da molto prima della costituzionalizzazione e si differenzia significativamente da questa. Tale differenza è nuovamente appianata attraverso l'uso del concetto "costituzione".

Ciò vale a maggior ragione per il cosiddetto costituzionalismo societale. Questo tipo di costituzionalismo non è solo separato dallo Stato, ma perfino dalle organizzazioni internazionali che gli Stati hanno posto in essere. I sostenitori di un costituzionalismo societale prendono le mosse, da un lato, dal fatto che gli Stati non sono in condizione di regolare le transazioni degli attori globali. Dall'altro lato, tuttavia, essi non ritengono che le organizzazioni internazionali dispongano di sufficiente capacità regolative per creare un sistema normativo per il settore privato che impedisca agli attori globali di abbandonarsi ai loro interessi in modo sfrenato. Le organizzazioni internazionali potrebbero tutt'al più costituzionalizzare se stesse, nel momento in cui sottomettessero le loro azioni private a determinati standard. La frattura tra la regolamentazione internazionale e il raggio d'azione degli attori privati agenti globalmente si lascerebbe colmare solo se l'idea di costituzionalismo fosse sciolta dal suo nesso tradizionale con la politica e fosse resa proficua anche per la sfera sociale. In questo modo potrebbe sorgere un diritto transnazionale, che si affiancherebbe al diritto nazionale e a quello internazionale come terza massa di norme (*Rechtsmasse*).

A tale diritto è attribuita la capacità di svolgere la funzione di una costituzione di fronte agli attori globali. Questo richiede soltanto un adeguamento del concetto "costituzione" al nuovo oggetto di regolazione, ovvero gli attori privati agenti globalmente. In questo modo, le costituzioni societali non sarebbero poste in essere attraverso l'atto autoritario di un soggetto costituente a differenza delle costituzioni statali. Esse deriverebbero, al contrario, da un lungo processo evolutivo, che potrebbe essere messo in moto o accelerato indubbiamente attraverso una pressione politica [340] o un obbligo giuridica. Le costituzioni societali non sarebbero né meri testi giuridici, né semplicemente il rispecchiamento di una situazione di fatto. Esse regolerebbero il potere privato esercitato globalmente, anche in modo incompleto. Al contrario delle tradizionali costituzioni statali, le quali regolano il potere pubblico in oggetto in modo completo, ma territorialmente limitato, le costituzioni societali rivendicherebbero validità globale, ma

sarebbero limitate a determinati settori della società. La validità territoriale del diritto statale verrebbe relativizzata attraverso la limitazione settoriale del diritto globale.

Inoltre, il diritto societale dovrebbe presentare perlomeno alcune caratteristiche strutturali della costituzione statale per guadagnarsi il nome di “costituzione”. 1- Le costituzioni societali dovrebbero essere diritto di rango superiore che regola la produzione del diritto di rango inferiore. 2- Il diritto sovraordinato dovrebbe contenere disposizioni sull’organizzazione e le procedure degli attori globali. 3- Esso dovrebbe delimitare la loro attività, nello stesso modo in cui i diritti fondamentali limitano l’attività dello Stato. 4- Esso dovrebbe, infine, contenere meccanismi di controllo simili a quello del controllo giudiziario di costituzionalità, che consentano una effettiva verifica, se gli attori osservano le leggi da essi fatte. I sostenitori di quest’idea ammettono che un tale diritto esiste tutt’al più in modo rudimentale fino ad ora. Essi confidano, tuttavia, nel potenziale del diritto societale di costruire, all’interno dei settori sociali da esso regolati, il rispetto per l’autonomia di altri settori sociali ed anche per l’esistenza di zone nelle quali le loro particolari attività possono essere osservate indipendentemente e criticamente.

Nel caso in cui esistesse questo potenziale, la sua realizzazione dipenderebbe tuttavia da una serie di condizioni che non possono essere date per scontate fin dall’inizio. Senza un legislatore globale, la limitazione per mezzo di costituzioni societali sarà sempre un’autolimitazione degli attori privati, in quanto avviene nel loro proprio interesse, e non nell’interesse generale. Entrambi gli interessi possono a tratti concordare, ma mai integralmente. Perciò un’autolimitazione, che medi gli interessi degli attori con quelli di coloro che subiscono le loro azioni e con l’interesse generale, appare [341] non realistico finché essi non si basano su di un potere pubblico, la cui funzione consista proprio nel controbilanciamento degli interessi. Sul piano nazionale è lo Stato ad assolvere tale compito. Ma come si riesce a conseguire lo stesso effetto sul piano globale, senza un equivalente dello Stato o altre istituzioni dotate di sufficiente potere di legiferare? Anche se le organizzazioni internazionali possedessero tale potere, ci si chiede come lo eserciterebbero effettivamente, se manca loro l’elemento democratico e rappresentativo che assicuri la partecipazione agli interessati e consenta così una percezione del problema che eccede gli interessi istituzionali particolari. Nessuna delle cosiddette costituzioni sul piano internazionale e transnazionale è attualmente nella condizione di soddisfare aspettative democratiche anche solo minimali.

IV. QUALI CONCLUSIONI?

La ricerca giunge così al risultato che il divario tra potere pubblico e legittimazione e limitazione costituzionali, che si è verificata a causa dell’erosione della statalità e del trasferimento del potere a organizzazioni internazionali, non è attualmente colmabile. Da un lato, non è né possibile, né desiderabile fare ritorno al sistema westfaliano. Dall’altro lato, la conquista del costituzionalismo non può essere ricostruita sul piano internazionale

e transazionale. Ma anche le costituzioni nazionali non recuperano la facoltà di regolare completamente il potere pubblico effettivo all'interno del loro ambito di validità. La regolazione del potere pubblico esercitato internazionalmente si allarga, ma rimane sul piano della giuridizzazione, senza aprirsi agli standard della costituzione. Dove, sempre in questo nesso, è invocato il costituzionalismo, si tratta di un concetto sbiadito di costituzione, col quale si rinuncia tacitamente all'elemento democratico.

Se il costituzionalismo nel senso pregnante del concetto non è più a disposizione, la seconda soluzione migliore appare essere quella di conservare, per quanto possibile alle condizioni date, la conquista. Questo può avvenire in due modi: [342] attraverso l'incremento del potere pubblico sul piano internazionale o attraverso la limitazione dell'erosione della statalità. La prima alternativa sarebbe in questione se ci fosse la possibilità che l'ordinamento internazionale si trasformasse gradualmente, nel senso della conquista del costituzionalismo, in un oggetto capace di costituzione. In una prospettiva di medio periodo, tale eventualità non è molto verosimile. Modelli convincenti di potere democratico non si delineano ancora sul piano internazionale. Una democrazia che non è privata del suo elemento partecipativo e include i presupposti sociali, segnatamente la possibilità di un dibattito pubblico vitale, è difficilmente realizzabile già all'interno dell'Unione Europea. Sul piano internazionale appare difficilmente ipotizzabile una democrazia intesa anche in termini puramente formali.

Perciò non dovrebbe essere esclusa a priori la seconda opzione, per la quale è data rilevanza allo Stato, dove il costituzionalismo incontra condizioni più favorevoli di legittimazione e responsabilità democratica, rispetto al piano internazionale. Questo non può essere inteso soltanto come un appello alla restaurazione del tradizionale Stato nazionale. Al contrario, l'internazionalizzazione della politica ha bisogno di essere portata avanti. L'avvicinamento del raggio d'azione della politica a quello degli attori privati agenti sul piano globale è un'esigenza urgente. Altrettanto importante appare, tuttavia, che gli Stati rimangano la fonte di legittimazione essenziale del potere pubblico, anche per le organizzazioni internazionali. Queste non dovrebbero essere sviluppate in unità autosufficienti che rimangono distanti dai cittadini, ampiamente prive di controllo nelle loro attività e non responsabili dei loro risultati.

In effetti, gli Stati non sono affatto usciti di scena dal teatro internazionale o transazionale. Finora, [343] nessuna organizzazione internazionale dispone di mezzi coercitivi, per non parlare di un monopolio della forza. La frammentata società globale non possiede alcun potere esecutivo che le sia proprio. Tribunali internazionali e anche organi arbitrali internazionali dipendono dagli Stati, se le loro decisioni devono essere imposte nei confronti di parti che sono riluttanti. Inoltre, gli Stati si riservano una parte nella direzione delle organizzazioni internazionali, che sono state poste in essere da loro stessi. Questo è importante tanto all'interno dell'Unione Europea, quanto sul piano globale. Purché essi rimangano anche obbligati alle esigenze delle loro costituzioni nazionali. Questo legame non deve né essere sciolto in modo precipitoso, né essere indebolito in modo permanente.

Per quanto concerne il piano sopranazionale, è utile alla riflessione se ci si congeda dalle nozioni di costituzionalismo e di costituzionalizzazione. Entrambe sono equivoche, nella misura in cui ridestano la speranza che le perdite che le costituzioni nazionali patiscono a causa dell'internazionalizzazione e della globalizzazione, possano essere compensate sul piano internazionale. Questa sarebbe un'illusione. L'assoggettamento del potere pubblico esercitato sul piano internazionale resta indietro rispetto alla conquista del costituzionalismo sul piano nazionale. I presupposti, che sarebbero necessari al fine di ripristinarla sul piano internazionale, non sono presenti. L'internazionalizzazione del potere pubblico è un fenomeno nuovo che porta con sé delle nuove sfide. L'illusione che queste sfide possano essere affrontate adeguatamente con un modello che era fatto su misura per un altro oggetto ostacola la ricerca di soluzioni che siano all'altezza della nuova situazione e si adattino meglio ad essa. [344]

PAROLE CHIAVE PER UNA TEORIA DISCORSIVA DEL DIRITTO E DELLO STATO DEMOCRATICO DI DIRITTO.

(JÜRGEN HABERMAS)¹

Come prima cosa, mi è stato chiesto di ricordare alcuni motivi dalla scelta dell'approccio teorico-discorsivo sviluppato in *Fatti e norme* (1-4) e, successivamente, di illustrare alcuni punti vista da cui si potrebbe raccomandare tale approccio in modo ragionevole anche per orientamenti concettuali che proseguano in direzione di una concettualizzazione della costituzionalizzazione del diritto internazionale (5-10).

1- Tanto più aumenta la complessità della società e dei problemi da regolare politicamente, tanto meno sembra essere possibile riferirsi ad un'idea pregnante di democrazia, secondo la quale i destinatari delle leggi devono esserne al contempo gli autori. Contro quest'idea parla, già a prima vista, la modalità politica incrementalista di un esecutivo che reagisce ormai solamente agli imperativi di sistemi funzionali ostinati e per questa ragione dissocia in misura maggiore possibile la scelta delle sue politiche dal processo di legittimazione. Tuttavia, anche in tali circostanze un approccio teorico-comunicativo può conservare una certa plausibilità rispetto alla promessa democratica dell'inclusione, ovvero rispetto alla partecipazione di tutti i cittadini al processo politico. Non possiamo limitare le elezioni e le votazioni all'espressione [puntuale] del voto. Questi voti ricevono il peso istituzionale delle decisioni di colegislatori solo in combinazione con una sfera pubblica vitale, ovvero con la dinamica del pro e contro di opinioni, argomenti e prese di posizione liberamente fluttuanti. [67] Le elezioni politiche sono qualcosa di diverso dalle inchieste demoscopiche; esse non devono rispecchiare solamente uno spettro delle preferenze esistenti. Poiché la rivoluzione digitale presenta attualmente solo un passo ulteriore nell'interconnessione comunicativa e nella mobilitazione della società civile, dobbiamo congedarci da un'immagine dello Stato democratico di diritto congelata istituzionalmente. La fluidificazione comunicativa della politica si presta come chiave sociologica per il contenuto realistico del concetto *di politica deliberativa*.² E, da questo punto di vista, anche la costruzione dello Stato costituzionale si lascia concepire come una rete di discorsi istituzionalizzati giuridicamente volti alla formazione dell'opinione e della volontà.

2- Un ulteriore motivo, più filosofico, per la scelta dell'approccio teorico-discorsivo è la risoluzione del paradosso che si pone col tipo weberiano di legittimazione del "potere legale": come dev'essere possibile la nascita della legittimità dalla mera legalità? Che cosa conferisce legittimità ad un ordinamento giuridico integralmente

¹ Habermas, *Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 2013, p. 67-81. Il testo nasce come introduzione a un seminario dedicato a *Fatti e norme* che ebbe luogo dall'11 al 14 febbraio 2013 presso il *Max-Planck-Institut für öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg.

² Cfr. Bohman & Rehg, *Deliberative Democracy*, 1997; per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. l'eccellente saggio: Rummens, *Staging Deliberation*, 2012.

positivizzato, se vale come diritto tutto ciò che è stato prodotto secondo una procedura stabilita positivamente? La risposta del positivismo giuridico consiste nel ricorso ad una norma fondamentale adottata arbitrariamente o consuetudinariamente (*eingewöhnt*) come premessa che giustifica la validità. Il diritto naturale, invece, si appella all'accesso privilegiato alla conoscenza di leggi incondizionatamente valide, perché sancite cosmologicamente o teologicamente fondate. La spiegazione volontaristica non dà ragione del contenuto cognitivo della credenza legittima, quella giusnaturalistica si basa su immagini metafisiche del mondo che, nelle società pluralistiche, non possono più essere universalmente convincenti. Di contro a ciò, la teoria discorsiva attribuisce [68] forza generante legittimità alla procedura di formazione democratica dell'opinione e della volontà *in sé e per sé*. Questa procedura istituzionalizzata giuridicamente giustifica cioè la presunzione fallibile di decisioni razionali, se soddisfa approssimativamente due condizioni: l'inclusione equa di tutti gli interessanti ovvero dei loro rappresentanti e il retro-riferimento (*Rückbindung*) delle decisioni democratiche allo scambio discorsivo-privato di coercizioni dei temi e contributi rilevanti di volta in volta (cioè di informazioni, argomenti e prese di posizione). La fonte normativa della legittimità ha origine, secondo questa concezione, dalla combinazione dell'inclusione di tutti gli interessati e dal carattere deliberativo della formazione dell'opinione e della volontà. L'idea di una formazione libera e guidata dalla ragione di una volontà comune (cioè di un risultato che, dopo una procedura di consultazione e di decisione, è accettato come un risultato conseguito collettivamente) si esprime quindi nella connessione di inclusione e deliberazione.

3- Un terzo motivo è il superamento del contrasto che a prima vista esiste tra i due principi di legittimazione della "sovranità del popolo" e del "dominio delle leggi". Nella storia della teoria politica, difensori del liberalismo e del repubblicanesimo discutono su che cosa deve avere la priorità – la libertà dei moderni, cioè i diritti di libertà soggettivi dei cittadini delle moderne società economiche, oppure la libertà degli antichi, cioè i diritti di partecipazione del cittadino democratico. L'alternativa conduce da ambo le parti a conseguenze spiacevoli. O le leggi (compresa la costituzione) sono legittime, solo se concordano con i diritti umani predeterminati moralmente. Ma allora il legislatore democratico non può decidere legittimamente in modo sovrano, bensì solo all'interno di limitazioni già date. Oppure le leggi (inclusa la costituzione) sono legittime sempre, solo se risultano dalla formazione della volontà democratica. Ma allora il popolo sovrano potrebbe [69] darsi una costituzione qualsiasi e decidere norme qualsiasi, di modo che infrazioni contro le norme dello Stato di diritto non sarebbero da escludere. Di contro a ciò, la giustificazione teorico-discorsiva di un sistema dei diritti può condurre fuori dal vicolo cieco e tenere conto dell'intuizione della cooriginarietà di democrazia e Stato di diritto. Poiché, presupposto che i soggetti costituenti intendano fondare deliberativamente *nel linguaggio del diritto moderno* un'associazione volontaria di consociati liberi e uguali, essi possono prendere la loro prima decisione sovrana solo dopo che hanno riconosciuto *in abstracto*, che tipo di libertà d'azione soggettive devono accordarsi reciprocamente, prima di poter regolare qualsiasi faccenda con i mezzi del diritto

moderno. Senza il proposito di concedersi reciprocamente diritti nella modalità delle note categorie classiche dei diritti fondamentali, mancherebbe al legislatore costituzionale proprio il medium, ovvero il linguaggio, per una produzione legislativa legittima.

4- Un ultimo motivo è la risoluzione di una controversia insoddisfacente tra il paradigma giuridico liberale e quello dello stato sociale. La struttura concettuale fondamentale di tale controversia ricorda una separazione di ruoli, attraverso cui la comprensione deontologica del diritto moderno si differenzia da quella della morale. Secondo l'idea kantiana di autonomia, le persone agiscono liberamente, se *obbediscono* precisamente alle leggi che hanno *dato a se stessi* secondo i loro giudizi intersoggettivamente raggiunti su ciò che di volta in volta è nell'uguale interesse di ciascuno. Il moderno diritto di coercizione ripartisce questi due momenti, della volontà che obbedisce alle leggi e di quella che fa le leggi, a differenti ruoli sociali, vale a dire, da un lato, a quello del privato destinatario della legge, che in quanto cittadino della società agisce autonomamente nei limiti della legge, e, dall'altro lato, a quello del colegislatore democratico, che fa uso della sua autonomia civica. Il diritto dello Stato moderno scinde la persona morale [70] nelle due persone del cittadino della società (privato) e del cittadino dello Stato (pubblico). L'interazione tra questi due ruoli, che ciascun cittadino esercita nell'unione personale, fornisce ora la chiave per valutare il paradigma giuridico liberale e quello dello Stato sociale. Così menzioniamo i modelli della società nella quale (secondo le rappresentazioni dei "professionisti del diritto" (*juristische Praktiker*)) opera il diritto dello Stato democratico di diritto. La "società di diritto privato" degli ordoliberali, che colloca unilateralmente il peso della legittimazione sulle pari opportunità da garantire mediante le libertà economiche, ha vissuto un rilancio retorico inaspettato nel corso del fallimento della politica economica neoliberale. Tuttavia anche il modello dello Stato sociale si limita, dai punti di vista della giustizia (re)distributiva, alle pretese soggettive dei clienti delle burocrazie dello Stato sociale, piuttosto che concepire le prestazioni del sistema di sicurezza sociale *anche* come autorizzazione alla partecipazione all'autolegislazione democratica. Di contro a ciò, il terzo paradigma giuridico, quello procedurale, che ho discusso in *Fatti e norme*, sposta l'attenzione sull'auto-autorizzazione dei cittadini (dello Stato), che influiscono collettivamente sulle loro condizioni di esistenza sociale. Al centro di questo paradigma giuridico si collocano "cicli continui di retro-riferimento" (*Rückkoppelungsschleifen*) tra il processo democratico, che nell'interesse dei cittadini della società produce diritti e pretese soggettive, e insieme la garanzia dell'autonomia privata, che, d'altra parte, solamente rende possibile un uso attivo dell'autonomia pubblica dei cittadini. Un retro-riferimento positivo tra autonomia privata e pubblica è una condizione necessaria per la legittimità dell'ordinamento di uno Stato democratico di diritto. Questa legittimità è in pericolo in società con una crescente divisione sociale, nelle quali si esercita una retroazione negativa specificamente su una classe. Qui si rafforzano vicendevolmente l'astensione elettorale delle classi sociali marginalizzate e svantaggiate, da una parte, e la preferenza per modelli politici che trascurano gli interessi di questi segmenti di

popolazione, dall'altra. Ricerche empiriche provano l'esistenza di un tale circolo vizioso negli Stati Uniti e in altre società occidentali.³

5- A suo tempo, io ho sviluppato la concezione teorico-discorsiva del diritto e dello Stato democratico di diritto sull'esempio dello Stato nazionale; dal 1989/90, tuttavia, mi occupo per evidenti ragioni politiche del processo di unificazione europea e della politica dei diritti dell'uomo dell'ONU. Oltre lo scritto kantiano sulla pace (perpetua), mi sono confrontato in tale contesto anche con la letteratura giuridica sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale.⁴ In merito alla questione di che cosa potrebbe apportare l'approccio teorico-discorsivo a questa problematica del diritto internazionale, posso contribuire solo con alcune riflessioni provvisorie. Innanzitutto vorrei esporre il punto di vista che per questo mi pare adeguato. Se si considera lo Stato democratico di diritto dal punto di vista teorico-discorsivo, salta agli occhi, quale grande acquisizione storica, l'addomesticamento dell'arbitrio e della violenza del potere politico. La garanzia egalitaria della libertà è in senso moralmente pratico una prestazione civilizzatrice, che si può distinguere dall'aumento di efficienza delle prestazioni organizzative del moderno Stato amministrativo, del "*rationale Staatsanstalt*" nel senso di Max Weber. La considerazione teorico-discorsiva suggerisce di concepire come una *trasformazione dello stato di aggregazione del potere politico* rispetto agli antichi imperi sia la *civilizzazione* prodotta per mezzo del diritto sia la *razionalizzazione* dell'esercizio del potere resa possibile attraverso l'organizzazione. Anche quella giuridizzazione delle relazioni internazionali, che si sono dispiegate dalla fine della seconda guerra mondiale col passaggio dal diritto internazionale *coordinante* a quello *cooperativo*, si prospetta come una specie di prosecuzione di questo processo. Dalla fondazione dell'ONU, delle tre grandi organizzazioni mondiali dell'economia (la Banca mondiale, il Fondo monetario internazionale e l'Organizzazione mondiale del commercio) come anche dei sistemi informali di trattativa come quello del G8 e del G20 si rivelano persino spunti per una *costituzionalizzazione del diritto internazionale*.⁵ Queste trasformazioni del diritto internazionale corrispondono ad un mutamento delle relazioni internazionali: la costituzionalizzazione del diritto internazionale si pone in rapporto con l'integrazione del potere di governo nazionale-statale attraverso organizzazioni, che rendono possibile un governo al di là dello Stato nazionale. Quello che io intendo, dal punto di vista politologico, come un'ulteriore *fluidificazione della sostanza decisionistica dell'esercizio del potere* (7), appare, dal punto di vista giuridico, come una *trasformazione nella composizione del medium giuridico* (6). Queste tendenze si collegano tuttavia nel frattempo con un deficit democratico (8), che potrebbe essere compensato solo per mezzo di una *transnazionalizzazione della democrazia* (9). Questo significa qualcosa di diverso rispetto alla creazione di un super Stato federale (10).

6- Assieme allo stato d'aggregazione del potere politico legittimo (*politische Herrschaft*) si trasforma anche la *costellazione di diritto e potere politico* (*politische*

³ Offe, *Participatory Inequality in the Austerity State*, 2013.

⁴ Cfr. le mie riflessioni in: Habermas, *Die Krise der Europäischen Union*, 2012.

⁵ Peters, *Völkerrecht*, 2006, p. 11.

Macht).⁶ Questa trasformazione si riflette nell'importanza relativa [73] delle componenti di cui il diritto moderno si compone. Lo Stato costituzionale che monopolizza l'uso della forza conferisce alle norme giuridiche vigenti un carattere legittimo e coercitivo al contempo, ragione per cui Kant parla del "legame della costrizione universale reciproca con la libertà di ciascuno".⁷ Il diritto al contempo legittimo e coercitivo pone i cittadini di fronte alla scelta di obbedire alle norme vigenti o a partire dall'interesse individuale, nell'aspettativa delle sanzioni, o, invece, a partire dal rispetto nei confronti della legge, alla luce della procedura di democratica produzione delle leggi. Se si muove tuttavia dal presupposto che uno Stato mondiale che monopolizzi l'uso della forza non sia né possibile né auspicabile, una concezione dualistica del sistema giuridico comprendente il diritto internazionale e il diritto degli Stati appare essere inevitabile. Secondo un'interpretazione convenzionale, al diritto coattivo degli Stati – che è imposto in forza della sanzione statale ed è implementato dai tribunali e dall'amministrazione – si attribuisce un'altra modalità di validità e un grado di efficienza maggiore che al diritto internazionale, a cui manca il potere di sanzione statale come "riserva di copertura" (*Deckungsreserve*). Secondo la concezione tradizionale, il diritto internazionale basa la sua autorità esclusivamente su consuetudini, trattati internazionali e principi giuridici universalmente riconosciuti, pertanto sul consenso degli Stati. Questa conseguenza è inevitabile però solo finché partiamo dal presupposto che, senza il requisito della minaccia statale della forza, il riconoscimento della legittimità d'un ordinamento giuridico non sia capace di garantire un'obbedienza media alle leggi. [74] Quest'ipotesi non è più valida in generale oggi. Il diritto europeo vigente è un drastico esempio dello spostamento di pesi tra le componenti dell'applicabilità del diritto, da un lato, e del riconoscimento della sua legittimità e della sua osservanza media, dall'altro lato. Nell'Unione Europea, il diritto sopranazionale, a meno che non venga respinto dalle Corti costituzionali nazionali in casi eccezionali qualificati, gode della precedenza di fronte al diritto nazionale degli Stati membri, sebbene questi monopolizzino come sempre i mezzi d'impiego legittimo della forza. Nel diritto europeo, che si è differenziato come piano di regolamentazione autonomo, il peso relativo tra entrambe le componenti del medium giuridico si è spostato chiaramente a favore di un riconoscimento della legittimità dell'autorità soprastatale (del Consiglio e del Parlamento, della Corte di giustizia europea e della Commissione). Dalla creazione delle Nazioni Unite, dall'incremento dei tribunali internazionali, dal potenziamento del diritto penale internazionale e, prima di tutto, dalla proliferazione di organizzazioni internazionali, osserviamo anche nel diritto internazionale quanto meno indizi deboli per

⁶ Gli approcci del pluralismo giuridico hanno ricondotto queste trasformazioni agli spostamenti nel rapporto di potere tra il potere pubblico dello Stato e il potere privato dell'economia di imprese che agiscono globalmente, e hanno diagnosticato precipitosamente una diffusione della violenza dello Stato che pone il diritto nel corso dell'accrescimento delle *partnerships* pubblico-private. Non solamente l'effetto disingannatore della crisi bancaria ha condotto, nel dibattito sul diritto internazionale, ad una differente valutazione del "potere pubblico" nelle relazioni internazionali; cfr. Bogdandy, Dann, & Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law*, 2008); cfr., in generale, a proposito del "public turn" Krisch, *Global Governance as Public Authority*, 2012.

⁷ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1968, p. 339 - t.d.r..

uno spostamento simile tra le componenti sanzionanti e quelle legittimanti. Perlomeno comincia a chiudersi la forbice tra la modalità di validità supportata da sanzioni degli Stati e la modalità di validità mite del diritto internazionale. La realtà appare approssimarsi, benché a passo di lumaca, alla concezione monistica del diritto internazionale di Hans Kelsen. Per riconoscere queste tendenze come tali, dobbiamo percepirle però alla luce di un concetto di diritto che si sia fatto flessibile. Non appena modifichiamo il concetto rigido del diritto moderno in modo conforme, appare anche meno improbabile, che i ricorsi ai monopolisti statali della forza possano diventare abituali un giorno per l'attuazione di decisioni – prese equamente e controllabili per via giudiziaria – di un [75] Consiglio di sicurezza dell'ONU riformato.

7- Oggi emergono anche sul piano internazionale segnali per una razionalizzazione dell'esercizio del potere statale che corrispondono ad una modificazione nella composizione del medium giuridico. Nel diritto internazionale classico, il concetto della sovranità statale presuppone ancora un concetto "realistico" (nel senso della scuola di Hans Morgenthau) del potere dello Stato (*Staatsmacht*). Il potere politico (*politische Macht*) dovrebbe manifestarsi nell'autoaffermazione razionale rispetto allo scopo di uno Stato che si presume agire in modo autonomo. Quest'ultimo persegue i propri interessi nazionali sulla scena di attori concorrenti, senza essere limitato normativamente nel suo spazio d'azione dal rispetto nei confronti della comunità degli Stati nel suo complesso. Questo modello di politica di affermazione conforme allo scopo del potere e della sua ottimizzazione trova la sua espressione più drammatica nello *ius ad bellum*, nel diritto dello Stato sovrano di condurre guerra in modo discrezionale, cioè senza l'obbligo di giustificazione. Come ha visto correttamente Carl Schmitt, la deroga a questo diritto, ovvero il divieto della guerra, significava una cesura nella storia del diritto internazionale. Tuttavia, il fatto che la guerra non rappresenti un mezzo né legale, né preferenziale per la risoluzione dei conflitti internazionali è il segno più visibile di una razionalizzazione della sostanza violenta della potenza statale. La fitta rete di istituzioni internazionali sottrae in un altro modo la base al mondo immaginario del diritto internazionale classico. In una società mondiale altamente interdipendente, persino le potenze mondiali perdono la loro autonomia funzionale in molteplici settori politici. Alla luce del numero crescente di problemi che possono essere risolti ormai esclusivamente attraverso un'azione politica comune, tutti gli Stati si vedono costretti a cooperare. Questo spiega l'incremento delle organizzazioni internazionali con competenze regionali di ampia portata o addirittura globali e un corrispondente allineamento delle classiche politiche estere a discussioni di politica interna. Il nucleo decisionistico della potenza politica si fluidifica nuovamente nel crogiuolo dei flussi comunicativi di trattative e discorsi transnazionali. Gli Stati possono intendersi non più esclusivamente come soggetti sovrani e contraenti (patti internazionali); occasionalmente, essi agiscono persino come membri di una comunità internazionale.

8- D'altra parte, dal punto di vista teorico-discorsivo, scopriamo il deficit democratico crescente, che si connette con entrambe le tendenze summenzionate.⁸ Le trasformazioni nella composizione del medium giuridico e dell'esercizio del potere politico si spiegano con la penetrazione di elementi deliberativi nelle relazioni internazionali dominate dal potere di una società mondiale che concreosce sistemicamente. Tuttavia l'inclusione dei cittadini nei processi decisionali sopranazionali non tiene il passo con la giuridizzazione di una infittita cooperazione degli Stati. Piuttosto, per il momento, un governo effettivo oltre lo Stato nazionale è pagato con un'erosione, non compensata, del processo di legittimazione statale-nazionale – persino laddove una concentrazione sovranazionale delle competenze, come è nel caso dell'Unione Europea, non danneggia essenzialmente i controlli tipici dello Stato di diritto. Il miglioramento delle prestazioni organizzative che viene raggiunto sul piano sopranazionale attraverso la cooperazione intergovernativa, lo possiamo concepire come una *razionalizzazione* dell'esercizio del potere; ma di una *civilizzazione* potremmo parlare esclusivamente se le organizzazioni internazionali esercitassero le loro competenze non solo sulla base di trattati internazionali, ovvero *nelle forme* del diritto, bensì *in accordo con* un diritto *sancito democraticamente*. [77] A tale scopo una semplice riflessione. Anche se tutti i membri di un'organizzazione internazionale sono democrazie perfette, la legittimazione dei singoli membri è sempre meno sufficiente per giustificare le decisioni dell'organizzazione nel complesso – con una cooperazione che diventa più stretta e con una crescente profondità d'intervento delle operazioni decise. Dal punto di vista dei cittadini di uno Stato nazionale esiste una asimmetria tra l'autorizzazione dei propri rappresentanti e il raggio d'azione dei compromessi sostenuti da tutti i rappresentanti insieme, poiché questi si ripercuotono indifferentemente su tutti i cittadini degli Stati nazionali che vi prendono parte. Un altro deficit si aggiunge a questo. In opposizione alle decisioni dei gabinetti nazionali, che riguardano tutti i settori politici, il lavoro di organizzazioni funzionalmente specializzate è limitato ad aree di competenza determinate, cosicché, da questo focus ristretto, non possono essere presi in considerazione gli effetti esterni indesiderati delle decisioni. Per entrambe queste ragioni, nei fondamenti giuridici di questo tipo di cooperazione organizzata è iscritto un paternalismo che non sarebbe rimosso nemmeno se le organizzazioni internazionali potessero essere obbligate all'osservanza di certi diritti umani, come viene raccomandato.⁹

9- La circostanza per la quale vengono istituiti sistemi di trattativa internazionali impotenti come le conferenze del G8 o del G20, le intendo come un sintomo del fatto che la capacità di controllo/governo delle istituzioni esistenti viene sovraccaricata dalle urgenti sfide globali del mutamento climatico, delle crisi e degli squilibri dell'economia mondiale, dei rischi della tecnica a livello mondiale ecc. Le costrizioni sistemiche che passano attraverso i confini nazionali (per esempio del settore bancario globale) sono forze sociali della natura, che devono essere addomesticate. Con

⁸ Cfr. Bogdandy & Venzke, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte*, 2010.

⁹ Lafont, *Alternative Visions of a New Global Order*, 2008.

la costruzione di ulteriori capacità d'azione sopranazionali, che potrebbero soddisfare questo bisogno di regolazione, il menzionato deficit di legittimità non farebbe che aumentare. Sotto l'innocente etichetta della "Governance" si diffonderanno regimi tecnocratici fino a quando non si riuscirà a sviluppare le fonti di una legittimazione democratica anche per le autorità sopranazionali. È necessaria una transnazionalizzazione della democrazia. Questo progetto tocca il rapporto di politica e mercato e incontra la resistenza politica che ci si può aspettare da parte liberale. Esso incontra tuttavia anche lo scetticismo da parte degli osservatori scientifici.¹⁰ In questa prospettiva, la teoria del discorso può contribuire forse a superare gli ostacoli di una modalità di pensiero concretistica. Un processo democratico di legittimazione si lascerà estendere oltre i confini a una comunità politica non statale (come per esempio l'Unione Europea) solo se le tre componenti che sono costitutive per ogni ordinamento democratico si lasceranno ricomporre in modo differente che nello Stato nazionale nel sistema sopranazionale plurilivellare.¹¹ Solamente lo Stato nazionale fa coincidere queste (tre componenti) nello spazio sociale, vale a dire il «popolo dello Stato» (in quanto titolare della formazione politica della volontà) con lo «Stato» (come l'organizzazione che consente ai cittadini d'agire collettivamente) e la «comunità dei cittadini» (come associazione volontaria di liberi e uguali). L'idea che *i cittadini e gli Stati (già costituiti dai cittadini)* possono partecipare alla costituzione di una democrazia sovranazionale dà l'impulso per riflettere su una geometria variabile di queste componenti. Per questo, il concetto della "sovranità (con)divisa" non può essere frainteso. Mentre [79] nel contesto dello Stato federale le unità subnazionali (come i cantoni o i *länder*) si presentano solo come le parti *costituite* (da parte di un sovrano indiviso, il popolo), gli stati membri di una democrazia sopranazionale giocherebbero il ruolo di una forza *costituente* e per tale ragione conserverebbero in modo analogo all'interno della comunità costituita competenze più forti.

10- Le implicazioni di quest'idea si possono illustrare con l'esempio dello sviluppo ipotetico dell'Unione monetaria europea in un'Unione politica. Immaginiamoci un'assemblea costituente che rappresenti la totalità dei cittadini degli Stati europei partecipanti e, precisamente, ciascuno nel suo doppio ruolo come cittadino che partecipa direttamente di una futura Unione politica, da un lato, e come membro di uno dei popoli europei che partecipa indirettamente, dall'altro lato (tenendo conto che questi hanno affidato a loro volta ai rispettivi governi il mandato di costituire gli attuali Stati nazionali come Stati membri). *A causa di questa composizione* dell'assemblea da parte dei cittadini europei e da parte dei popoli europei, il processo costituente medesimo sarebbe canalizzato in modo tale che la forza legittimante di una sovranità del popolo così «(con)divisa» potrebbe essere trasmessa sin dall'inizio alle istituzioni di una comunità politica sopranazionale destatalizzata. Nel processo costituente sarebbe pertanto incorporato un freno contro la costituzione di uno Stato federale, mentre i rappresentanti dei popoli con il mandato dei loro rispettivi cittadini sarebbero stati delegati a garantire l'esistenza degli

¹⁰ Niesen, *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, 2012.

¹¹ Cfr. in proposito le mie riflessioni in: Habermas, *Die Krise der Europäischen Union*, 2012.

Stati membri futuri nel loro ruolo di garanti *di un livello di libertà già realizzato storicamente*. Perciò nessuna di quelle competenze degli Stati membri, che sono necessarie per la salvaguardia di questo ruolo – per esempio, la conversione amministrativa delle decisioni dell’UE o il monopolio della forza –, sono a disposizione nello stesso processo costituente. [80] Quest’assetto avrebbe prevedibili conseguenze sostanziali per la garanzia dell’esistenza degli Stati membri, per la loro clausola di recesso già oggi in essere come anche per la necessità dell’unanimità per la modifica della costituzione. Conseguenze risultano innanzitutto con riguardo a una ripartizione delle competenze che diverge dal modello dello Stato federale. Immaginatoci che la convenzione persegua il suo compito attraverso una riforma degli esistenti trattati dell’UE. In questo caso la deviazione della futura unione politica dal modello di uno Stato federale sarebbe riconoscibile nel diritto di controllo conservativo delle Corti costituzionali nazionali. La deviazione concernerebbe inoltre la necessaria *partecipazione paritaria* dei cittadini europei e dei popoli europei (nella forma di Stati membri) alla formazione del governo, inoltre alla corrispondente doppia responsabilità della Commissione – trasformata nel governo – di fronte al Parlamento europeo e al Consiglio e, innanzitutto, la generale partecipazione paritaria di entrambe le istituzioni alla legislazione. Da mantenere sarebbe anche la decentralizzazione esistente del monopolio statale della forza così come l’implementazione delle leggi a livello di ciascuno Stato nazionale, cioè la rinuncia a un autonomo livello di amministrazione federale. L’idea di una sovranità (con)divisa all’origine fisserebbe naturalmente solo il corso per una tale ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e le istituzioni europee, mentre lascerebbe un margine considerevole per la concreta configurazione degli organi statali e la divisione dei poteri a livello europeo. Si dovrebbe discutere su come gli elementi conosciuti delle democrazie parlamentari e presidenziali nonché del consociativismo possono essere assemblati, in modo tale che venga tenuto conto al meglio delle realtà europee dal punto di vista normativo di una comunità politica sopranazionale democratica e capace di agire. [81]

BIBLIOGRAFIA.

Bogdandy, A. v., & Venzke, I. (2010). Zur Herrschaft internationaler Gerichte. Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, LXX, 1-49.

- Bogdandy, A. v., Dann, P., & Goldmann, M. (2008). Developing the Publicness of Public International Law. Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, IX, 1375-1400.
- Bohman, J., & Rehg, W. (Eds.). (1997). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press.
- Habermas, J. (2012). Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas. In J. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay* (pp. 39-96). Berlin: Suhrkamp.
- Kant, I. (1968). Einleitung in die Rechtslehre. In I. Kant, & W. Weischedel (Ed.), *Werkausgabe. Band VIII. Die Metaphysik der Sitten* (pp. 336-346). Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Krisch, N. (2012). Global Governance as Public Authority. An Introduction. *International Journal of Constitutional Law*, X(4), 976-987.
- Lafont, C. (2008). Alternative Visions of a New Global Order. What Should Cosmopolitans Hope For? *Ethics & Global Politics*, I(1-2), 41-60.
- Niesen, P. (Ed.). (2012). *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*. Frankfurt a. M.: Campus Verlag.
- Offe, C. (2013). Participatory Inequality in the Austerity State. A Supply-Side Approach. In W. Streeck, & A. Schäfer (Eds.), *Politics in the Age of Austerity* (pp. 196-218). Cambridge-Malden: Polity Press.
- Peters, A. (2006). *Völkerrecht*. Zürich: Schultheiss.
- Rummens, S. (2012). Staging Deliberation. The Role Representative Institutions in the Deliberative Democratic Process. *The Journal of Political Philosophy*, XX(1), 23-44.

BIBLIOGRAFIA

- Achenbach, J. v. (2014). *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union. Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer.
- Achenbach, J. v. (2017). The European Parliament as a Forum of National Interest? A Transnationalist Critique of Jürgen Habermas' Reconstruction of Degressive Proportionality. *Journal of Common Market Studies*, LV(2), 193-202.
- Agamben, G. (2007). *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II*, 2. Vicenza: Neri Pozza.
- Agamben, G. (2015). *Stasis. La guerra civile come paradigma politico. Homo sacer, II*, 2. Torino: Bollati Boringhieri.
- Allegri, G., & Bronzini, G. (2014). *Il tempo delle costituzioni*. Roma: Manifestolibri.
- Ampola, M., & Corchia, L. (2007). *Dialogo su Jürgen Habermas. Le trasformazioni della modernità*. Pisa: ETS.
- Atripaldi, V., & Miccù, R. (2004). La costituzione europea "multilivello" tra garanzie di omogeneità e identità plurali. In R. Miccù, & I. Pernice (A cura di), *The European Constitution in the Making* (p. 53-92). Baden-Baden: Nomos.
- Azzariti, G. (2013). *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Roma-Bari: Laterza.
- Balibar, É. (2004). *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo stato, il popolo*. Roma: Manifestolibri.
- Balibar, É. (2012). *Cittadinanza*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Balibar, É. (2016). *Crisi e fine dell'Europa*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Barents, R. (2012). The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism. In M. Avbelj, & J. Komárek (A cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (p. 153-184). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Bauman, Z. (2004). *Europe. An Unfinished Adventure*. Cambridge: Polity.
- Beaud, O. (1994). *La puissance de l'État*. Paris: PUF.
- Beaud, O. (1996). Föderalismus und Souveränität. Bausteine zu einer verfassungsrechtlichen Lehre der Föderation. *Der Staat*, XXXV(1), 45-66.
- Beaud, O. (1996). La fédération entre l'Etat et l'Empire. In A. Allain, M. Dupont, & M. Hearn (A cura di), *Les fédéralismes* (p. 33-58). Paris: Septentrion Presses Universitaires.
- Beaud, O. (1998). Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération. *Revue du droit public*(1), 83-122.
- Beaud, O. (1999). Fédéralisme et fédération en France: histoire d'un concept impensable? *Annales de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg*, III, 7-82.
- Beaud, O. (1999). La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération. In J.-F. Kervégan, & H. Mohnhaupt (A cura di), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie* (p. 197-270). Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann.
- Beaud, O. (2007). *Théorie de la fédération*. Paris: PUF.

- Beaud, O. (2010). La Fédération comme forme politico-juridique. In G. Duso, & A. Scalone (A cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali* (p. 19-47). Monza: Polimetrica.
- Beaud, O. (2016). La répartition des compétences dans une Fédération. Essai de reformulation du problème. *Jus Politicum*(16), 179-206.
- Beaud, O., Lechevalier, A., Pernice, I., & Strudel, S. (2004). *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique de la Convention*. Bruxelles: Bruylant.
- Beck, U. (2000). *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*. Bologna: Mulino.
- Beck, U., & Grande, E. (2006). *L'Europa cosmopolitica*. Roma: Carocci.
- Beck, U., Bonss, W., & Lau, C. (2003). The Theory of Reflexive Modernization. Problematic, Hypotheses and Research Programme. *Theory, Culture & Society*, XX(2), 1-33.
- Bertolissi, M., Duso, G., & Scalone, A. (A cura di). (2008). *La costituzione e il problema della pluralità*. Monza: Polimetrica.
- Bin, R., Caretti, P., & Pitruzzella, G. (2015). *Profili costituzionali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino.
- Biral, A. (1987). Rivoluzione e costituzione: la Costituzione del 1791. *Filosofia Politica*, I(1), 57-75.
- Biral, A. (1991). Per una storia della sovranità. *Filosofia politica*, V(1), 5-50.
- Biral, A. (1999). Hobbes: la società senza governo. In A. Biral, *Storia e critica della filosofia politica moderna* (p. 83-142). Milano: Franco Angeli.
- Böckenförde, E.-W. (1976). *Staat und Gesellschaft*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Böckenförde, E.-W. (1991). *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Böckenförde, E.-W. (1996). Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale. In G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, & J. Luther (A cura di), *Il futuro della costituzione* (p. 231-252). Torino: Einaudi.
- Böckenförde, E.-W. (1999). *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Böckenförde, E.-W. (2010). *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa Unita*. Roma-Bari: Laterza.
- Bogdandy, A. v. (1993). Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus. Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatstheoretischer Perspektive. *Integration*, XVI(4), 210-224.
- Bogdandy, A. v. (1999). *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*. Baden-Baden: Nomos.
- Bogdandy, A. v. (2009). Grundprinzipien. In A. v. Bogdandy, & J. Bast (A cura di), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge. 2.,*

- vollständig aktualisierte und erweiterte Auflage (p. 13-71). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Bogdandy, A. v. (2011). *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Bogdandy, A. v., & Bast, J. (2009). *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge. 2., vollständig aktualisierte und erweiterte Auflage*. (A. v. Bogdandy, & J. Bast, A cura di) Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Bogdandy, A. v., & Dellavalle, S. (A cura di). (2010). *Paradigmi dell'ordine*. Torino: Trauben.
- Bogdandy, A. v., & Habermas, J. (2013). Diskurstheorie und Völkerrecht. Ein Interview mit Jürgen Habermas. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, LXXIII, 295-303.
- Brandalise, A. (2003). *Categorie e figure. Metafore e scrittura nel pensiero politico*. Padova: Unipress.
- Brandalise, A. (2006). Democrazia e decostituzionalizzazione. *Filosofia politica*, XX(3), 403-414.
- Bredenkamp, H. (2012). *Thomas Hobbes. Der Leviathan. Das Urbild des modernen Staates*. Berlin: Akademie Verlag.
- Brunkhorst, H. (2002). Verfassung ohne Staat? Das Schicksal der Demokratie in der europäischen Rechtsgenossenschaft. *Leviathan*, XXX(4), 530-543.
- Brunkhorst, H. (2004). A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution. In E. O. Eriksen, J. E. Fossum, & A. J. Menendez, *Developing a Constitution for Europe* (p. 90-108). London and New York: Routledge.
- Brunkhorst, H. (2008). *Habermas*. Firenze: Firenze University Press.
- Brunner, O. (1992). *Storia sociale dell'Europa nel Medioevo*. Bologna: Mulino.
- Brunner, O. (2000). *Per una nuova storia costituzionale e sociale*. Milano: Vita e Pensiero.
- Callies, C. (A cura di). (2007). *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Beiträge der Ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Cantaro, A. (2003). *Europa sovrana. La costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*. Bari: Dedalo.
- Carrino, A. (2002). *L'Europa e il futuro delle costituzioni*. Torino: Giappichelli.
- Carrino, A. (2005). *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*. Bari: Edizioni Dedalo.
- Ceppa, L. (2004). Occidente diviso e cosmopolitismo. *Teoria politica*, XVIII(2), 193-200.
- Ceppa, L. (2009). *Il diritto della modernità. Saggi habermasiani*. Torino: Trauben.
- Cheneval, F. (2011). *The Government of the Peoples: On the Idea and Principles of Multilateral*. New York: Palgrave Macmillan.

- Cheneval, F. (2013). Demoi-cracy. The democracy of democracies. In N. Democracy, H. Kriesi, & L. Müller, *Democracy: An ongoing challenge* (p. 492-496). Zürich: Lars Müller Publishers.
- Cheneval, F., & Nicolaidis, K. (2016). The social construction of demoi-cracy in the European union. *European Journal of Political Theory*, XVI(2), 235-260.
- Cheneval, F., & Schimmelfennig, F. (2012). The Case for Demoi-cracy in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, LI(2), 334–350.
- Cheneval, F., Lavenex, S., & Schimmelfennig, F. (2015). Demoi-cracy in the European Union: principles, institutions, policies. *Journal of European Public Policy*, XXII, 1-18.
- Cheneval, F., Lavenex, S., & Schimmelfennig, F. (A cura di). (2017). *European Democracy As Demoi-Cracy*. New York: Routledge.
- Chignola, S., & Duso, G. (A cura di). (2005). *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*. Milano: Fanco Angeli.
- Chignola, S., & Duso, G. (A cura di). (2008). *Storia dei concetti e filosofia politica*. Milano: Franco Angeli.
- Chignola, S., & Mezzadra, S. (2008). Gli spazi d'Europa. Aporie del processo di costituzionalizzazione e pratiche di libertà. *Rassegna di diritto pubblico europeo*, VII(1), 129-148.
- Cohen, J. L. (2012). *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Colliot-Thélène, C. (2011). *La Démocratie sans «Demos»*. Paris: PUF.
- Daniels, D. v. (2015). Zur Verfassung Europas. *Jahrbuch Politisches Denken*, XXV, 101-122.
- Della Cananea, G. (2010). Is European Constitutionalism Really "Multilevel"? *ZaöRV*, LXX, 283-317.
- Dellavalle, S. (2002). *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*. Milano: Giuffrè.
- Dellavalle, S. (2014). Il costituzionalismo postnazionale. Varianti di un progetto per il futuro. In G. Azzariti, & S. Dellavalle, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale* (p. 37-83). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Dickson, J., & Eleftheriadis, P. (A cura di). (2012). *Philosophical Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Dobner, P., & Loughlin, M. (A cura di). (2010). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford, New York: Oxford University Press.
- Duso, G. (1992). Althusius e l'idea federalista. *Quaderni fiorentini*, XXI, 611-622.
- Duso, G. (1996). Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e della costituzione del regno. *Quaderni fiorentini*, XXV, 65-126.
- Duso, G. (A cura di). (1999). *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*. Roma: Carocci.
- Duso, G. (2002). L'Europa e la fine della sovranità. *Quaderni Fiorentini*, XXXI, 109-139.

- Duso, G. (2002). Tra Unione europea e forma-Stato: pensare il federalismo. In A. Carrino (A cura di), *L'Europa e il futuro della politica* (p. 199-233). Milano: Società libera.
- Duso, G. (2003). *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*. Milano: Franco Angeli.
- Duso, G. (2004). Crisi della sovranità: crisi dei diritti? In A. Carrino (A cura di), *Diritto e politica nell'età dei diritti* (p. 89-110). Napoli: Guida.
- Duso, G. (2004). Regionale Identität: eine neue politische Bedeutung. In A. Pasinato (A cura di), *Heimatsuche: Regionale Identität im österreichisch-italienischen Alpenraum* (p. 21-34). Würzburg: Königshausen & Neumann.
- Duso, G. (2005). Perché leggere oggi Althusius? In C. Malandrino, & F. Ingravalle (A cura di), *Il lessico della politica di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice* (p. 39-60). Firenze: Leo S. Olschki.
- Duso, G. (2005). Quali concetti politici per l'Europa? *Scienza & Politica*(33), 39-56.
- Duso, G. (A cura di). (2006). *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*. Milano: Franco Angeli.
- Duso, G. (2007). *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*. Monza: Polimetrica.
- Duso, G. (2008). Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato? (M. Bertolissi, G. Duso, & A. Scalone, A cura di) 183-210.
- Duso, G. (2009). Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo. *Quaderni fiorentini, XXXVIII - Tomo II*, 1881-1897.
- Duso, G. (2010). Pensare il federalismo: tra categorie e costituzione. In G. Duso, & A. Scalone (A cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali* (p. 73-118). Monza: Polimetrica.
- Duso, G. (2012). Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica. *Quaderni fiorentini, XLI*, 9-47.
- Duso, G., & Scalone, A. (A cura di). (2010). *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*. Monza: Polimetrica.
- Eriksen, E. O. (2014). *The Normativity of the European Union*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Eriksen, E. O., Fossum, J. E., & Menéndez, A. (A cura di). (2004). *Developing a Constitution for Europe*. London: Routledge.
- Esposito, R. (2016). *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*. Torino: Einaudi.
- Everling, U. (1994). Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Bedeutung für die Entwicklung der Europäischen Union. *Integration, XVII*(3), 165-175.
- Ferrarese, M. R. (2006). *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferry, J.-M. (2000). *La question de l'Etat européen*. Paris: Gallimard.
- Fiaschi, G. (A cura di). (2008). *Governance: oltre lo Stato*. Soveria Mannelli: Rubbettino.

- Fiaschi, G. (2008). Pubblico e privato: oltre la grande dicotomia moderna? In G. Fiaschi (A cura di), *Governance: oltre lo Stato?* (p. 29-59). Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Fiaschi, G. (2014). *Il desiderio del Leviatano. Immaginazione e potere in Thomas Hobbes*. Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Fioravanti, M. (1995). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. Torino: Giappichelli.
- Fioravanti, M. (2009). *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza.
- Fioravanti, M. (2011). Stato e costituzione. In M. Fioravanti (A cura di), *Lo Stato moderno in Europa* (p. 3-36). Roma-Bari: Laterza.
- Fischer, J. (2000, Maggio 12). *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration. "Humboldt-Rede"*. Tratto da <http://www.europa.clio-online.de/quelle/id/artikel-3231>
- Fossum, J. E., & Menéndez, A. J. (2011). *The Constitution's Gift. A Constitutional Theory for a Democratic European Union*. Lanham: Rowman & Littlefield.
- Franzius, C. (2010). *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Franzius, C. (2015). Das "Wir der Anderen" in Europa. Wer ist das demokratische Subjekt in Europa? In C. Franzius, & T. Stein (A cura di), *Recht und Politik. Zum Staatsverständnis von Ulrich K. Preuß* (p. 171-192). Baden-Baden: Nomos.
- Franzius, C., Mayer, F. C., & Neyer, J. (A cura di). (2010). *Strukturfragen der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos.
- Fraser, N. (2014). Transnationalizing the Public Sphere. On the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World. In K. Nash (A cura di), *Transnationalizing the Public Sphere* (p. 8-42). Cambridge: Polity Press.
- Galli, C. (1996). *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Bologna: Il Mulino.
- Galli, C. (2001). *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*. Bologna: Mulino.
- Gaus, D. (2014). Demoi-kratie ohne Demos-kratie – welche Polity braucht eine demokratische EU? In O. Flügel-Martinsen, D. Gaus, T. Hitzel-Cassagnes, & F. Martinsen (A cura di), *Deliberative Kritik - Kritik der Deliberation. Festschrift für Rainer Schmalz-Bruns* (p. 297-322). Wiesbaden: Springer.
- Goldoni, M. (2009). *La dottrina costituzionale di Sieyès*. Firenze: Firenze University Press.
- Gozi, S. (2011). *Il governo dell'Europa*. Bologna: Il Mulino.
- Grimm, D. (1987). *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (1988). *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (1991). *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (1992, 10 19). Der Mangel an europäischer Demokratie. *Der Spiegel*(43), p. 57-58.

- Grimm, D. (1995a). *Braucht Europa eine Verfassung?* München: Carl Friedrich von Siemens Stiftung.
- Grimm, D. (1995b). Braucht Europa eine Verfassung? *JuristenZeitung*, L(12), 581-591.
- Grimm, D. (1996). Il futuro della costituzione. In G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, & J. Luther, *Il futuro della costituzione* (p. 129-163). Torino: Einaudi.
- Grimm, D. (1996). Una costituzione per l'Europa? In G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, & J. Luther, *Il futuro della costituzione* (p. 339-367). Torino: Einaudi.
- Grimm, D. (2001). Bedingungen demokratischer Rechtsetzung. In K. Günther, & L. Wingert (A cura di), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas* (p. 489-506). Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (2001). *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*. München: C. H. Beck.
- Grimm, D. (2004). Trattato o costituzione? *Quaderni costituzionali*, XXIV(1), 163-166.
- Grimm, D. (2009). *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*. Berlin: Berlin University Press.
- Grimm, D. (2010). The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In P. Dobner, & M. Loughlin (A cura di), *The Twilight of Constitutionalism* (p. 3-22). Oxford: Oxford University Press.
- Grimm, D. (2012). Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt. In D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II* (p. 315-344). Berlin: Suhrkamp.
- Grimm, D. (2012). *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (2012). Types of Constitutions. In M. Rosenfeld, & A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (p. 98-132). Oxford: Oxford University Press.
- Grimm, D. (2016). *Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*. München: C. H. Beck.
- Grimm, D. (2016). The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In D. Grimm, *Constitutionalism. Past, Present, and Future* (p. 357-376). Oxford: Oxford University Press.
- Grimm, D. (2017). »Ich bin ein Freund der Verfassung«. *Wissenschaftsbiographisches Interview von Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach mit Dieter Grimm*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Grossi, P. (2003). Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la "Carta di Nizza", il progetto di "costituzione europea", e le insoddisfazioni di uno storico del diritto). *Jus: rivista di scienze giuridiche*(3), 405-422.
- Grossi, P. (2007). *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè.
- Grossi, P. (2009). *L'Europa del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Grossi, P. (2014). *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza.

- Häberle, P. (1995). Die Europäische Verfassungsstaatlichkeit. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, LXXVIII(3), 298-312.
- Häberle, P., & Kotzur, M. (2016). *Europäische Verfassungslehre*. Baden-Baden: Nomos.
- Habermas, J. (1973). *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1985). *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1990 [1962]). *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1992). *Morale, diritto, politica*. Torino: Einaudi.
- Habermas, J. (1996). *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1996). Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm. In G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, & J. Luther (A cura di), *Il futuro della costituzione* (p. 369-375). Torino: Einaudi.
- Habermas, J. (1997 [1985]). *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (1997 [1996]). *Solidarietà tra estranei. Interventi su "Fatti e norme"*. Milano: Guerini e Associati.
- Habermas, J. (1998 [1992]). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1998 [1996]). *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*. Milano: Feltrinelli.
- Habermas, J. (1998). *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1998). Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung. In U. Beck (A cura di), *Politik der Globalisierung* (p. 67-84). Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1999 [1998]). *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*. Milano: Feltrinelli.
- Habermas, J. (2001, 04 13). Pas d'Europe sans constitution commune! *Le Point*, p. 1491.
- Habermas, J. (2001). *Zeit der Übergänge. Kleine Politische Schriften IX*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2004 [2001]). *Tempo di passaggi*. Milano: Feltrinelli.
- Habermas, J. (2004). *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2005). *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2007 [2004]). *L'Occidente diviso*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2007). Kommunikative Rationalität und grenzüberschreitende Politik: eine Replik. In P. Niesen, & B. Herborth (A cura di), *Anarchie der kommunikativen*

- Freiheit. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik* (p. 406-459). Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2008 [2005]). *Tra scienza e fede*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2008). *Ach, Europa. Kleine Politische Schriften XI*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2009). *Philosophische Texte. Band. 4. Politische Theorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2011 [2008]). *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa. Saggi*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2011). *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*. Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2012 [2011]). *Questa europa è in crisi*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2012). Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas. In J. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay* (p. 39-96). Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2012). La crisi dell'Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Saggio sulla costituzione dell'Europa. In J. Habermas, *Questa Europa è in crisi* (p. 33-98). Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2012). *Nachmetaphysisches Denken. Aufsätze und Repliken*. Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2013 [1992]). *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2013). *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII*. Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2013). Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. In J. Habermas, *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII* (p. 67-81). Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2013). *The Crisis of the European Union. A Response*. Cambridge: Polity.
- Habermas, J. (2014). *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2014). Per una democrazia transnazionale. *Micromega*, 3, 12-27.
- Habermas, J. (2014). Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist. *Leviathan*, XLII(4), 524-538.
- Habermas, J. (2014). Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen. Eine Notiz aus Anlass der Frage nach der Legitimität der ungleichen Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament. *Der Staat*, LIII(2), 167-192.
- Habermas, J. (2015). Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible. *European Law Journal*, XXI(4), 546-557.
- Habermas, J. (2015). Der Demos der Demokratie - eine Replik. *Leviathan*, XLIII(2), 145-154.

- Habermas, J. (2015). Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea in una democrazia transnazionale. *Phenomenology and Mind*(8), 26-38.
- Habermas, J. (2015). *Verbalizzare il sacro. Sul lascito religioso della filosofia*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, J. (2017). Citizen and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the Pouvoir Constituant Mixte. *Journal of Common Market Studies*, LV(2), 1-12.
- Hardt, M., & Negri, A. (2010). *Comune. Oltre il pubblico e il privato*. Milano: Rizzoli.
- Hegel, G. W. (2010 [1821]). *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*. Roma-Bari: Laterza.
- Hobbes, T. (2011 [1651]). *Leviatano*. Milano: Bur.
- Hofmann, H. (1991). Il contenuto politico delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo. *Filosofia politica*, V(2), 373-397.
- Hofmann, H. (1997). La dottrina classica del contratto sociale e il "neo-contrattualismo". *Filosofia politica*, XI(3), 445-467.
- Hofmann, H. (1999). Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung? *JuristenZeitung*, LIV(22), 1065-1074.
- Hofmann, H. (2004). Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs. In A. Blankenagel, I. Pernice, & H. Schulze-Fielitz (A cura di), *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag* (p. 157-171). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hofmann, H. (2005). Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione. In S. Chignola, Duso, & Giuseppe (A cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa* (p. 227-237). Milano: Franco Angeli.
- Hofmann, H. (2008). Il modello della costituzione statale e i suoi punti critici. In M. Bertolissi, G. Duso, & A. Scalone (A cura di), *La costituzione e il problema della pluralità* (p. 21-28). Monza: Polimetrica.
- Hofmann, H. (2009). *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della costituzione*. Napoli: Guida.
- Hofmann, H. (2014). Über Volkssouveränität. Eine begriffliche Sondierung. *Juristen Zeitung*, LXIX(18), 862-868.
- Hommelhoff, P., & Kirchhof, P. (A cura di). (1994). *Der Staatenverbund der Europäischen Union: Beiträge und Diskussionen des Symposiums am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Jaume, L. (1986). *Hobbes et l'État représentatif moderne*. Paris: PUF.
- Jestaedt, M. (2007). Der Europäische Verfassungsverbund. Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation. In C. Callies (A cura di), *Verfassungswandel im europäischen Staatebund und Verfassungsverbund. Beiträge der Ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006* (p. 93-127). Tübingen: Mohr Siebeck.

- Kahl, B. (1994). Europäische Union: Bundesstaat - Staatenbund- Staatenverbund? Zum Urteil des BVerfG vom 12. Oktober 1993. *Der Staat*, XXXIII(2), 241-258.
- Kaiser, A.-B. (2011). Ist die Begriffsgeschichte noch zu retten? Ein Wiederbelebungsversuch. *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*(19), 142-151.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer.
- Kirchhof, P. (1992). Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration. In J. Isensee, & P. Kirchhof (A cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VII* (p. 855-887). Heidelberg: C.F. Müller.
- Kirchhof, P. (1993). Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland. In J. Isensee (A cura di), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form* (p. 63-101). Duncker & Humblot: Berlin.
- Kirchhof, P. (2009). Der europäische Staatenverbund. In A. V. Bogdandy, & J. Bast (A cura di), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (p. 1009-1043). Berlin-Heidelberg: Springer.
- Kirchhof, P., & Ehlermann, C.-D. (A cura di). (1991). *Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Koller, P., & Hiebaum, C. (A cura di). (2016). *Jürgen Habermas. Faktizität und Geltung*. Berlin: De Gruyter.
- Kriele, M. (1994). *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates. 5., überarbeitete Auflage*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Kumm, M. (2009). The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. In J. L. Dunoff, & J. P. Trachtman (A cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (p. 258-325). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kumm, M. (2010). The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia. In P. Dobner, & M. Loughlin (A cura di), *The Twilight of Constitutionalism?* (p. 201-219). Oxford, New York: Oxford University Press.
- Kumm, M. (2012). The Moral Point of Constitutional Pluralism. Defining the Domain of Legitimate Institutional Civil Disobedience and Conscientious Objection. In J. Dickson, & P. Eleftheriadis (A cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law* (p. 216-246). Oxford: Oxford University Press.
- Lacroix, J. (2009). Does Europe Need Common Values? Habermas vs Habermas. *European Journal of Political Theory*, VIII(2), 141-156.
- Lacroix, J., & Nicolaidis, K. (2010). *European Stories: Intellectual Debates on Europe in National Contexts*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Leibholz, G. (1989 [1929]). *La rappresentazione nella democrazia*. Milano: Giuffrè.
- Lieber, T. (2007). *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Lo Giudice, A. (2011). *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*. Torino: Giappichelli.
- Loughlin, M., & Walker, N. (A cura di). (2007). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Mancini, G. F. (1998). Europe: The Case for Statehood. *European Law Journal*, IV(1), 29-42.
- Mancini, G. F. (2004). *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino.
- Marramao, G. (2003). *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Marramo, G. (1995). *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*. Torino: Giappichelli.
- Mayer, F. C., & Wendel, M. (2012). Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism. Querelle Allemande or Querelle d'Allemand? In M. Avbelj, & J. Komárek (A cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (p. 127-152). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- McGrew, A. (1997). Globalisation and Territorial Democracy: an Introduction. In A. McGrew (A cura di), *The Transformation of Democracy? Globalisation and Territorial Democracy* (p. 1-24). Cambridge: Polity Press.
- McGrew, A. (1997). *The Transformation of Democracy? Globalization and Territorial Democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Menéndez, A. J., & Fossum, J. E. (2012). *La peculiare costituzione dell'Europa*. Firenze: Firenze University Press.
- Menke, C. (2015). *Kritik der Rechte*. Berlin: Suhrkamp.
- Mezzadra, S. (2011). (Ri)pensare il federalismo nella crisi della forma politica moderna. *Quaderni fiorentini*, XL, 1129-1149.
- Mezzadra, S. (2013). Seizing Europe – Crisis Management, Constitutional Transformations, Constituent Movements. In C. Ydesen, & O. G. Agustin (A cura di), *Post-Crisis Perspectives. The Common and Its Powers* (p. 99-118). Frankfurt a. M.: Peter Lang.
- Mohnhaupt, H., & Grimm, D. (1995). *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Möller, K. (2015). *Formwandel der Verfassung. Die postdemokratische Verfasstheit des Transnationalen*. Bielefeld: Transcript.
- Morgan, G. (2005). *The Idea of a European Superstate. Public Justification and European Integration*. New Jersey: Princeton University Press.
- Müller, J.-W. (2007). *Constitutional Patriotism*. Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- Nanz, P. (2009). *Europolis. Un'idea controcorrente di integrazione politica*. Milano: Feltrinelli.

- Nicolaïdis, K. (2003). Our European Demoi-cracy. Is this Constitution a Third Way for Europe? In K. Nicolaïdis, & S. Weatherill, *Whose Europe? National Models and the Constitution of the European Union* (p. 137-152). Oxford: Oxford University Press.
- Nicolaïdis, K. (2007). The new constitution as european 'demoi-cracy'? *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, VII(1), 76-93.
- Nicolaïdis, K. (2012). The Idea of European Demoi-cracy. In J. Dickson, & P. Eleftheriadis (A cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law* (p. 247-274). Oxford: Oxford University Press.
- Nicolaïdis, K. (2013). European Demoi-cracy and its Crisis. *Journal of Common Market Studies*, LI(2), 351-369.
- Nicolaïdis, K., & Howse, R. (2002). *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the US and EU*. Oxford: Oxford University Press.
- Niesen, P. (2016). Der pouvoir constituant mixte als Theorie der Föderation. In E. M. Hausteiner (A cura di), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates* (p. 207-234). Baden-Baden: Nomos.
- Niesen, P. (2017). The 'Mixed' Constituent Legitimacy of the European Federation. *Journal of Common Market Studies*, LV(2), 183-192.
- Oeter, S. (1995). Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, LV, 659-712.
- Oeter, S. (1999). Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, LIX, 901-917.
- Oeter, S. (2016). »Föderation« oder »Bund« als Oberbegriff. Erscheinungsformen des Föderalen jenseits von Bundesstaat und Staatenbund. In E. M. Hausteiner (A cura di), *Föderalismen* (p. 235-266). Baden-Baden: Nomos.
- Ortino, S. (1993). *Introduzione al diritto costituzionale federativo*. Torino: Giappichelli.
- Pasquino, P. (1987). Sieyes, Constant e il «governo dei moderni». Contributo alla storia del concetto di rappresentanza politica. *Filosofia politica*, I(1), 77-98.
- Pasquino, P. (1989). Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della rivoluzione: E.J. Sieyès. In F. Furet (A cura di), *L'eredità della Rivoluzione francese* (p. 297-321). Roma-Bari: Laterza.
- Pasquino, P. (1998). *Sieyes et l'invention de la constitution en France*. Paris: Éditions Odile Jacob.
- Pasquino, P. (2008). Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple. In V. Denis, P.-Y. Quiviger, & J. Salem (A cura di), *Figures de Sieyès* (p. 13-23). Paris: Publications de la Sorbonne.
- Pasquino, P. (2011). Le pouvoir constituant, le gouvernement limité et ses origines dans le Nouveau Monde. In O. Cayla, & P. Pasquino (A cura di), *Le pouvoir constituant et l'Europe* (p. 49-60). Paris: Dalloz.
- Patberg, M. (2013). Constituent Power beyond the State: An Emerging Debate in International Theory. *Millenium- Journal of International Studies*, XLII(1), 1-15.

- Patberg, M. (2014). Suprastaatliche Verfassungspolitik und die Methode der rationalen Rekonstruktion. *Der Staat*, *LIII*(3), 401-423.
- Patberg, M. (2016). Against Democratic Intergovernmentalism: The Case for a Theory of Constituent Power in the Global Realm. *International Journal of Constitutional Law*, *XIV*(3), 622-638.
- Patberg, M. (2017). The Levelling Up of Constituent Power in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, 1-10. doi:10.1111/jcms.12516
- Perju, V. (2017 Forthcoming). Double Sovereignty in Europe? A Critique of Habermas's Defense of the Nation-State. *Texas International Law Journal*, *LIII*, 1-44. Tratto da <https://ssrn.com/abstract=2932477>
- Pernice, I. (1993). Maastricht, Staat und Demokratie. *Die Verwaltung*, *XXVI*, 449-488.
- Pernice, I. (1995). Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration. *Archiv des öffentlichen Rechts*, *CXX*, 100-120.
- Pernice, I. (1995). Deutschland in der Europäischen Union. In J. Isensee, & P. Kirchhof (A cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VIII* (p. 225-280). Heidelberg: C.F. Müller.
- Pernice, I. (1996). Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund. *Europarecht*(XXXI), 27-43.
- Pernice, I. (1998). Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and "Multilevel Constitutionalism". In E. Riedel (A cura di), *German Reports on Public Law. Presented to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol 26 July to 1 August 1998* (p. 40-66). Baden-Baden: Nomos.
- Pernice, I. (1999). Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European Constitution-Making Revisited? *Common Market Law Review*, *XXXVI*, 703-750.
- Pernice, I. (2000). *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund. Antrittsvorlesung*. Berlin: Humboldt-Universität zu Berlin. Tratto il giorno 08 11, 2017 da <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/2254/Pernice.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Pernice, I. (2001). Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Bericht. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, *LX*, 148-193. Tratto il giorno 08 11, 2017 da <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper1301.pdf>
- Pernice, I. (2002). Multilevel Constitutionalism in the European Union. *European Law Review*, *XXVII*, 511-529. Tratto il giorno 08 11, 2017 da <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>
- Pernice, I. (2002). Sovranità, diritti umani e costituzione europea. In A. Carrino (A cura di), *L'Europa e il futuro della Politica* (p. 89-110). Milano: Società Libera.
- Pernice, I. (2003). Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft. In M. Zuleeg (A cura di), *Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas. Referate zu Ehren von Walter Hallstein* (p. 56-70). Baden-Baden: Nomos.

- Pernice, I. (2004). Eine Rechtsgemeinschaft. Die neue Verfassungsgrundlage für die Europäische Union. In O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice, & S. Strudel (A cura di), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention* (p. 141-152). Bruxelles: Emile Bruylant.
- Pernice, I. (2004). Elements and Structures of the European Constitution. In R. Miccù, & I. Pernice (A cura di), *The European Constitution in the Making* (p. 21-33). Baden-Baden: Nomos.
- Pernice, I. (2004). Peter Häberle: Der Europäische Jurist. In A. Blankenagel, I. Pernice, & H. Schulze-Fielitz (A cura di), *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag* (p. 3-13). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Pernice, I. (2005). Zur Finalität Europas. In G. F. Schuppert, I. Pernice, & U. Haltern (A cura di), *Europawissenschaft* (p. 743–792). Baden-Baden: Nomos. Tratto il giorno 08 11, 2017 da <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0605.pdf>
- Pernice, I. (2006). The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism. A Legal Response to the Challenges of Globalisation. In AA.VV. (A cura di), *Völkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law/Festschrift für/Essays in Honour of Christian Tomuschat* (p. 973-1006). Kehl, Strasbourg, Arlington: N.P. Engel.
- Pernice, I. (2007). Europawissenschaft oder Staatsrechtslehre? Eigenarten und Eigenständigkeit der Europarechtslehre. (H. Schulze-Fielitz, A cura di) *Die Verwaltung, Staatsrechtslehre als Wissenschaft*(Beiheft 7), 225-251.
- Pernice, I. (2007). Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes. In C. Callies (A cura di), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Beiträge der Ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006* (p. 61-92). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Pernice, I. (2009). The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in Action. *Columbia Journal of European Law*, XV(3), 349-407.
- Pernice, I. (2010). Verfassungsverbund. In C. Franzius, F. C. Mayer, & J. Neyer (A cura di), *Strukturfragen der Eu-ropäischen Union. Recht und Politik für das Europäische Gemeinwesen* (p. 102-118). Baden-Baden: Nomos.
- Pernice, I. (2011). Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union. *Archiv des öffentlichen Rechts*, CXXXVI, 185-221.
- Pernice, I. (2011). Does Europe Need a Constitution? Achievements and Challenges After Lisbon. In A. Arnull, C. Barnard, M. Dougan, & E. Spaventa (A cura di), *A Constitutional Order of States?: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (p. 75-98). Oxford: Hart Publishing. Tratto il giorno 08 11, 2017 da <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0210.pdf>
- Pernice, I. (2013). Solidarität in Europa. Eine Ortsbestimmung im Verhältnis zwischen Bürger, Staat und Europäischer Union. In C. Callies (A cura di), *Europäische Solidarität und nationale Identität. Überlegungen im Kontext der Krise im*

- Euroraum* (p. 25-56). Tübingen: Mohr Siebeck. Tratto il giorno 08 11, 2017 da http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/WHI-Paper%201-13-Solidarita%CC%88t.pdf
- Pernice, I. (2015). Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*(11), 541-562.
- Pernice, I., & Kanitz, R. (2004). Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe. *WHI-paper*(7), 2-20. Tratto il giorno 08 11, 2017 da <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0704.pdf>
- Pernice, I., & Mayer, F. C. (2000). De la constitution composée de l'Europe. <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0101.pdf>, XXXVI(4), 623-647. Tratto da <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0101.pdf>
- Pernice, I., & Mayer, F. C. (2003). La costituzione integrata dell'Europa. In G. Zagrebelsky (A cura di), *Diritti e costituzione nell'Unione Europea* (p. 43-68). Roma-Bari: Laterza.
- Pernice, I., Mayer, F. C., & Wernicke, S. (2001). Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism. *King's Law Journal*, XII(1), 61-74.
- Peters, A. (2001). *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Peters, A. (2006). The Constitutionalisation of the European Union - Without the Constitutional Treaty. In S. Puntischer Riekmann, & W. Wessels (A cura di), *The Making of a European Constitution. Dynamics and Limits of the Convention Experience* (p. 35-67). Wiesbaden: VS Verlag.
- Piccinini, M. (1999). Potere e rappresentanza in Thomas Hobbes. In G. Duso (A cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna* (p. 123-139). Roma: Carocci.
- Pizzolato, F. (2013). Rappresentanza politica e Unione Europea. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, XXIII(2), 371-400.
- Portinaro, P. P. (2007). *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*. Bologna: Il Mulino.
- Preterossi, G. (2008). I diritti alla prova del «politico». *Ragion pratica*, XXXI(2), 279-289.
- Preuss, U. K. (1994). *Revolution, Fortschritt und Verfassung*. Frankfurt a. M.: Fischer Verlag.
- Preuss, U. K. (A cura di). (1994). *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*. Frankfurt a. M.: Fischer.
- Preuss, U. K. (1995). Problems of a Concept of European Citizenship. *European Law Journal*, I(3), 267-281.
- Preuss, U. K. (2005). Europa als politische Gemeinschaft. In G. F. Schuppert, I. Pernice, & M. Bach (A cura di), *Europawissenschaft* (p. 489-539). Baden-Baden: Nomos.

- Preuss, U. K. (2010). Das Politische im Europarecht. In C. Franzius, F. C. Mayer, & J. Neyer (A cura di), *Strukturfragen der Europäischen Union* (p. 325-339). Baden-Baden: Nomos.
- Preuss, U. K. (2010). Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept? In P. Dobner, & M. Loughlin (A cura di), *The Twilight of Constitutionalism* (p. 23-46). Oxford: Oxford University Press.
- Quaritsch, H. (A cura di). (1981). *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar am 30./31. März 1981 (Der Staat, Beiheft 6)*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Rametta, G. (2006). Le "difficoltà" del potere costituente. *Filosofia politica*, XX(3), 391-402.
- Rosanvallon, P. (2006). *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, Paris 2006. Paris: Éditions du Seuil.
- Rosanvallon, P. (2008). *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Seuil.
- Rosati, M. (1995). La cittadinanza proceduralizzata di J. Habermas. *Fenomenologia e società*, XVIII(1), 129-142.
- Rosati, M. (2000). Solidarity and the sacred: Habermas's idea of solidarity in a durkheimian horizon. *Durkheimian Studies / Études Durkheimiennes*, VI, 93-103.
- Rosati, M. (2001). La solidarietà nelle società complesse. In F. Crespi, & S. Moscovici (A cura di), *Solidarietà in questione. Contributi teorici e analisi empiriche* (p. 16-81). Roma: Meltemi.
- Rosati, M. (2006). Dove poggia la solidarietà tra estranei: lutto e autenticità nell'idea habermasiana d'Europa. In F. Totaro, & L. Alici (A cura di), *Filosofi per l'Europa: differenze in dialogo* (p. 219-231). Macerata: EUM.
- Scalone, A. (2010). Federalismo e decentramento tra Schmitt e Kelsen. In G. Duso, & A. Scalone (A cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali* (p. 233-252). Monza: Polimetrica.
- Scalone, A. (2011). *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*. Monza: Polimetrica.
- Scalone, A. (2016). Le istituzioni europee: carenza di legittimazione o superamento del principio rappresentativo? *Rassegna di diritto pubblico europeo*, XV(2), 175-211.
- Scharpf, F. W. (2015). Das Dilemma der supranationalen Demokratie in Europa. *Leviathan*, XLIII(1), 11-28.
- Scharpf, F. W. (2015). Deliberative Demokratie in der europäischen Mehrebenenpolitik - eine zweite Replik. *Leviathan*, XLIII(2), 155-165.
- Schiera, P. (2004). *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*. Bologna: CLUEB.
- Schmidt, R. (2012). *Vefassungskultur und Verfassungssoziologie. Politischer und rechtlicher Konstitutionalismus in Deutschland im 19. Jahrhundert*. Wiesbaden: Springer.
- Schmitt, C. (1984 [1928]). *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè.

- Schmitt, C. (1993 [1928]). *Verfassungslehre*. Berlin: Duncke & Humblot.
- Schönberger, C. (2004). Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas. *Archiv des öffentlichen Rechts*, CXXIX, 81-120.
- Schönberger, C. (2005). *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrechtin vergleichender Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schönberger, C. (2010). Bundeslehre und Europäische Union. In C. Franzius, F. C. Mayer, & J. Neyer (A cura di), *Strukturfragen der Europäischen Union* (p. 87-96). Baden-Baden: Nomos.
- Schütze, R. (2009). *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*. London-NewYork: Oxford University Press.
- Schütze, R. (2009). On "Federal" Ground: The European Union as an (Inter)National Phenomenon. *Common Market Law Review*, XLVI, 1069-1105.
- Schütze, R. (2012). *An Introduction to European Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schütze, R. (2012). *European Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Scoditti, E. (2001). *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*. Bari: Edizioni Dedalo.
- Scuccimarra, L. (1998). La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali. *Storica*(10), 7-99.
- Scuccimarra, L. (2003). La trasparenza del politico. Habermas e il paradigma della sfera pubblica. *Giornale di storia costituzionale*, II(6), 35-59.
- Scuccimarra, L. (2005). Uscire dal moderno. Storia dei concetti e mutamento epocale. *Storica*, XXXII, 109-135.
- Scuccimarra, L. (2012). Alla ricerca del popolo europeo. Politica e identità nel dibattito sul futuro dell'Unione. In B. Consarelli, *L'Europa "una" e "multianime": un problema ancora aperto* (p. 161-186). Padova: Cedam.
- Scuccimarra, L. (2016). Costituzionalismo e democrazia nell'epoca globale. Voci di un dibattito. *Res Publica*(15), 21-34.
- Scuccimarra, L. (2016). Sfera pubblica e costellazione post-nazionale. Leggere Strukturwandel der Öffentlichkeit nell'epoca globale. *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, XLX(2), 34-41.
- Scuccimarra, L. (2016). Vedi alla voce "costituzione". Semantiche costituzionali nell'epoca globale. *Giornale di Storia Costituzionale*, XXXII(2), 33-47.
- Siedentop, L. (2001). *La democrazia in Europa*. Torino: Einaudi.
- Sieyès, J.-E. (1993 [1789]). Che cos'è il terzo stato? In J.-E. Sieyès, & T. G. Spagnoli (A cura di), *Opere e testimonianze politiche. Tomo I. Scritti editi. Volume primo* (p. 207-298). Milano: Giuffrè.
- Sieyès, J.-E. (1993). *Opere e testimonianze politiche. Tomo I. Scritti editi* (Vol. I). Milano: Giuffrè.

- Sieyès, J.-E. (1993). *Opere e testimonianze politiche. Tomo I. Scritti editi* (Vol. II). Milano: Giuffrè.
- Stolleis, M. (1999). BOOK REVIEWS (Mohnhaupt, Heinz/Grimm, Dieter, Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien, Duncker & Humblot, Berlin 1995). *International Journal of the Classical Tradition*, V(3), 473-475.
- Teubner, G. (2012). *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp.
- Théret, B. (2005). Du principe fédéral à une typologie des fédérations. Quelques propositions. In F. Gélinas, & J.-F. Gaudreault-DesBiens (A cura di), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie* (p. 99-133). Bruxelles: Bruylant.
- Thiel, T. (2008). Braucht Europa eine Verfassung? Einige Anmerkungen zur Grimm-Habermas-Debatte. In M. Biegi, J. Förster, H. R. Otten, & T. (. Philipp, *Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert* (p. 163-179). Wiesbaden: VS Verlag.
- Tietmeyer, H., Kirchhof, P., & Schäfer, H. (1993). *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*. (J. Isensee, A cura di) Berlin: Duncker & Humblot.
- Viellechner, L. (2013). *Transnationalisierung des Rechts*. Göttingen: Velbrück.
- Wahl, R. (2003). *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Wahl, R. (2005). Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union? *JuristenZeitung*, LX(19), 916-925.
- Walker, N. (2010). Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. In S. Sankari, & K. Tuori (A cura di), *The Many Constitutions of Europe* (p. 143-167). London: Routledge.
- Weiler, J. H. (2003). *La costituzione dell'Europa*. Bologna: Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (1996). Storia e costituzione. In G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, & J. Luther (A cura di), *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (A cura di). (2003). *Diritti e costituzione nell'Unione Europea*. Roma-Bari: Laterza.
- Zagrebelsky, G., Portinaro, P. P., & Luther, J. (A cura di). (1996). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi.
- Zarka, Y. C. (A cura di). (2012). *Refaire l'Europe avec Jürgen Habermas. Une approche philosophique*. PUF: Paris.
- Zielonka, J. (2015). *Disintegrazione: Come salvare l'Europa dall'Unione europea*. Roma-Bari: Laterza.
- Zuleeg, M. (1997). What Holds a Nation Together? Cohesion and Democracy in the United States of America and in the European Union. *The American Journal of Comparative Law*, XLIII(3), 505-526.
- Zürn, M. (1998). *Regieren jenseits des Nationalstaates*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

Zürn, M., & Leibfried, S. (A cura di). (2005). *Transformations of the State?* Cambridge: Cambridge University Press.

WELCHE POLITISCHEN UND RECHTLICHEN BEGRIFFE FÜR EINE »VERFASSUNG« EUROPAS?

– ZUSAMMENFASSUNG –¹

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung sämtlicher politischer und rechtlicher Begriffe, die in der laufenden Debatte über die radikale Neuartigkeit der Europäischen Union verwendet werden. Der Ansatz der Untersuchung ist eine Begriffsgeschichte, wie sie im Rahmen der paduanischen Forschungsgruppe ausgearbeitet wurde.² Die italienische Rezeption der Begriffsgeschichte unterscheidet sich zur deutschen dahingehend, dass sie mehr durch ihren philosophischen Anspruch gekennzeichnet ist. Die italienische Begriffsgeschichte besteht in einer kritischen Analyse über die theoretischen Grundlagen der modernen Verfassung und die wesentlichen Begriffe von Souveränität und Repräsentation.³

Mein Beitrag befasst sich daher mit der kritischen Analyse von den Begriffen und Werten, mit denen die rechtliche und politische Ordnung und die Legitimation von Herrschaft gedacht und gerechtfertigt werden (d. h. diejenigen Begriffe und Werte also, die der Verfassung bzw. dem Verfassungsverfahren zugrunde liegen). Im Besonderen habe ich mich mit der Debatte über die europäische Verfassung auseinandergesetzt, um die Sinn- und Bedeutungsänderungen der damit verbundenen Begriffe zu analysieren. Das Hauptergebnis dieser Analyse ist die Problematisierung dieser Begrifflichkeit im Verhältnis zu einer Verfassung *jenseits* des Staates. Zu diesem Zweck sind Momente und Autoren gewählt worden, die besondere Relevanz in der Debatte gewonnen haben.

Der Ausgangspunkt der Arbeit ist die weit verbreitete und am meisten geteilte Auffassung, dass die derzeitigen Prozesse, die die Wirklichkeit der Europäischen Union bestimmen, einen neuartigen Charakter vorweisen, der sich mit den herkömmlichen bzw.

¹ Vorbemerkung: Die vorliegende Zusammenfassung ist nur als ein schematischer und abgekürzter Bericht der Hauptinhalte, Thesen und Ergebnisse der Dissertation zu verstehen. Es wird daher notwendigerweise auf diverse analytische Passagen, Nebenbemerkungen und bibliographische Angaben verzichtet, von denen in der originellen Fassung ausführlich Rechenschaft abgelegt wird.

² Vgl. Chignola & Duso, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, 2005; Chignola & Duso, *Storia dei concetti e filosofia politica*, 2008.

³ Vgl. insbesondere Duso, *Die moderne politische Repräsentation. Entstehung und Krise des Begriffs*, 2006.

staatsbezogenen Kategorien nicht dechiffrieren lässt.⁴ Die Notwendigkeit einer nicht-staatsbezogenen bzw. nicht-staatszentrierten Begrifflichkeit geht einher mit der Notwendigkeit eines neuen Modus zum Erfassen von Politik und Recht.⁵

Wenn man die Aufmerksamkeit auf die extensive Debatte über den europäischen Einigungsprozess lenkt, wird trotzdem deutlich, dass die Anwendung einer Begrifflichkeit, die sich aus den Erfahrungen moderner nationalstaatlicher Demokratien speist, darin eine bedeutende Rolle gespielt hat. In mehrfacher Hinsicht ist die Debatte über die europäische »Verfassung« – in die, besonders ab der Ratifizierung des Vertrags von Maastricht, auch Persönlichkeiten des kulturellen Lebens (nicht nur Juristen, sondern auch Philosophen und Politik- und Sozialwissenschaftler) verwickelt wurden – paradigmatisch gewesen.

Ein erheblicher Teil der Betrachtungen, die hinsichtlich des aktuellen Zustands der Europäischen Union gemacht und als eine Kritik dieses Zustands oder als Lösungsvorschläge formuliert werden, erscheint als eine relativ unreflektierte Umsetzung herkömmlicher Kategorien in eine Wirklichkeit, die eindeutig jenseits des geschichtlichen Erfahrungshorizontes der National-Staaten anzusehen ist. Daher stellt sich die dringende Frage, ob es die verwendeten Begriffe überhaupt noch ermöglichen ein adäquates Verständnis des aktuellen Zustands zu erlangen. Die Antwort auf diese Frage bestimmt, ob sie noch als Grundlage des politischen Herrschaftsverhältnisses gelten können, oder ob im Gegenteil ein neues kategoriales Instrumentarium zur Orientierung der Politik erforderlich ist. Genauso wichtig ist dahingehend die Bestimmung von Sinn und Form einer Verfassung *jenseits* des Staates.

Die Arbeit ist in vier Kapitel unterteilt. Jedes Kapitel ist hauptsächlich einem Autor (Dieter Grimm, Jürgen Habermas, Ingolf Pernice) oder, wie im Falle des letzten Kapitels mit der Theorie des Bundes einer interpretativen Strömung gewidmet. Trotz seiner Autonomie, muss jedes Kapitel als eine Etappe eines einheitlichen Gedankengangs verstanden werden. Jedes Kapitel stellt einen (Fort)schritt in der Problematisierung der

⁴ Vgl. u.a. Bogdandy, *Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union*, 2004, S. 1033-1052; Hofmann, *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, 2004, S. 157-171; Wahl, *Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*, 2005, S. 916-925. Diese Einsicht wird oft durch die Idee einer irreversiblen Krise des Nationalstaates und der repräsentativen Demokratie oft ergänzt. Vgl. Duso, *Repräsentative Demokratie: Entstehung, Logik und Aporien ihrer Grundbegriffe*, 2001, S. 45-80.

⁵ Vgl. beispielweise Beck & Grande, *Das kosmopolitische Europa. Gesellschaft und Politik in der zweiten Moderne*, 2004.

Materie dar. In dieser Hinsicht besteht die auslegende Erklärung zuerst darin, zu zeigen, in welcher Weise die jeweils analysierten Positionen Entwürfe einer (neuen) Begrifflichkeit sind und ob es ihnen gelingt, jenseits des nationalstaatlichen Modells zu operieren. Aporien und meiner Meinung nach ungelöste Theorieprobleme werden dabei in dialogischer (und fragender) Weise adressiert. In dieser Hinsicht will auch diese Arbeit zur Debatte über die Verfassung Europas beitragen. Ziel der vorliegenden Zusammenfassung ist es, einige der relevantesten Aspekte meiner Dissertation zu entwickeln und meinen Argumentationsleitfaden zu skizzieren.

Kurz und allgemein gefasst stellt die Europäische Union verfassungstheoretisch folgendes Problem dar: Sie fordert ein Verfassungsdenken, das das Begreifen einer politischen Einheit *ermöglicht*, gleichsam jedoch *politische* Pluralität und Unterschiedlichkeit ihrer Komponenten bewahrt. Sie verlangt eine Einheit also, in der die Pluralität der politischen Subjekte nicht neutralisiert wird, sondern mit der Verfassung strukturell kompatibel sein kann.

Die Forderung einer »pluralistischen« Einheit kulminiert in einer Frage, die auch für die vorliegende Arbeit leitend ist: Welche politischen und rechtlichen Begriffe für eine »Verfassung« Europas? Der Versuch, eine Antwort auf diese Frage zu finden, fokussiert sich auf eine Auseinandersetzung mit den allgemeinen Begriffen von »politischer Einheit« und »Demokratie« (bzw. demokratische Legitimation). Das bedeutendste Resultat der vorliegenden Arbeit besteht im Nachweis, dass die Überwindung des modernen (d.h. repräsentativen) politischen Befehls erforderlich ist, um eine solche politisch plurale Einheit denken zu können.

I- DIETER GRIMM UND DIE ERRUNGENSCHAFTEN DES KONSTITUTIONALISMUS.

Das erste Kapitel widmet sich Dieter Grimm und den von ihm herausgearbeiteten Errungenschaften des Konstitutionalismus und steht in engem Zusammenhang zum zweiten Kapitel über Jürgen Habermas. Die berühmte und einflussreiche Debatte zwischen dem Verfassungsrechtler (und ehemaligen Bundesverfassungsrichter) sowie dem Philosophen ist in der spezifischen Literatur zur Verfassung Europas ein

authentischer Topos geworden.⁶ Im Vorwort zu *Rechte und Verfassung der Europäischen Union* definiert der führende italienische Verfassungsrechtler Gustavo Zagrebelsky die Positionen von Grimm und Habermas als zwei extreme Pole, innerhalb derer alle anderen Stellungnahmen der damaligen Debatte über die europäische Verfassung verortet werden könnten.⁷

Im Zentrum der Auseinandersetzung dieser beider Autoren steht die Frage des Demokratiedefizits, das den europäischen Integrationsprozess kennzeichnet und – damit einhergehend – das Problem des (chrono)logische Verhältnisses zwischen Verfassung bzw. verfassungsgebender Dynamik und Volk. Dabei ist es von besonderem Interesse, dass sich sowohl Grimms als auch Habermas' Betrachtungen (wenn auch in sehr unterschiedlicher Weise) im Rahmen des *modernen* Konstitutionalismus ansiedeln, jedoch trotzdem zu unterschiedlichen Ergebnissen – *contra* Verfassung (Grimm), *pro* Verfassung (Habermas) – kommen. Grimm lehnt die Möglichkeit einer europäischen Verfassung auf der Basis der institutionellen Entwicklung der Europäischen Union ab, da eine Verfassung gleichzeitig auch eine umfassende Transformation der Gewaltenordnung implizieren würde. Für diese Transformation fehlen aber die Bedingungen – d.h. ein europäisches Volk ("no-demos These"), das die *pouvoir constituant* verkörpern könnte.⁸ Die Verfassung sei daher ein ungeeignetes Mittel, um die Europäische Union zu demokratisieren. Die Skepsis Grimms rührt nicht von einer gegenkonstitutionellen Ansicht her, sondern vielmehr von der Annahme, dass ein anspruchsvoller (moderner) Verfassungsbegriff auf einer übernationalen Ebene unrealisierbar scheint. Im Gegensatz dazu denkt Habermas, dass der Weg zu einer Europäischen Verfassung sowohl möglich als auch mit der allgemeinen Entwicklung der EU kompatibel sei. Die Verfassung habe eine induzierende bzw. katalysatorische Kapazität hinsichtlich des Entwicklungsgangs einer europäischen Öffentlichkeit: Sie sei eine „*self-fulfilling prophecy*“,⁹ die keine Existenz eines europäischen Volkes voraussetzt, aber die Entwicklung einer

⁶ Vgl. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995; Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, 1996, S. 185-191. Im Anhang der Dissertation finden sich die italienischen Übersetzungen zweier jüngsten Texte dieser Autoren, die für das Thema der Arbeit relevant sind. Die jeweiligen Texte sind: Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, 2012, S. 315-344; Habermas, *Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 2013, S. 67-81.

⁷ Vgl. Zagrebelsky, *Diritti e costituzione nell'Unione Europea*, 2003, S. VII-VIII.

⁸ Vgl. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995.

⁹ Vgl. Habermas, *Zeit der Übergänge. Kleine Politische Schriften IX*, 2001, S. 119.

gemeinsamen europäischen Identität unterstützen kann. Eine solche Interpretation versucht die »no-demos These« zu widerlegen.

Die von mir vorliegende Interpretation dieser Debatte, zielt nicht auf eine Wiederholung von oftmals formulierten Analysen, die den Juristen Grimm zum Euroskeptiker und den Philosophen Habermas zum Gegenteil stempeln. Die Diagnose eines antagonistischen Verhältnisses der beiden Denker zueinander scheint mir unzutreffend und letztlich irreführend zu sein. Das Etikett »Euroskeptiker« scheint im Besonderen Dieter Grimm zu gelten. Eine Sichtweise, die sich vor allem dadurch begründet, dass oftmals von Beginn an auf eine kritische Hinterfragung der herkömmlichen terminologischen Kategorien (und auf die Möglichkeit ihrer Relativierung) verzichtet wird. Entgegen dieser Lesart, habe ich die Thesen Grimms in Resonanz mit dem weiten Kontext ihrer Überlegungen über die Themen »Konstitutionalismus« und »Demokratie«, diesseits und jenseits des Staates und im Lichte jeweiliger jüngsten Weiterentwicklungen, betrachtet. Dabei zeigt sich die Problematik eines Denkens, dass, in einer postnationalen Konstellation, weiterhin auf der Kategorie des Nationalen beruht.

Obwohl Dieter Grimm die Annahme und die Erwünschtheit einer europäischen Verfassung schon vor dem Vortrag *Braucht Europa eine Verfassung?* zurückweist,¹⁰ hat er immer wieder die Notwendigkeit und die Irreversibilität einer (institutionellen) »Europäisierung« bestätigt.¹¹ In Bezug auf die Fragestellung dieser Dissertation, ist das Verhältnis von Konstitutionalisierung und Verstaatlichung, das in Grimms Beitrag problematisiert wird, von besonderer Bedeutung. Ist der Prozess der Verfassungsgebung zwangsläufig mit der Transformation der EU in einen Bundesstaat einhergehend? In den jüngsten Beiträgen des Juristen wird eher die Hypothese „einer Umwandlung der EU in ein parlamentarisches Regierungssystem“ – d.h. eine Parlamentarisierung nach

¹⁰ In den kürzlichen Beiträgen bleibt aber nur die Frage der Wünschbarkeit zentral: Die Europäische Union wäre nach Grimm tatsächlich verfassungsfähig, vgl. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 338.

¹¹ Vgl. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995, S. 47-48: „Ein Großteil der Probleme, die politischer Bearbeitung bedürfen, kann in dem engen staatlichen Rahmen der europäischen Länder nicht mehr effektiv gelöst werden. Dieser Befund drängt auf den supranationalen Zusammenschluß. Wenn dieser trotzdem nicht zu einem europäischen Staatsverband vorangetrieben werden soll, so deswegen, weil ein solcher derzeit nicht demokratischen Anforderungen genügen könnte“. Vgl. auch Grimm, *Europa ja - aber welches?*, 2016, S. 7: „Wie der Titel dieses Buches zu erkennen gibt, liegt den darin enthaltenen Beiträgen ein Zwiespalt zugrunde. Einerseits sind sie von der tiefen Überzeugung getragen, dass die europäische Integration eine Notwendigkeit ist. Andererseits sind sie von der nicht weniger tiefen Sorge erfüllt, dass die Integration auf dem falschen Weg ist. Die EU zahlt dafür mit einer Entfremdung von ihren Bürgern“.

staatlichem Muster, die im Übrigen mit der Einführung einer Verfassung eng verbunden ist – als problematisch betrachtet.¹² Sowohl das Ziel einer Stärkung des parlamentarischen Prinzips als auch dasjenige einer vollen Konstitutionalisierung, sind durch den Anspruch gekennzeichnet, die bedeutendsten Errungenschaften des modernen Nationalstaates jenseits seines Erfahrungsraums zu reproduzieren. Dies passiert nach Grimm allerdings ohne auf die Eigenheiten der politischen und rechtlichen Wirklichkeit jenseits des Staates Rücksicht zu nehmen.

Der Impuls in Richtung einer Konstitutionalisierung der Union – d. h. die Vertiefung der Union auf der Grundlage des nationalstaatlichen Modells – scheint, nach Grimm, mit der Lösung eines virulenten Demokratiedefizits eng verbunden zu sein. Einerseits bemerkt Grimm eine Verringerung von Entscheidungskapazitäten und Hoheitsrechten auf nationaler Ebene zugunsten der europäischen Ebene; andererseits stünde die Vermehrung der Entscheidungsbefugnisse unter Spannung mit der schwachen Konfiguration des demokratischen Prinzips auf Ebene der Europäischen Union. Die Forderung einer verstärkten Legitimation der Union mittels einer Verfassung, würde sich durch die Lösung des Demokratiedefizits rechtfertigen. Trotzdem unterschätzten die Anhänger einer solchen Lösung das Folgende: Eben diese Übertragung des demokratischen Prinzips habe unvermeidbar auch eine zentralisierende Wirkung.

Ein großer Teil der Kritik am mutmaßlichen Euroskeptizismus Grimms ist (in Linie mit Habermas' Bemerkungen) gegen „die ganz unzweideutige normative Begründung der Funktionserfordernisse für eine demokratische Willensbildung“ gerichtet.¹³ In der Tat beeinträchtigt diese angesprochene normative Begründung die empirische Bewertung gegenwärtiger Umstände. In diesem Zusammenhang würde es nur ein anderer Begriff des Volkes bzw. der politischen Identität (den man trotz allem für eine wirkliche Legitimation des verfassungsgebenden Prozesses postulieren muss) ermöglichen, eine europäischen Verfassung wieder plausibel zu machen.

¹² Vgl. Grimm, *Europa ja - aber welches?*, 2016, S. 8, 25-26, 32-33, insbesondere.

¹³ Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, 1996, S. 186. Vgl. auch u.a. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, 2002, S. 161-171, insbesondere; Nanz, *Europolis. Constitutional Patriotism Beyond the Nation-State*, 2006.

In diesem Zusammenhang rückt ein anderer Aspekt von Grimms Überlegungen, der m. E. nach sehr relevant ist, in den Hintergrund.¹⁴ Nachdem er den strukturellen Charakter des Demokratiedefizits der europäischen Union im letzten Teil von *Braucht Europa eine Verfassung?* betont, präzisiert Grimm: „Es geht vielmehr darum, die Europäische Union in ihrer Eigenart als supranationale Einrichtung beizubehalten und dieser Eigenart gemäß auszubauen, nicht dagegen nationalstaatliche Muster zu kopieren. Daraus ergibt sich auch die Antwort auf die Verfassungsfrage“.¹⁵ Dementsprechend kann man sich die folgende Frage stellen: Worin besteht (und woraus ergibt sich) der notwendige Zusammenhang zwischen Konstitutionalisierung und Verstaatlichung? Welche Probleme behandelt Grimm jenseits des Fehlens der gesellschaftlichen Voraussetzungen? Und weiter: „[Kann] die Verfassung von ihren Entstehungsbedingungen abgelöst und auch unter gewandelten Voraussetzungen aufrechterhalten werden?“.¹⁶

Obwohl eine genauere Bestimmung der Eigenart der Union als supranationale Einrichtung in Grimms Abhandlungen kaum erkennbar ist, ermöglichen die zwei Bände *Die Zukunft der Verfassung*¹⁷ – aber auch schon die früheren Publikationen *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*¹⁸ und *Deutsche Verfassungsgeschichte*¹⁹ – einerseits die Bedeutung der modernen Verfassung bzw. des modernen Konstitutionalismus in begriffsgeschichtlicher Perspektive zu erklären und andererseits auf dieser Basis die schwierige und problematische Übertragbarkeit der damit verbundenen Begrifflichkeit zu begründen. Über die Rekonstruktion von Grimms Begrifflichkeiten findet man also eine relevante Problematisierung der modernen Verfassung (bzw. demokratischen Verfassung) hinsichtlich ihrer Bedeutung und Funktion für die Begründung und Begrenzung der politischen Herrschaft.

¹⁴ Nichtsdestotrotz besteht ein problematischer Aspekt der Argumentation Grimms darin, dass, wie besprochen, er einerseits behauptet, dass die Europäische Union eine in Vergleich zum Staat ganz unterschiedliche politische Einheit darstellt; andererseits er die Schranken der Union auf der Basis des nationalstaatlichen Musters hervorhebt (insbesondere das Demokratiedefizit). Dies umso mehr, als dieses Muster schon in Bezug auf den Nationalstaat problematisch geworden ist, wie er selber anerkennt.

¹⁵ Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995, S. 48. Vgl. auch Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, 2012, S. 338.

¹⁶ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 61. Es handelt sich dabei um eine Frage, die Grimm angesichts der materiellen Transformationen der Industriegesellschaft schon in Bezug auf denselben Staat stellte. Zu ihrer Aktualität bezüglich der postnationalen Konstellation, vgl. Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, 2012, S. 315-344.

¹⁷ Vgl. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991; Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012.

¹⁸ Vgl. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987.

¹⁹ Vgl. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988.

Im Übrigen ergeben sich diese Betrachtungen schon in *Braucht Europa eine Verfassung* wesentlich aus einem entscheidenden rechtsgeschichtlichen Exkurs über die Entstehung des modernen Konstitutionalismus, wobei Grimm die radikale Innovation des modernen bzw. normativen Begriffs der Verfassung gegenüber dem vormodernen Horizont hervorgehoben hat.²⁰ Die Entstehung dieses Begriffs im Kontext der revolutionären amerikanischen und französischen Verfassungsgebungen des 18. Jahrhunderts, erklärt die radikale Trennung zur vordem leitenden Bedeutung des Begriffs der Verfassung. Ein historischer Blick führt die moderne Verfassung auf „den größeren Zusammenhang des Übergangs von der ständisch-feudalen zur bürgerlich-liberalen Gesellschaftsordnung“ zurück.²¹

Seit der sogenannten Revolutionsepoche setzte sich tatsächlich eine ganz neue Konzeption von Verfassung durch, die sich auf eine Konstellation von Begriffen stützt, die im Rahmen der modernen Politikwissenschaft und Naturrechtslehre ausgearbeitet worden sind.²² Diese Begriffe – d.h. Souveränität des Volkes und Repräsentation, *im primis*, aber auch Individuum, Gleichheit, Freiheit, Volk, Demokratie, etc. – haben keinen bloß ideologischen oder nebensächlichen Wert, sondern sie haben eine tragende Funktion darin, die Verfassung und die Verfassungsverfahren zu strukturieren. Folglich setzt sich die Verfassung in keiner konkreten bzw. materiellen Wirklichkeit fest, sondern sie bringt das zum Ausdruck, was an sich betrachtet eine abstraktere Natur hat. Begriffe wie Individuum, Volk, Gleichheit, Freiheit etc. implizieren eine formale Rationalität, die dem demokratischen Staat zugehört und die die politische Realität – wie wir am Beispiel der Europäischen Union sehen werden – in ihrer Entwicklung überschritten hat.

Wenn man die fundamentalen Bestandteilen der modernen demokratischen Verfassungen hinterfragt, wird deutlich, dass diese nicht unmittelbar auf eine kollektive und holistische Dimension der politischen Identität verweisen, sondern auf diejenigen Naturrechtslehren, die sich wesentlich auf die Dialektik zwischen individuellem Subjekt und kollektivem Subjekt gründen.²³ Dieselbe normative und zukunftsorientierte Natur des modernen Begriffs der Verfassung bezieht sich auf das Ziel der Erschaffung eines neuen

²⁰ Durch diesen Exkurs gewinnt die Verfassung ihre *begriffliche* und *funktionale* Bestimmung in ihrem modernen Sinn.

²¹ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 401.

²² Vgl. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 323.

²³ Diesbezüglich spielt die Rekonstruktion des sog. „bürgerlichen Sozialmodells“ eine besonders wichtige Rolle. Vgl. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 11-18.

politischen Systems, das in der gleichen Freiheit jedes Einzelnen sein Fundament findet und in der Souveränität des Volkes gipfelt.

Wenn man sich außerdem auf die Struktur der modernen politischen Repräsentation (bzw. auf ihre verfassungsrechtliche Funktion), welche die Herrschaftsausübung im Rahmen des demokratischen Verfassungsstaates legitimiert, konzentriert, rückt die Bedeutung einer empirischen Existenz bzw. einer Realpräsenz des Volkes in den Hintergrund. Das Staatsvolk, als der im Verfassungsstaat gezeigte legitime Träger der Souveränität, präexistiert nicht vor der Verfassung bzw. der Rechtsordnung.²⁴ Von einem Staatsvolk kann man im engeren bzw. verfassungsrechtlichen Sinne nur dann sprechen, wenn eine gewisse Vielfalt von gleichen und freien Individuen einen repräsentativen Souverän dazu autorisiert/ermächtigt, in ihrem Namen zu handeln. Mit anderen Worten ist das rechtlich neutrale Staatsvolk eine „Auftragsangelegenheit“²⁵ bzw. eine repräsentierte Entität, der jede ethnische, soziale, wertbezogene, etc. Homogenität gleichgültig ist.

Der logische Kern von Volkssouveränität und der Schlüssel ihrer Absolutheit besteht in der Zuschreibung von Herrschaft an das Volk – in einer von unten legitimierten Herrschaftsbegründung. Dieser Kern ist mit der Voraussetzung der gleichen Freiheit jedes Einzelnen strukturell gekoppelt, d.h. mit dem Ausschluss jeder willkürlichen Gewalt von Menschen über Menschen.²⁶ Wenn der individuelle Wille dem Ermächtigungsprozess zugrunde liegt und die Individuen die Autoren des Befehls sind, gehorchen sie in letzter Konsequenz ihrem eigenen Willen. In diesem Zusammenhang ist politische Herrschaft insofern „absolut“, als der Wille des von allen ermächtigten kollektiven Subjekts weder durch extrakonstitutionelle Elemente noch durch gleichberechtigte Willensäußerungen eingeschränkt werden darf.

In der „Errungenschaft“ des Konstitutionalismus drückt sich die Absicht einer Beseitigung jeder Gewalt von Menschen über Menschen aus.²⁷ In Bezug auf die

²⁴ Vgl. Grimm, *Europa ja - aber welches?*, 2016, S. 147: „Dem Volk als Träger der Herrschaftsgewalt fehlte [...] die Fähigkeit, diese Gewalt selbst auszuüben. Daher musste es Repräsentanten mit der Ausübung von Herrschaft betrauen. Politische Herrschaft wurde unter den Bedingungen der Volkssouveränität zur Auftragsangelegenheit“.

²⁵ Ebd., S. 147.

²⁶ Genau in diesem Ausschluss besteht grundsätzlich die „Errungenschaft“ des modernen Konstitutionalismus. Vgl., Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, 2012, S. 326.

²⁷ Ebd., S. 318-330.

natürliche Gleichheit jedes Menschen und des Zusammenbruchs jeder gemeinsamen theologischen, kosmologischen und rechtlichen Ordnung, würde eine solche Gewalt als unrecht und irrational angesehen. Dass politische Herrschaft erst konstituiert werden muss und dass gleiche und freie Individuen die Legitimationsquelle dieser Konstitution sein müssen, ist eine notwendige Konsequenz der Verweigerung jeder Ungleichheit und einer jeden Form der Unterordnung. Daraus ergibt sich ein Begriff der politischen Herrschaft, die dem politischen Körper als Ganzes zugeschrieben wird. Die Verbindung zwischen dem individuellen Willen (mit seiner legitimierenden Funktion) und dem verpflichtenden Charakter des Gesetzes wird durch den modernen Begriff der Repräsentation ermöglicht.

Diesen letztgenannten Aspekt untersuche ich anhand der verfassungsrechtlichen Schriften Sieyes' im Detail. Nach Grimm ist es die von Sieyès herausgearbeitete Unterscheidung *pouvoir constituant/pouvoir constitué* welche sowohl in der Funktionsbestimmung der Verfassung als auch in der Betrachtung um die Übertragbarkeit des modernen Verfassungsbegriffs eine zentrale Rolle spielt.²⁸ Nach Sieyès entsteht die Verfassung aus einer absoluten Willensäußerung der Nation bzw. des Volkes. Die Verfassung hat nicht nur die Funktion einer Herrschaftsbegrenzung, sondern auch der Herrschaftsbegründung.²⁹ Zu diesem letzten Zweck benötigt es eine verfassungsgebende Gewalt. Mit Nation bzw. Volk wird eine rein ideale Willensgemeinschaft bezeichnet, die sich nur mittels einer verfassungsgebenden Versammlung vergegenwärtigen kann. Die Repräsentation wird die Ausdrucksform des Volkswillens, insofern sie diejenige Legitimationsquelle der politischen Herrschaft enthält, die in der individuellen Willensäußerung (d.h. in der Wahl) besteht.³⁰

²⁸ Vgl. u.a. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, p. 25.

²⁹ Vgl. insbesondere Grimm, *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009, S. 35-48.

³⁰ In diesem Kontext scheint der in Hobbes' *Leviathan* (im XVI und XVII Kapitel) bearbeitete Begriff von Repräsentation eine kohärente verfassungsrechtliche Übersetzung zu finden. Hobbes bemerkt im Besonderen: "A multitude of men, are made one person, when they are by one man, or one person, represented; so that it be done with the consent of every one of that multitude in particular. For it is the unity of the representer, not the unity of the represented, that maketh the person one. [...] unity cannot otherwise be understood in multitude", Hobbes, *Leviathan*, 1996 [1651], S. 109. Die Souveränität ist nicht der Ausgangspunkt der Theorie, sondern das Ergebnis einer wissenschaftlichen Konstruktion, die ihr Fundament in der Freiheit des Einzelnen hat. Der im XVI Kapitel herausgearbeitete Begriff von Repräsentation geht also der Einsetzung des absoluten Souveräns voraus. Darin besteht der moderne Begriff der Repräsentation als Autorisierung, die die einzige Form ist, um die Einheit des politischen Körpers zu denken (auf der Annahme einer Vielheit von Individuen). In den XVI und XVII Kapitel findet man den Beleg, dass der Souverän deshalb absolut ist, weil er der autorisierte Vertreter ist: Sein Wille und seine

Die Verfassung enthält in sich die Begrenzung der Herrschaft durch individuelle Rechte, soweit sie die Herrschaft auf diese Basis gründet. In erster Linie spiegelt die einheitliche Form der politischen Herrschaft keine existierende Staatsgewalt wieder, sondern sie folgt aus der typisch normativen Struktur der modernen Verfassung und aus ihrer Begründungsfunktion, die der gleichen Freiheit zugeschrieben ist.

Die Bestimmung eines anspruchsvollen Verfassungsbegriffs, sowie die von Grimm oft wiederholte substantielle Unterscheidung zwischen Verfassung und Vertrag³¹ gewinnen dann eine partikuläre Bedeutung, wenn man sie im Lichte des „Bedeutungsschwundes“³² der Verfassung betrachtet. Es scheint mir, dass diese Bedeutung nicht in einer dogmatischen Bekräftigung ihrer Geltung liegt. Bedeutungsschwund meint die strukturelle Unmöglichkeit der Verfassung, „ihren Anspruch auf Legitimierung und Regulierung aller öffentlichen Gewalt“ zu behalten.³³

Das Problem liegt vielmehr darin, dass die moderne Verfassung mit einer Idee der politischen Form verbunden ist, welche die besondere Komplexität Europas nicht begreifen kann. In Analogie dazu bemerkt man die Erosion der Verfassung im Rahmen des Staates wegen der Emergenz intermediärer und pluraler Instanzen, die die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft porös machen und deswegen die Normativität der Verfassung untergraben.³⁴ Die Trennung von Staat und Gesellschaft ist tatsächlich für die Funktion einer jeden Verfassung durchaus erforderlich aber versperrt gleichzeitig die Anerkennung einer Pluralität von politischen Subjekten.³⁵ Beim Zuweisen einer wesentlichen Rolle an die Staaten im europäischen Einigungsprozess (als Herren der Verträge) wirft Grimm m. E. auf die Frage, dass diese europäische konstituierende Dynamik strukturell auf die Form des staatlichen verfassungsgebenden Prozesses nicht zurückführbar ist. Wenn mindestens ein Element des innovativen Charakters der Europäische Union (bzw. ihrer Eigenart als supranationale Einrichtung) in der Permanenz

Handlung gelten als diejenige des gesamten politischen Körpers (d. h. des Volkes). Die Bürger eines Staates sind diesem gegenüber zum Gehorsam verpflichtet, weil sie seine Autoren sind.

³¹ Vgl. Beaud, Lechevalier, Pernice, & Strudel, *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique de la Convention*, 2004, S. 279-287.

³² Vgl. u.a. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 294-296. Vgl. auch Duso, *Repräsentative Demokratie: Entstehung, Logik und Aporien ihrer Grundbegriffe*, 2001, S. 45-80; Hofmann, *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, 2004, p. 157-171.

³³ Grimm, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, 2012, S. 335.

³⁴ Vgl. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 241-264.

³⁵ Ebd., S. 405.

der Staaten als politische Subjekten identifiziert wird, scheint zuerst das legitimierende Dispositiv der modernen Verfassung – also ihre repräsentative Selbstbestimmungslogik – jenseits des Staates nicht projizierbar. Das hängt davon ab, dass „im Unterschied zur Verfassung die Verträge [...] kein Ergebnis der Selbstbestimmung eines Volkes oder einer Gesellschaft über Zweck und Form ihrer politischen Einheit [sind]“.³⁶ Es bleiben die Fragen offen, ob und in welchem Sinn die Vertragsgrundlage einen unterschiedlichen Verfassungscharakter gewinnen kann und wie sich das Demokratieprinzip jenseits der Selbstbestimmungsform definiert.³⁷

II- JÜRGEN HABERMAS UND DIE VERFASSUNGSENTWICKLUNG EUROPAS.

In seinen demokratiethoretischen Schriften zur Verfassungslage und Verfassungsentwicklung Europas³⁸ drehen sich die Habermas'sche Überlegungen um die Themen der politischen Identität bzw. der demokratischen Bürgerschaft und der Krise des nationalen Staates. Seine Schriften über Europa schlagen nicht nur politisch-soziologische und rechtliche Begriffe vor, sondern beziehen auch Stellung gegenüber den jeweiligen aktuellen Entwicklungen des Integrationsprozesses.³⁹ Ohne diesen letzten Aspekt aus den Augen zu verlieren, hat sich mein Versuch auf die von Habermas vorgeschlagene Konzepte im Besonderen fokussiert.

Die Möglichkeit einer politischen Antwort auf die Herausforderungen, die die postnationale Konstellation stellt, verlangt, nach Habermas, angemessene Formen für den demokratischen Prozess jenseits des Nationalstaates zu finden. Die traditionelle Form der nationalen Identität als einen Reflex von einer Schicksalsgemeinschaft (bzw. einer ethnischen Gemeinschaft) ist mit der wachsenden gesellschaftlichen Komplexität bzw. Pluralität inkompatibel. Die empirische Existenz einer homogenen Gemeinschaft ist nicht nur unhaltbar, sondern stellt sie keine plausible Voraussetzung des demokratischen

³⁶ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 337.

³⁷ Angesichts dieser Frage ist die Theorie des Bundes im letzten Kapitel betrachtet worden.

³⁸ Im Besonderen beziehe ich mich hier zunächst auf Beiträge, die durch *Staatsbürgerschaft und nationale* eingeleitet (vgl. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998 [1992], S. 632-660) und die bis zu *Zur Verfassung Europas* (vgl. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 2011) entwickelt werden.

³⁹ Vgl. Habermas, *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII*, 2013, p. 7-10.

Verfahrens im Rahmen des Nationalstaats mehr dar.⁴⁰ In diesem Kontext ist eine Alternative zum Nationalismus im Verfassungspatriotismus als postnationaler Identitätsform angelegt. Der Schwerpunkt der politischen Identität besteht in demselben demokratischen Verfahren legitimer Rechtssetzung und Machtausübung, nicht in einem vorpolitischen Substrat. Also lautet die These von Habermas, dass sich in der postnationalen Konstellation die Matrix des Nationalismus ausschließlich auf den liberal-republikanischen Prinzipien (insbesondere Menschenrechte und Volkssouveränität) stützen kann, die den universalistischen Kern des demokratischen Verfassungsstaats kennzeichnen.

Es scheint daher nicht zufällig, dass die Habermas'sche Überlegungen sowohl von Grimm Erwägung als auch vom Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts angeregt werden. Die Bestimmung des Begriffs des Volkes in Bezug auf das demokratische Verfahren nimmt eine immer zentralere Position in Habermas' Beiträgen ein und bleibt bis hin zu seinen neuesten Schriften ein Leitmotiv.⁴¹ Außerdem verschränkt sich dieser Aspekt mit der wesentlichen Annahme, dass die „konventionellen Begriffe des Staats- und Völkerrechts nicht mehr greifen“.⁴² In *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie* beschreibt Habermas die paradoxe aktuelle Situation mit besonderer Klarheit: Die postnationale Konstellation lässt Habermas zufolge genau diejenigen Begriffe und Prinzipien in die Krise geraten, welche die Tendenzen zur postnationalen Konstellation als eine politische Herausforderung wahrnehmen lassen.⁴³ Also werden Habermas zufolge die Begriffe und die Prinzipien unserer liberalen Demokratien in diesem Zusammenhang problematisch: Im nationalen Rahmen sind sie nicht mehr bedeutungsvoll, während im postnationalen sie keinen unmittelbaren Anhaltspunkt haben. Es handelt sich um eine Bemerkung, die eine fundamentale Diskrepanz zwischen der Wirklichkeit laufender Prozesse (insbesondere die sog. „Globalisierung“) und der politischen und rechtlichen Begrifflichkeit implizit aufweist.

Obwohl man daraus geradewegs schließen könnte, dass neue Begriffe und neue Prinzipien zur Orientierung der Politik nötig seien, erscheint der von Habermas eingeschlagene Weg gewundener und „konservativer“. Einerseits erkennt Habermas

⁴⁰ „Das »homogene Volk«, das sich erneut als Denkbarriere erweist, ist die falsche Analogie“, vgl. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, S. 183.

⁴¹ Vgl. zuletzt Habermas, *Der Demos der Demokratie*, 2015, S. 145-154.

⁴² Habermas, *Der gespaltene Westen*, 2004, S. 72.

⁴³ Vgl. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 94-95.

nicht nur die Auflösung des westfälischen Rahmens, er analysiert auch, wie die Tendenzen der Globalisierung die nationalstaatliche Form entkräften, in der sich der demokratische Prozess historisch institutionalisiert hat.⁴⁴ Trotzdem impliziert die Krise des Nationalstaats andererseits keinen Bedeutungsschwund der legitimierenden Bedingungen des demokratischen Prozesses als solchem, in denen die moderne Ideen von Selbstbewusstsein, Selbstverwirklichung und Selbstbestimmung einen Ausdruck gefunden haben.⁴⁵ Deswegen handelt es sich darum, „für den demokratischen Prozeß geeignete Formen auch *jenseits* des Nationalstaates zu finden“.⁴⁶ Angesichts der Transformationen der postnationalen Konstellation erscheinen Formen des Regierens jenseits des Nationalstaates zuerst notwendig. Die Europäische Union kann schon als „erste Gestalt einer postnationalen Demokratie“ beachtet werden.⁴⁷

Das theoretische Ziel von Habermas liegt zuerst im Beweis, dass zwischen Nationalstaat und demokratischem Prozess kein begrifflicher bzw. notwendiger, sondern nur ein historisch-kontingenter Zusammenhang besteht. In gewisser Weise besteht die Hypothese unter diesem Gesichtspunkt darin, die postnationale Konstellation auf der Basis der nationalen Konstellation zu denken.⁴⁸ Wie artikuliert sich demnach der Habermas'sche Entwurf? Welche Schwierigkeiten tauchen dabei bezüglich seiner Voraussetzungen auf?

Eine unmittelbare bzw. unreflektierte Übertragbarkeit der konventionellen demokratischen Begrifflichkeit ist auch nach Habermas nicht möglich. Angemessene Analogien verlangen im Besonderen eine Überwindung einer substantialistischen bzw. konkretistischen Auffassung der politischen Identität, die einen Verankerungspunkt in einem prozeduralen Begriff der Demokratie findet.⁴⁹ Die konstante argumentative Strategie von Habermas in seinen Beiträgen über die Verfassung Europas, die voller

⁴⁴ Vgl. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 96-105. Die von Habermas betrachteten Parameter, mit denen er die Wirkungen der Globalisierung auf die Staatsform untersucht, sind die Folgenden: Die Rechtssicherheit und Effizienz des modernen Staates als Verwaltungsstaat; die territoriale Souveränität; die kollektive Identität zur demokratischen Selbstbestimmung; die demokratische Legitimation des Nationalstaats.

⁴⁵ Vgl. Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, 1985.

⁴⁶ Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 95.

⁴⁷ Ebd., 1998, S. 135.

⁴⁸ Vgl. Esposito, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, 2016, S. 210.

⁴⁹ Vgl. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998 [1992].

impliziter Elemente ist, besteht darin, das demokratische Verfahren vom Nationalstaat dank einer „Entreifizierung“ der Souveränität zu entkoppeln.⁵⁰

In dieser Hinsicht benötigt die Antwort auf den no-demos These die Beseitigung des herkömmlichen verfassungsgebenden Lexikons des politischen und rechtlichen Diskurses der Moderne.⁵¹ Es wird durch eine Begrifflichkeit, die sich auf das Wortpaar „Zivilgesellschaft-Öffentlichkeit“ und „Solidarität unter Fremden“ bezieht.⁵² Damit der demokratische Prozess stattfinden könne, sei ein gemeinsamer Kommunikationsraum erforderlich, der eine inklusive Teilnahme an den Deliberationen ermöglicht. Aus der Perspektive eines kommunikationstheoretischen und prozeduralen Verständnisses von Demokratie „erscheint das ethisch-politische Selbstverständnis nicht als das historisch-kulturelle Prius, das die demokratische Willensbildung ermöglicht, sondern als Flußgröße in einem Kreisprozeß, der durch die rechtliche Institutionalisierung einer staatsbürgerlichen Kommunikation überhaupt erst in Gang kommt“.⁵³ Das ethisch-politische Selbstverständnis wird also strukturell-reflexiv und dynamisch. In diesem Zusammenhang entsteht auch eine besondere Form der Solidarität, die als „Solidarität unter Fremden“ bezeichnet wird. Diese ist rechtlich vermittelt und abstrakt, sodass sie nicht in einer vorpolitischen Zugehörigkeit gipfelt, sondern in der Teilnahme an demokratischen Willensbildungsprozessen.⁵⁴

⁵⁰ Vgl. Hofmann, *Über Volkssouveränität. Eine begriffliche Sondierung*, 2014, S. 862-868.

⁵¹ Vgl. Scuccimarra, *Alla ricerca del popolo europeo*, 2012, S. 178. Diesbezüglich bemerkt Habermas in 2001: „Unsere Situation lässt sich nicht mit der der Federalists oder der Mitglieder der der Assemblée Nationale vergleichen [...] (D)ie Herausforderung besteht nicht so sehr darin, irgendetwas Neues zu erfinden, sondern darin die großen Errungenschaften des europäischen Nationalstaates über dessen nationale Grenzen hinaus in einem anderen Format zu bewahren; neu ist nur die Entität, die auf diesem Wege entstehen wird“, Habermas, *Zeit der Übergänge. Kleine Politische Schriften IX*, 2001, S. 105.

⁵² Vgl. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, S. 184: „Die richtige Analogie liegt auf der Hand: der nächsten Integrationsschub zur postnationalen Vergesellschaftung hängt nicht vom Substrat irgendeines »europäischen Volkes« ab, sondern vom Kommunikationsnetz einer europaweiten politischen Öffentlichkeit, die eingebettet ist in eine gemeinsame politische Kultur, die getragen wird von einer Zivilgesellschaft mit Interessenverbänden, nichtstaatlichen Organisationen, Bürgerinitiativen und -bewegungen, und die eingenommen wird von Arenen, in denen sich die politischen Parteien unmittelbar auf die Entscheidungen europäischer Institutionen beziehen und sich, über Fraktionszusammenschlüsse hinaus, zu einem europäischen Parteiensystem entwickeln können“.

⁵³ Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, 1996, S. 189.

⁵⁴ Vgl. ebd., S. 189: “Die demokratische Staatsbürgerschaft - im Sinne von *citizenship* - stiftet eine vergleichsweise abstrakte, jedenfalls rechtlich vermittelte Solidarität unter Fremden; und diese zunächst mit dem Nationalstaat auftretende Form der sozialen Integration verwirklicht sich in Gestalt eines bis in die politische Sozialisation eingreifenden Kommunikationszusammenhangs. [...] Was eine Nation von Staatsbürgern - im Unterschied zur Volksnation - einigt, ist kein vorgefundenes Substrat, sondern ein intersubjektiv geteilter Kontext möglicher Verständigung“.

Auf dieser theoretischen Basis aufbauend schreibt Habermas den politischen Institutionen eine „induzierende Wirkung“⁵⁵ sowie eine integrative Funktion⁵⁶ zu, die durch eine europäische Verfassung ermöglicht würden. Mit anderen Worten rechtfertigt sich der Anspruch nach einer europäischen Verfassung als Vorbedingung für die demokratische Bildung einer europäischen Gesellschaft und Bürgerschaft, die das Abbild einer rechtlich vermittelten Solidarität unter Fremden weiterentwickelt. In historischer Sicht bilden Nationalismus und Republikanismus offensichtlich eine Symbiose. Gleichwohl stellt Habermas heraus, dass es sich dabei um eine Übergangskonstellation handelt, weil der Nationalismus eine katalysierende Rolle gespielt hat, ohne dass er eine Voraussetzung des demokratischen Prozesses werden soll.

Angesichts des Zusammenwachsens von Nationalismus und Republikanismus ist fraglich, ob der Republikanismus nur durch seinen universalistischen Kern gelingt, seine Aktualität bzw. seine Brisanz für Europa zu rechtfertigen.⁵⁷ Schon in seiner Replik zu Dieter Grimm bemerkt Habermas, dass „die europäische Identität ohnehin nichts anderes als Einheit in der nationalen Vielfalt [bedeuten kann]“.⁵⁸ Während kurz danach er auf den deutschen Föderalismus als ein mögliches Modell verweist, unterstreicht er später die nicht unmittelbare Übertragbarkeit dieses Modells, weil „es [...] weder möglich noch wünschenswert [ist], die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten einzuebnen und zu einer »Nation Europa« zu verschmelzen“.⁵⁹ In Übereinstimmung damit befindet sich die Idee, dass eine europäische Öffentlichkeit die nationalen Öffentlichkeiten nicht ersetzt, sondern dass sie sich aus den gegenseitigen Öffnungen der nationalen Öffentlichkeiten ergibt und diese ergänzt.⁶⁰ Die »finalité« der europäischen Integration konfiguriert sich als europäischer Bundesstaat, der trotzdem unterschiedliche Strukturmerkmale im Vergleich zu einem nationalen Bundestaat aufweist.

In der problematischen Bestimmung und Rechtfertigung dieser Strukturmerkmale ist aber eine Schwierigkeit gesehen worden. Kurzum besteht die Schwierigkeit aus theoretischem Gesichtspunkt in der Frage, wie sich ein europäischer Bundesstaat von einem nationalen Bundestaat unterscheiden kann, wenn er auf der gleichen »begrifflichen

⁵⁵ Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, 1996, S. 191.

⁵⁶ Kritisch dazu Dieter Grimm: vgl. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 241-261.

⁵⁷ Vgl. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 116.

⁵⁸ Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, 1996, S. 191.

⁵⁹ Vgl. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 150.

⁶⁰ Vgl. Habermas, *Ach, Europa. Kleine Politische Schriften XI*, 2008, S. 105-106.

Grammatik« basiert. Wenn die Union aus verschiedenen Nationalstaaten zusammenwächst und wenn die nationalen Identitäten in der europäischen Identität aufbewahrt werden müssen, scheint das einerseits eine, wenn auch schwache, paradoxe Form der Fixierung der nationalen Identitäten zur Folge zu haben. Andererseits scheint es dasselbe »europäische« Selbstverständnis schwer zu bezeichnen, wenn dieses Selbstverständnis grundsätzlich aus denselben universal-demokratischen Prinzipien herauskommen soll, die den normativen Kern der nationalen Verfassungsstaaten bilden.⁶¹

Wenn man beispielsweise über den Begriff der Solidarität unter Fremden nachdenkt, konstatiert man, dass es sich hierbei um ein Modell handelt, das auf der konstitutionellen Praxis des demokratischen Rechtsstaates basiert: „genau so“, schreibt Habermas, „haben sich im modernen Europa auch die nationalen Identitäten ausgebildet“. Wenn dieser Solidaritätstypus eine dynamisch-reflexive Form der Identität ermöglicht, ist er auch durch eine Überwindung existierender politischer „Loyalitäten“ charakterisiert. Er entfaltet eine abstrahierende bzw. entsolidarisierende Kraft: Er verwirklicht sich also in sukzessiven Abstraktionsschüben. Diese abstraktere Form der sozialen Integration scheint übrigens mit der Habermas’schen Idee der Europäischen Union als Bundesstaat im Werden übereinstimmend, aber mit keiner komplexeren bzw. pluralen Form der *politischen* »Identität«. Mit anderen Worten erklärt eine einfache Ausdehnung der Solidarität unter Fremden nicht den Grund, warum die Identität politisch-plural sein kann.

Unter diesem Gesichtspunkt nähert Habermas sich darüber hinaus einer fundamentalen Annahme der Anhänger eines nationalstaatlichen Ansatzes zur Europäisierung, weil er den Bezug auf einen *einheitlichen* Raum zur wechselseitigen Anerkennung als unvermeidbare Voraussetzung für eine authentische demokratische Selbstbestimmungspraxis für notwendig hält. Im Übrigen bleibt die kommunikative Zerstreuung des Volkes (bzw. des Völkskörpers) mit seiner einheitlichen bzw. repräsentativen Gestaltung strukturell verbunden, wenn sie politische Macht erzeugen muss.⁶² Der Unterschied mit dieser Positionen schrumpft auf den

⁶¹ Dazu vgl. Koller & Hiebaum, *Jürgen Habermas. Faktizität und Geltung*, 2016, S. 196.

⁶² Vgl. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998 [1992], p. 449-450: „die kommunikativ verflüssigte Souveränität des Volkes kann sich nicht *allein* in der Macht informeller öffentlicher Diskurse zur Geltung bringen [...]. Ihr Einfluß muß sich auf die Beratungen demokratisch verfaßter Institutionen der Meinungs- und Willensbildung auswirken und in formellen Beschlüssen eine autorisierte Gestalt annehmen, um politische Macht zu erzeugen“.

»Zusammenhangstypus« zwischen Demokratie und Nation, d.h. auf die Diagnose seiner konjunkturellen Natur und seiner Reproduzierbarkeit auf europäischer Ebene zusammen. Wenn man auch annimmt, dass aufgrund seines universalistischen bzw. abstrakten Charakters das demokratische Verfahren jenseits des Staates projizierbar ist, scheint das nicht ausreichend, um den Aspekt der Pluralität zu begründen. Diese Pluralität wird zu Recht aufgegriffen, aber aus der theoretischen Perspektive verbleibt sie ungeklärt. Die Begründung der Entkopplung des Verfassungsbegriffs vom nationalstaatlichen Kontext reicht zu diesem Zweck nicht aus.

Eine bemerkenswerte Entwicklung befindet sich seit der Veröffentlichung von *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas*.⁶³ Der Schwerpunkt in der Argumentation verschiebt sich mit diesem Beitrag auf die politische Form der Union. In der Tat stellt Habermas ganz explizit die Notwendigkeit einer Überwindung des bundesstaatlichen Modells heraus, um die Europäische Union föderalistisch und verfassungsrechtlich zu denken. In Bezug auf die politische Form der Union spricht er jetzt allgemein von „ein[em] entstaatlichten föderativen Gemeinwesen“⁶⁴ oder von „ein[em] entstaatlichten supranationalen Gemeinwesen“⁶⁵, während mit Betonung auf die Transnationalisierung der Volkssouveränität von „einer entstaatlichten Föderation“⁶⁶ oder „ein[em] Bund demokratisch verfasster Mitgliedstaaten“.⁶⁷ Damit wird eine autonome Form des politischen Gemeinwesens, nicht eine Übergangsform zum Bundesstaat.

Obwohl schon zuvor Habermas auf die Besonderheit eines europäischen Bundesstaates hingewiesen hat,⁶⁸ weil es sich um keinen *nationalen* Bundesstaat handelt, ist es besonders schwierig, diese Besonderheit zu bestimmen: In welcher Weise lässt sich der europäische Bundesstaat von einem traditionellen Bundesstaat *begrifflich* unterscheiden? Im programmatischen Anspruch einer nichtstaatlichen Konfiguration der

⁶³ In: Habermas, *Zur Verfassung Europas*, 2011, S. 39-96. Vgl. auch Habermas, *Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist*, 2014, S. 534-538; Habermas, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen. Eine Notiz aus Anlass der Frage nach der Legitimität der ungleichen Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament*, 2014, S. 167-192.

⁶⁴ Habermas, *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas*, 2012, S. 68.

⁶⁵ Ebd., S. 73.

⁶⁶ Ebd., S. 49.

⁶⁷ Ebd., S. 65.

⁶⁸ Habermas spricht von einer „aus verschiedenen Nationalstaaten zusammenwachsende Union, die selber staatlichen Charakter gewinnt“; Habermas, *Jenseits des Nationalstaats?*, 1998, S. 74.

Union nimmt Habermas stattdessen das Problem der Unversöhnlichkeit zwischen staats-einheitlicher Form und Pluralität explizit auf. In gewisser Weise hallt ein kantisches Argument der Friedensschrift hier wieder: Da die Staaten eine rechtliche Verfassung schon haben, ist nach Kant jede Analogie zwischen dem Austritt der Individuen und dem der Staaten aus dem Naturzustand unzulässig und eine Verstaatlichung der überstaatlichen Organisation der Politik ist mit der Pluralität der Verfassungsstaaten nicht kompatibel.

Für Habermas ist eine Transnationalisierung der Demokratie mit der Überwindung von Bundestaatsform der überstaatlichen Organisation jetzt eng verbunden. Außerdem stellt sich diese Transnationalisierung der Demokratie als Alternative zum sogenannten Exekutivföderalismus dar. Damit bezeichnet Habermas die aktuelle postdemokratische Herrschaftsausübung der Union, die sich besonders in Reaktion auf die Finanzkrise herausgestellt hat.⁶⁹ Auf den Diskontinuitätsaspekt und seinen Implikationen fokussiert sich der anschließende Teil meiner Analyse.

Während in der Idee einer nichtbundestaatlichen, aber trotzdem *föderalen* (besser, *föderativen*) politischen Form Habermas ein Grundelement der Theorien der Europäischen Union als *Bund* aufgreift,⁷⁰ ist die Frage von einer Transnationalisierung der Demokratie in dieser Gestalt gegen ein Konzept der europäischen „*Demoi*-kratie“ aus theoretischen Sicht gerichtet.⁷¹ Das *demoi*-kratische Modell basiert darauf, dass die wesentlichen Träger der Demokratie in Europa die Staaten sind und dass eine europäische Demokratie jenseits des Nationalstaats ohne ein einheitliches europäisches Demos möglich ist. Die europäische Demokratie wird also als eine entstaatlichte „Demokratie der Demokratien“ vorgestellt, die die unterschiedliche demokratische Subjekte bewahrt und ihre strukturelle Öffnung und Interaktion ermöglicht. In dieser Verfahrensweise wird

⁶⁹ Vgl. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, 2011, S. 8. „[Die berechtigte Opposition gegen abschüssigen Weg in einen bürokratischen Exekutivföderalismus] verfängt sich in der aussichtslosen Alternative zwischen Nationalstaat und europäischem Bundesstaat. Nicht besser ist ein vager Föderalismus, der diese falsche Alternative auf unbestimmte Weise negiert. Mit meinem Versuch über die »Verfassung« – also den aktuellen Zustand und die politische Verfassung – Europas will ich zeigen, dass die Europäische Union des Lissaboner Vertrags nicht so weit von der Gestalt einer transnationalen Demokratie entfernt ist [...]. Für eine solche transnationale Demokratie ist allerdings die bundesstaatliche Verfassung das falsche Modell“.

⁷⁰ Vgl. insbesondere Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, 2004, S. 81-120; Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007. Zur Theorien des Bundes s.u..

⁷¹ Vgl. u.a. Nicolaidis, *Our European Demoi-cracy. Is this Constitution a Third Way for Europe?*, 2003, p. 137-152; Cheneval & Schimmelfennig, *The Case for Demoi-cracy in the European Union*, 2012, p. 334–350.

nach Habermas das bestehende Problem des Demokratiedefizits trotzdem durch eine Aufwertung vom *status quo* zum normativen Kriterium aufgelöst.

Nach Habermas ist die Definition der Demokratie als Selbstbestimmung, welche die Identität von Autoren und Adressaten der Gesetze impliziert, eine Vorbedingung ihrer Transnationalisierung.⁷² In dieser Definition, die sich paradigmatisch genau im Nationalstaat verwirklicht hat, ist die Möglichkeit ihrer Entkopplung vom Nationalstaat immanent. Also bleibt die Argumentation in dieser Hinsicht mit der ehemaligen Problemstellung kohärent. Die Frage besteht vielmehr jetzt darin, ob die Erweiterung bzw. die Verlängerung des demokratischen Verfahrens innerhalb eines entstaatlichten Gemeinwesens möglich ist. Zu diesem Zweck wird die Frage nach einem entstaatlichten föderativen Gemeinwesen jenseits des Staates zunächst aus der Sicht der *pouvoir constituant* aufgeworfen. Die Rückgewinnung dieser traditionellen Kategorie geht ihre Neubestimmung parallel voran, weil die zu konstituierende Entität kein Staat ist.

Eine Transnationalisierung der Demokratie zu denken, soll die Existenz der Staaten berücksichtigen, weil auch innerhalb dieser Staaten sich die demokratische Selbstbestimmungspraxis verwirklicht hat. Die Permanenz der Staaten gewinnt eine normative Bedeutung, die keine Umwandlung der Europäischen Union in einen Bundesstaat ermöglicht. Derselbe Mangel an europäischen Bürgervertrauen drückt eine legitime Anhänglichkeit an den Nationalstaaten aus („Das Vertrauensdefizit erklärt sich nicht in erster Linie aus der xenophoben Abschottung gegen fremde Nationen sondern positiv aus einem Beharren auf den normativen Errungenschaften des jeweils eigenen Nationalstaats“).⁷³ Soweit die Staaten nicht nur National-, sondern demokratische Verfassungsstaaten sind, „sollen [sie] auch in der Rolle von künftigen Mitgliedsstaaten als Garant des schon erreichten Niveau von Recht und Freiheit erhalten bleiben“.⁷⁴ Zu diesem Zweck schreibt Habermas eine aktive Teilnahme den Nationalstaaten beziehungsweise ihren Völkern in einem *idealrekonstruierten verfassungsgebenden*

⁷² „Wir müssen wissen was wir unter Demokratie verstehen wollen, bevor wir uns über eine mögliche Entkopplung des demokratischen Verfahrens vom Nationalstaat Klarheit verschaffen können. Demokratische Selbstbestimmung bedeutet, dass die Adressaten zwingender Gesetze zugleich deren Autoren sind. In einer Demokratie sind Bürger einzig den Gesetzten unterworfen, die sie sich nach einem demokratischen Verfahren gegeben haben“, Habermas, *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas*, 2012, S. 49-50.

⁷³ Habermas, *Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist*, 2014, S. 531.

⁷⁴ Ebd., S. 532. Vgl. Habermas, *Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 2013, S. 80.

Verfahren zu. Die Inklusion von Staaten in einem hypothetischen Gründungsakt würde einer Bundestaatswerdung einen Riegel vorschieben. Darüber hinaus rechtfertigt sie die Aufrechterhaltung einer heterarchischen und damit gerade nicht einer hierarchischen Beziehung der föderalen zur nationalen Ebene.

Mittels eines Gedankenexperiments, das einen imaginären demokratischen Gründungsakt der Union rational rekonstruiert,⁷⁵ entwirft Habermas den Begriff einer „an der Wurzel geteilten Volkssouveränität“.⁷⁶ In diesem Kontext kann er einerseits von der tatsächlichen Evolution der Union abstrahieren; andererseits kann er einige im Vertrag von Lissabon enthaltene Innovationen weiterentwickeln. Im Besonderen sieht er ein bemerkenswertes Strukturmerkmal des Europarechts in dem nicht von Gewaltenteil gedeckten Vorrang supranationalen Rechts, weil es einen weiteren Schritt in der Zivilisierung von Gewalt darstellt. Mit der geteilten Souveränität ist die Idee verknüpft, dass „sich eine Gesamtheit von Unionsbürgern die verfassungsgebende Gewalt mit einer begrenzten Zahl von „verfassungsgebenden Staaten [teilt]“.⁷⁷ In diesem theoretischen Zusammenhang hält es im Endeffekt Habermas für möglich, die in zwei Personen gespaltene Einzelnen als *unitarische* Legitimationsquelle der Union zu denken („in unserem Szenario sind es *dieselben* Personen, die am verfassungsgebenden Prozess gleichzeitig in den Rollen von (künftigen) Bürgern sowohl der Union wie eines ihrer Mitgliedstaaten teilnehmen“).⁷⁸ Der vermischte bzw. plurale Eigenart scheint mir wegen demokratiethoretischer Anforderungen stark relativiert.

Diese Habermas'sche Konstruktion hat oft großes Interesse geweckt, obwohl es sich um keine systematische Betrachtung handelt. Es überrascht nicht, dass Dieter Grimm darauf schnell reagiert hat. Obwohl er den Versuch von Habermas für „diskussionswürdig“ hält,⁷⁹ kann dieser Versuch „nicht als Beschreibung der geltenden Rechtslage nach dem Lissabon-Vertrag“ verstanden werden,⁸⁰ weil auf dieser Basis

⁷⁵ Habermas, *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas*, 2012, S. 61.

⁷⁶ Habermas, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit*, 2014, S. 170. Vgl. zuerst Habermas, *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas*, 2012, S. 62-82.

⁷⁷ Ebd., S. 47.

⁷⁸ Ebd., S. 68.

⁷⁹ Grimm, *Europa ja - aber welches?*, 2016, S. 63.

⁸⁰ Ebd., S. 62-63.

letztendlich nur die Staaten als verfassungsgebende Subjekten bezeichnet werden können. Der *rekonstruktive* Anspruch von Habermas' Konstruktion wird also verringert.

Aus einer marxistisch-materialistischer Perspektive hat Étienne Balibar das Problem des formalen bzw. abstrakten Charakters von Habermas' Demokratiekonzeption aufgeworfen.⁸¹ Nach seiner Lektüre kulminiert die Idee einer geteilten Souveränität in einer Verdoppelung der repräsentativen Demokratie, die die strukturelle Krise dieser Demokratieform unterlässt. Daher müssen zuerst andere Demokratieformen gedacht werden, welche die multiplen und dynamischen Praktiken der Subjektivierung jenseits eines normativen Konstitutionalismus zur Geltung bringen.

Aus einer theorieimmanenten Perspektive hat meine Problematisierung besonders auf die theoretische Genese der Habermas'schen Konstruktion fokussiert, d. h. auf die Möglichkeit einer Transnationalisierung der Demokratie in der Form eines entstaatlichten föderativen Gemeinwesens. Die interessante Idee einer multiplen politischen Identität bzw. Zugehörigkeit, die die Bedingung für die Aufrechterhaltung der Staaten ist, scheint tatsächlich nicht aus der (Idee von) Selbstbestimmung herleitbar. Unter einem logisch-normativen Gesichtspunkt muss die duale Identität der Einzelnen also vorausgesetzt werden: Die Selbstbestimmungspraxis findet ihre Grenze hier. Wenn aber diese Praxis jedenfalls kohärenten Ausdruck finden muss – wie Habermas annimmt –, wird nur ein europäischer Bundesstaat m. E. die konsequente Folge. Damit ist es nicht aber als ein Argument zugunsten einer notwendigen Verstaatlichung der Union gemeint. Wenn das Ziel darin besteht, die Union als ein entstaatliche föderative Gemeinwesen zu begreifen, kann diese Idee der Demokratie als Selbstbestimmungspraxis nicht vorausgesetzt werden. Hinsichtlich der bündischen Form soll die Demokratie eine neue Bedeutung gewinnen.

III- INGOLF PERNICE UND DER VERFASSUNGSVERBUND.

Eine bedeutendste Neudefinition der Verfassung ist von dem Europa- und Verfassungsrechtler Ingolf Pernice in einer Reihe von Beiträgen über den Integrationsprozess bearbeitet worden. Pernice hat insbesondere den Begriff vom „Verfassungsverbund“ (*multilevel constitutionalism*, auf English) geprägt, um die

⁸¹ Balibar, *Europe, crise et fin?*, 2016, S. 183-187, 216-218.

rechtliche Struktur der Europäischen Union zu verstehen. Damit geht es nicht nur um einen neuen Terminus: „[Der europäische Verfassungsverbund] ist ein theoretischer Versuch, die Europäische Union als zusammengesetztes System einander ergänzender, also komplementärer Verfassungskomponenten darzustellen, die letztlich jeweils ihre Legitimation von den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern her beziehen, eng miteinander verflochten und einander pluralistisch, nicht hierarchisch zugeordnet sind“.⁸² Pernice spricht deswegen von einem „postnationalen Verfassungsbegriff“,⁸³ der grundsätzlich funktional ist. Der Anspruch dieser Theorie besteht in einem angemessenen verfassungsrechtlichen Verständnis der europäischen Konstruktion, d. h. in einem Interpretationsrahmen, der diesen komplexen Aufbau erklären lässt. Aus der Perspektive von Pernice scheint die Frage von Dieter Grimm „braucht Europa eine Verfassung?“ inkonsistent, weil sie davon ausgeht, dass die Europäischen Gemeinschaften und dann die Union keine Verfassung haben. In diese Hinsicht geht es aber an der Wirklichkeit der europäischen innovativen rechtlich-politischen Form vorbei.

Die terminologische Neuprägung hängt von einer zentralen Prämisse von *multilevel constitutionalism*: „[W]ir müssen uns aus der Zwangsjacke der staatsanalogen Terminologie befreien“, schreibt Pernice, „[...] wenn wir das Gebilde Europäische Union adäquat beschreiben wollen“.⁸⁴ Sie spielt also eine Rolle, um sich *jenseits* des Staates zu bewegen, wobei »jenseits« auf ein neues Verfassungsdenken hinweist. Das bedeutet aber nicht, dass man Europa mit einem ganz neuen Wörterbuch verstehen kann: Nur kritische Variationen der herkömmlichen Kategorien helfen in dieser Richtung.⁸⁵ In dieser Hinsicht stellt sich diese Theorie im Rahmen der von Staatslehre losgelösten europäischen Verfassungslehre, die Peter Häberle gefordert hat. Von diesem Autor nimmt Pernice besonders den Grundgedanken auf, dass es im modernen Verfassungsstaat „nur

⁸² Pernice, *Verfassungsverbund*, 2010, S. 104.

⁸³ Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, p. 66, 78.

⁸⁴ Pernice, *Verfassungsverbund*, 2010, S. 102: „Unsere Begrifflichkeit ist vom Staatsrecht geprägt. Wenn sie uns nicht immer zum Staat zurückführen soll, müssen wir über ihren Bedeutungswandel aufklären oder neue Begriffe schaffen. [...] Und als Juristen sollten wir die Europäische Union nicht nur beschreiben, sondern diese Ordnung als normative Ordnung begreiflich machen“. Wie bei Habermas, bildet dieser Aspekt eine wesentliche Voraussetzung des Diskurses von Pernice.

⁸⁵ Vgl. ebd., S. 102: „Wortneuschöpfungen für Gegenstände, die neu und abstrakt sind, die wir also nicht anders wahrnehmen können als eben über Begriffe mit fester, hergebrachter Bedeutung, können eine Vorstellung von dem Neuen nicht erwecken. Also können wir nur mit Variationen bekannter Begriffe und Bildern arbeiten“.

so viel Staat“ gibt, „wie die Verfassung konstituiert“.⁸⁶ Dieser Idee liegt der Versuch zugrunde, den Verfassungsbegriff vom Staat zu lösen. Da Verfassung und Staat in keinem unauflösbaren Abhängigkeitsverhältnis stehen, könne die Verfassung auch andere Herrschaftstypen konstituieren.

Kurzum kann man sagen, dass der europäische Verfassungsverbund aus mehreren Verfassungskreisen (regionale, nationale, überstaatliche) besteht, die unterschiedliche und sich verschränkende Regierungsebenen konstituieren und legitimieren. Diese Verfassungskreise sind untereinander verbunden und bilden ein integriertes Rechtssystem, dessen Komponenten eine gewisse Autonomie behalten und nicht wechselseitig ableitbar sind. Zusammen mit der pluralen bzw. mehrebenen Gestaltung der Verfassung zeigt der Begriff vom Verfassungsverbund die Idee einer prozedural-dynamischen Verfassung, die den europäischen Integrationsprozess als Verfassungsgebungsprozess interpretiert.

Wenn Pernice wie gesehen die Möglichkeit einer Verfassung ohne Staat einerseits annimmt, richtet er sich andererseits auch gegen die Konzeption der Europäischen Union im Sinn einer traditionellen internationalen Organisation, der unter anderem aus Sicht von Pernice das Bundesverfassungsgericht verhaftet bleibt.⁸⁷ Dabei wird nicht berücksichtigt, dass die Staaten ihr Gewicht im Rahmen der Union zugunsten der europäischen Bürgerinnen und Bürgern verloren haben und dass sie nur noch formell als Herren der Verträge betrachtet werden können. Aus dieser Perspektive wird der enge Zusammenhang dieser Theorie mit einer gewissen Auslegung des Integrationsprozesses besonders klar. Demgegenüber ist im Begriff vom »Staatenverbund«, den das Bundesverfassungsgericht in seinem Maastricht-Urteil verwendet, die Idee eine engere Staatenverbindung enthalten. Gleichwohl bleibt das Gericht in einer Vorstellung gefangen, in der nur die Staaten Träger der Gemeinschafts- und anschließend Unionsgewalt sind.

Da die Mitgliedstaaten demokratische Verfassungsstaaten sind, können und sollen die Völker der Union und ihre jeweiligen Bürgerinnen und Bürgern als legitime Träger

⁸⁶ Häberle, *Die Europäische Verfassungsstaatlichkeit*, 1995, S. 300: „Der Begriff „Verfassungsstaatlichkeit“ verbindet Staat und Verfassung, ohne daß ihr Verhältnis untereinander bestimmt wird“. Es handelt sich um eine Konzeption, die die Verfassung vom Mythos der verfassungsgebenden Gewalt als kreative Dezision befreit. Die Verfassung ist vielmehr als der Ausdruck eines kulturellen Entwicklungsprozesses betrachtet. Vgl. auch Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 1994, S. 106.

⁸⁷ Pernice, *Deutschland in der Europäischen Union*, 1995, S. 273-274.

der Unionsgewalt gelten. Dies verlangt schon die unmittelbare Anwendbarkeit des Europarechts. Die These von Pernice lautet daher, dass jede Entscheidung der Unionsorgane als unmittelbarer Akt der Bürgerinnen und Bürgern verstanden werden kann, weil am Anfang der europäischen Integration ein Willensakt demokratischer Verfassungsstaaten steht. Noch bevor Pernice den Begriff des Verfassungsverbundes prägte, hat er auch folgerichtig vom „Bürgerverbund“⁸⁸ gesprochen. Die Möglichkeit einer formellen Rückkoppelung auf die Unionsbürgerinnen und Bürger würde die demokratische Natur desselben Unionsrechts bestätigen, die eine fundamentale praktische Bedeutung für die Weiterentwicklungen des Integrationsprozesses annähme.⁸⁹

In diesem Zusammenhang kann man den Grund bestmöglich verstehen, warum Pernice auf die Konstruktion eines europäischen „*contrat social*“ zurückgreift. Auf die Problematisierung dieser Konstruktion hat sich meine Analyse besonders fokussiert, weil sie im Bezug auf den Staat eine grundlegende begriffsgeschichtliche Rolle spielt: „Die europäischen Verträge sind somit gleichsam Ausdruck eines europäischen *contrat social*“.⁹⁰ Trotz der expliziten Absicht, einen postnationalen Verfassungsbegriff zu bearbeiten, scheint diese Konstruktion, eine enge interne Analogie mit den nationalen Souveränitätsmodellen zu stellen. Die Frage besteht infolgedessen darin, ob diese Konstruktion tatsächlich hilfreich sein kann, um die obengenannten strukturellen Merkmale des Verfassungsverbundes zu erklären: Ich beziehe mich besonders auf seine dynamische und komplexe (bzw. plurale mehrbenen) Struktur. Der Verweis auf Rousseaus Gesellschaftsvertrag ist in dieser Hinsicht nicht vertretbar, weil das Ziel von Rousseaus theoretischem Konstrukt das souveräne (d.h. einheitliche) Volk ist. Außerdem sieht Rousseau eine Entäußerungsklausel vor: Jeder Einzelnen soll alle seine Rechte an die Gemeinschaft entäußern.

Trotz des expliziten Bezugs auf Rousseau muss man bemerken, dass der Sinn, den Pernice dem *contrat social* zuschreibt, von dieser Bestimmung weit entfernt ist: Der *contrat social* verliert also seine begriffliche Prägnanz und gewinnt zuerst die Bedeutung

⁸⁸ Pernice, *Deutschland in der Europäischen Union*, 1995, S. 274.

⁸⁹ Vgl. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, S. 542: „*multilevel constitutionalism conceptualises the composed European constitution as a system based upon the will of the citizens. [...] The concept of a European social contract is used to underline the contractual quality of the broadly consensus-based legitimacy of the supranational public authority so established*“.

⁹⁰ Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, S. 66.

vom „sich-Vertragen“.⁹¹ Außerdem hängt tatsächlich die dynamische Struktur des Verfassungsverbundes nicht vom *contrat social* an sich, sondern von seinen sukzessiven Erneuerungen. Schließlich sind die Individuen (also die Bürgerinnen und Bürgern der Union), bei denen „das Konzept des Verfassungsverbundes ansetzt“,⁹² nicht als eine undifferenzierte *multitudo* gedacht, sondern in ihrer Differenz als Mitglieder von schon verfassten Gemeinschaften. Der konstruktive Gedankengang des vernunftrechtlichen Sozialmodells fällt auseinander. Die Möglichkeit diese Aspekte auf eine unitarische Theorie zurückzuführen bleibt fraglich. Das heißt aber nicht, dass die Strukturmerkmale des Verfassungsverbunds ihre Relevanz verlieren, vielmehr erfordern sie einen anderen begrifflichen Horizont.

IV- DIE EUROPÄISCHE UNION ALS BUND UND *FÉDÉRATION*.

Das letzte Kapitel der Dissertation ist denjenigen Versuchen gewidmet, die die Kategorie von Bund aufgenommen haben, um die Europäische Union als föderale Gebilde zu denken. Die Theorien des Bundes sind über die Schwelle zwischen normativ und deskriptiv hinaus analysiert worden – also, sie sind als eine neue (föderalistische) Weise an Recht und Politik zu denken zunächst sondiert worden. Die Frage nach ihrer Beschreibungskapazität bezüglich der Europäischen Union bleibt im Hintergrund und wird nicht thematisiert: Der Fokus liegt im Gegenteil in den Strukturmerkmalen, die die begriffliche Autonomie des Bundes erklären.⁹³ Im Allgemein erscheint das Problem der Neudefinition des Zusammenhangs zwischen Einheit und Vielfalt innerhalb dieser Theorien besonders wichtig, wobei die Überwindung des Souveränitätsbegriffes unerlässlich ist: Zur Verabschiedung von staatszentrierten Begriffen stellt der ausdrückliche Verzicht auf den Begriff der Souveränität einen entscheidenden Schritt dar. Die kritische Analyse hat sich auf die Überlegung von Christoph Schönberger über „die

⁹¹ Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, S. 66-67. Vgl. auch Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, 2015, p. 551: „the concept of a European social contract is used to underline the contractual quality of the broadly consensus-based legitimacy of the supranational public authority so established“.

⁹² Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, 2007, S. 63.

⁹³ Ein Ziel dieser Theorien besteht genau darin, „eigenständige Kategorien zur Erfassung eines föderalen Gebildes jenseits des Staates“ zu bearbeiten, vgl. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, 2004, S. 84.

Europäische Union als Bund“⁹⁴ und vor allem auf den systematischen Beitrag von Olivier Beaud *Théorie de la fédération* fokussiert.⁹⁵ Das Ziel beider Autoren besteht darin, eine Reflexion über den Föderalismus vorzubringen, die von jeden staatszentrierten Begrifflichkeit notwendigerweise befreit ist und diesbezüglich eine alternative Begrifflichkeit *positiv* bestimmen kann.

Dieses Ziel scheint besonders dringend, wenn man die problematische Grenze der weit verbreiteten *sui generis*-Formel beachtet. Diese Formel hat nur einen negativ-abgrenzenden Charakter, die von der Abwesenheit eines eigenen bestimmten Inhalts abhängt. Obwohl die Absicht dieser Bezeichnung zuerst darin besteht, die Eigenart und Differenz der Europäischen Union im Vergleich zum Staat zu unterstreichen, bleibt die als *sui generis* Gebilde gedachte Europäische Union ausschließlich in Bezug auf den Staat zwar als nicht-Staat definiert.⁹⁶ Die Absicht, die sie im Kern enthält, findet keinen kohärenten Ausdruck. Auch in der Debatte, die ein föderales Denken für die Union vorschlägt, bemerkt man übrigens die Tendenz, den Föderalismus prinzipiell durch die herkömmliche (immer staatszentrierte) Dichotomie von Bundestaat und Staatenbund zu verstehen. Die Ausarbeitung einer Theorie des Bundes benötigt die Überwindung jedes negativen und analogischen Ansatzes zur Bestimmung des Bundes.

Nach Schönberger ist die Europäische Union weder ein Staatenbund noch ein Bundestaat, sondern ein Bund. Eine positive Kennzeichnung ist also möglich – so die These – wenn man die EU als föderale Ordnung jenseits der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Bundesstaat und Staatenbund begreift. Die unerlässliche Voraussetzung für eine solche Überwindung ist die Verabschiedung vom Begriff der Souveränität (Souveränität und Föderalismus sind antinomische Begriffe). In diesem Zusammenhang spielt eine große Rolle die Wiedergewinnung der von Carl Schmitt entwickelten Definition vom Bund:⁹⁷ „Der Bund ist auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes

⁹⁴ Vgl. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, 2004, S. 81-120.

⁹⁵ Vgl. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007.

⁹⁶ Vgl. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, 2004, S. 83: “Die verbreitete *sui-generis*-Formel überwindet die Begriffswelt der klassischen Dichotomie von Staatenbund und Bundesstaat nur dem Schein nach. In Wirklichkeit verewigt sie genau dieses Kategoriensystem”.

⁹⁷ Vgl. ebd., S. 100.

einzelnen Bundesmitgliedes in Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird“.⁹⁸ Schon Schmitt hatte tatsächlich die Unterscheidung von Staatenbund und Bundesstaat in seiner *Verfassungslehre* abgelehnt.⁹⁹ Die Schmitt'sche Betrachtung soll trotzdem mit kritischer Vorsicht angewendet werden, wegen des ideologisch-theoretischen Kontexts der *Verfassungslehre*, die vom Begriff der Souveränität beherrscht ist.¹⁰⁰ In dieser Perspektive ist der Bund von strukturellen Aporien gekennzeichnet, die nach Schmitt nur durch das (nicht föderalistische) Kriterium der Homogenität gelöst werden können.¹⁰¹

Die Verabschiedung vom Souveränitätsbegriffs ist im Gegenteil nach Schönberger und Beaud die Vorbedingung, um die Föderation zu denken: Besonders wenn man das Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten verstehen will, scheint der Begriff der Souveränität unangemessen, weil genau eine heterarchisch geordnete Koexistenz von Einheit und Pluralität zugunsten einer totalisierenden Einheit neutralisiert würde. Dementsprechend definiert Beaud die Föderation als „*ordre politique sans souveraineté*“ (d.h. „eine politische Ordnung ohne Souveränität“).¹⁰² Die Souveränität stellt das Kriterium dar, das die logisch-transparente Unterscheidung zwischen Bundesstaat und Staatenbund ermöglicht. Die Kehrseite dieser Dichotomie ist die *a priori* Vermeidung des klassischen Problems des Föderalismus – zwar die Einheit in der Vielfalt bzw. die Vielfalt in der Einheit –¹⁰³ weil es in einem Denken im Entweder-Oder aufgelöst wird (entweder Bundestaat oder Staatenbund, entweder Verfassung oder Vertrag, entweder Staatsrecht oder Völkerrecht, also entweder Einheit oder Vielfalt).

Mit dem Begriff des Bundes bezieht man sich auf eine politische Einheit, die durch die politische Vielfalt konstitutiv charakterisiert ist. In dieser Weise wird es dem föderativen Phänomen gerecht, dass der Bund und die Mitgliedstaaten eine gleichberechtigte politisch-rechtliche Existenz besitzen. Beaud sieht ein wesentliches Element der Föderation in der Kopräsenz von dualen öffentlichen Gewalten: “Die Herausforderung einer solchen Theorie besteht darin, an die Dualität zweier Mächte auf

⁹⁸ Schmitt, *Verfassungslehre*, 1993, S. 366.

⁹⁹ Vgl. ebd., S. 366. Nach der zitierten Definition präzisiert Schmitt: „Die Merkmale und Folgerungen dieses Bundesbegriffes sind ohne Rücksicht auf die Unterscheidung von Staatenbund und Bundesstaat zu entwickeln“.

¹⁰⁰ Vgl. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, 1993, p. 25-27; Beaud, *Föderalismus und Souveränität*, 1996, S. 45-66.

¹⁰¹ Vgl. Scalone, *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*, 2011, S. 325-327.

¹⁰² Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, S. 64.

¹⁰³ Vgl. Schönberger, *Bundeslehre und Europäische Union*, 2010, S. 88-89.

demselben Territorium zu denken: Die föderale Macht und die föderierte Macht, die der Föderation einerseits und die der Mitgliedstaaten andererseits“.¹⁰⁴

In meiner Argumentation habe ich zu zeigen versucht, dass die Frage nach Föderationen jenseits des Staates nicht unmittelbar in ihrer demokratischen Legitimation besteht. Die Konzeption einer rechtlich-politischen Einheit als Bund verlangt im Gegenteil eine neue Bestimmung des politischen Befehls bzw. der Herrschaft innerhalb der Föderation. Wegen seines zentripetalen bzw. zentralisierenden Effekt scheint die Verstärkung des traditionellen Demokratieprinzips mit der Permanenz und aktiven Teilnahme der unterschiedlichen Mitglieder strukturell unvereinbar. Um eine politische Realität zu begreifen, die von einer Pluralität von politischen Subjekten ausgeht, ist es nötig, eine weitere als diejenige Perspektive einzunehmen, die sich in den Jahrhunderten des *jus publicum europaeum* entwickelt hat. Damit die Mitglieder, welche die Föderation bilden – d.h. die Mitgliedstaaten als nicht-souveränen politischen Entitäten – in der Koordinationsordnung bewahrt werden können, muss die Form des Befehls nicht repräsentativ im modernen Sinn sein.¹⁰⁵ Die damit verbundenen relevanten Fragen sind: Wie ist es möglich, das Herrschaftsverhältnis anders zu bestimmen? Wie ist es möglich, dass dieses Herrschaftsverhältnis keine Domination über die Mitglieder (d. h. keine Neutralisierung bzw. Fusion dieser Teile) impliziert, sondern mit ihrem „Vorrang“ strukturell verkoppelt ist? Daraus kann auch resultieren, dass das Element der Pluralität keine Erstellung eines wenigen anspruchsvollen Begriffs von Demokratie einschließt, auch wenn es eine begriffliche »Unvereinbarkeit« mit der Voraussetzung der modernen Idee der Demokratie als Selbstbestimmung hervorhebt. Das Problem ist vielmehr, dass diese Demokratieform verstanden als Selbstbestimmung genau den logischen Kern des Staates bzw. der Herrschaftslegitimation darstellt. Das Element der Pluralität scheint nicht einfach in die (staatliche) demokratische Legitimation übersetzbar zu sein (anders als die These von Habermas). Pluralität kann aber dazu beitragen, die Demokratie anders zu konfigurieren. Es verlangt gleichzeitig erstens eine neue Form der Herrschaft durch

¹⁰⁴ Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, 2010, p. 19-20: „Le défi auquel est confrontée une théorie de ce type est celui de penser la dualité de deux pouvoirs sur un même territoire: le pouvoir fédérale et le pouvoir fédéré, celui de la fédération, d'un côté, et celui des Etats-membres, de l'autre“.

¹⁰⁵ Vgl. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, 2004, S. 87: „Der demokratische Staat der Gegenwart ist typischerweise durch eine von einer einheitlichen Legitimitätsgrundlage her hierarchisch geordnete Rechtsordnung gekennzeichnet. Der Bund hingegen seiner Grundstruktur nach eine Koordinationsordnung zwischen Mitgliedstaaten und Bundesebene“.

die Neubestimmung der politischen Einheit und zweitens ein neue bzw. unterschiedliche »Formerscheinungen« von Demokratie (Teilnahme, Kontrolle, Transparenz).

Um aus dieser These eine Einsicht zu machen, habe ich mich besonders auf die systematische Betrachtung der Föderation von Olivier Beaud konzentriert. Das erste die Föderation prägende Element besteht in seinem vertraglichen Ursprung. Das rechtliche Fundament, aus dem sich die Einrichtung der Föderation ergibt, ist ein Bundesvertrag, der gleichzeitig ein Vertrag *und* eine Verfassung darstellt. An dem »verfassungsgebenden Prozess« müssen die verschiedene (künftige) Mitgliedern freiwillig teilnehmen: Die konstituierende Dimension ist also diejenige von »sich-Verträgen«. Die „*contractualité*“ steht im Gegensatz zu der Einseitigkeit der modernen Verfassungen als souveräner Akt¹⁰⁶ und sie wirkt sich nicht nur auf den Gründungsakt der Föderation aus, sondern auch auf ihr Funktionieren. Die bündische Struktur, die durch den Bundesvertrag ins Leben gerufen wird, enthält die Absage an ein hierarchisches Ordnungsmodell und beinhaltet das Gebot, die politische Existenz der verschiedenen Komponenten der Föderation zu achten.¹⁰⁷ Der Vertragscharakter des Gründungsakts verlangt, *das formelle Verhältnis von Befehl und Gehorsam* zu überwinden.

Ein wesentlicher Aspekt vom Bundesvertrag betrifft das Szenario, in dem er gedacht werden kann. Dieses Szenario ist durch die Anwesenheit von schon politisch-verfassten Entitäten gekennzeichnet: Die Protagonisten sind die „Staaten“, die durch den Eingang in die Föderation transformiert werden und eine relative Autonomie (jedenfalls nicht souveräne) erlangen. Der Bezug auf schon politisch-verfasste Entitäten wird nicht einfach aus historisch-kontingenten Gründen gerechtfertigt, sondern hängt von der inhärenten *bündischen* Struktur ab. Er geht Hand in Hand mit der Überwindung der individualistischen Fiktion, die der Gesellschaftsvertragslehre typisch ist. Aus theoretischer Sicht kann das Individuum nicht das Grundelement der Föderation sein. Deswegen verliert das Verhältnis zwischen Individuum und öffentlicher Gewalt seine

¹⁰⁶ Der Verfassungsvertrag „*refléterait une conception plurilatérale de la constitution évidemment contraire à l'idée d'unilatéralité contenue dans le mot même de commandement constitutionnel*“, Beaud, *La puissance de l'État*, 1994, S. 246. In der Tat: „*Le commandement e le pacte constitutionnels sont deux types d'acte constituant valable pour deux types différents d'unité politique*“, ebd., S. 253.

¹⁰⁷ Bezüglich des Bundesvertrags als Verfassungsvertrag bemerkt Schönberger: „Vielmehr bleiben im Verfassungsvertrag die Mitgliedstaaten als politische Subjekte erhalten, sie verschwinden nicht hinter der neuen politischen Einheit des Bundes. Die Struktur des Gründungsstatus reflektiert hier die komplexe Struktur des Bundes, sie drückt verfassungsrechtlich gerade aus, dass Pluralität und Einheit aufeinander bezogen bleiben. Damit wird der Vertrag als Kategorie des Verfassungsrechts wieder gewonnen“, Schönberger, *Bundeslehre und Europäische Union*, 2010, p. 93

unmittelbare Relevanz. Dabei bemerkt Beaud: „Das erste Element in einer Theorie des Föderalismus ist nicht das persönliche Verhältnis zwischen Macht und Individuen, sondern die verschiedenen Systembeziehungen, die zwischen der föderalen Einheit (der Föderation) und den föderierten Einheiten (den Mitgliedstaaten) bestehen.“¹⁰⁸

Nach Beaud kann ein individualistischer Ansatz zur Föderation den föderalen Gegenstand nicht erklären, weil die *Bestimmtheit der Differenz* (d. h. partikuläre Interessen und Bedürfnisse) eine Bedeutung in der Einrichtung der Föderation hat. Mit einer vielleicht zweideutigen Formulierung behauptet er, dass das föderale Prinzip kein individualistisches Prinzip ist, sondern ein holistisches.¹⁰⁹ Mit holistischem Prinzip bezieht sich Beaud auf keine undifferenzierte bzw. unbestimmte Totalität, welche die Differenzen und Vielfalt in sich absorbiert. Die Totalität wird vielmehr als komplexe bzw. plurale Totalität verstanden: Sie besteht aus verschiedenen Teilen, innerhalb denen die Individuen eine Rolle spielen (d. h., dass nur in den Verhältnissen die Individuen eine Wirklichkeit haben). Wenn man im Gegenteil dazu eine Begründungsfunktion den Individuen in der Theorie zuschreibt, wird die vertragliche Dimension begrifflich zweitrangig. Allenfalls bezeichnet sie einen Vertrauensakt, der für die Zukunft bindet und eine Unterwerfungsbeziehung schafft.¹¹⁰ Man fällt in den Zusammenhang der Gesellschaftsvertragslehren zurück, wobei das »sich-Vertragen« ausschließlich in der Einsetzung des Souveräns kulminiert. Individualismus würde unbestimmte Vielfalt ohne Einheit bedeuten und die einzige Form der Einheit, die es ermöglicht, ist eine souveräne Einheit, die alle Individuen einschließt (das Volk). Unter diesem Gesichtspunkt scheint die Relativierung der Begründungsfunktion der Einzelnen mit der Überwindung einer staatsbezogenen Begrifflichkeit eng verbunden.

Das Risiko eines Rückfalls in ein formelles Verhältnis von Befehl und Gehorsam tritt aber auch nach Beaud in der weit verbreiteten zweigliedrigen Konzeption der Föderation auf. In einer solchen Konzeption nämlich unterscheidet man zwischen Föderation und Mitgliedstaaten. Diese einfache Unterscheidung gibt Anlass für die

¹⁰⁸ Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, S. 198: „L'élément premier dans une théorie du fédéralisme n'est pas la relation face à face entre le pouvoir et les individus, mais au contraire les diverses relations de systèmes qui existent entre l'unité fédérale (la fédération) et les unités fédérées (États membres) et entre celle-ci“. Vgl. auch Beaud, *La Fédération comme forme politico-juridique*, 2010, S. 27.

¹⁰⁹ Vgl. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, S. 198: „Le principe fédéral n'est pas un principe individualiste, mais bien plutôt son contraire: c'est un principe »holiste«“.

¹¹⁰ Vgl. Duso, *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, 2006, S. 7-13.

Bestimmung dieses Verhältnisses als Domination (der Föderation über die Mitglieder). Durch einer terminologisch-begrifflichen Untersuchung schlägt Beaud eine dreigliedrige Konzeption der Föderation vor, die zwei Bedeutungen von Föderation hervorhebt.¹¹¹ Im Einklang mit der Konstruktion von Hans Kelsen¹¹² hält Beaud es für notwendig, zwischen der »Föderation« als die durch den Bundesvertrag geschaffene Instanz (d. h. *fédération* mit kleiner »f«) und »Föderation« als die Gesamtheit von *fédération* und Mitgliedstaaten (d. h. *Fédération* mit großer »F«) zu unterscheiden.¹¹³ Diese analytische Unterscheidung stellt sich als epistemische Bedingung, um die komplexen Verhältnisse innerhalb der *Fédération* zu bestimmen. Daraus ergibt sich, dass eine zentrale Frage das Verhältnis zwischen *fédération* und Mitgliedstaaten wird.

Da sich die *fédération* mit ihren Komponenten (die Mitgliedstaaten) nicht identifiziert, rechtfertigt sich nicht nur die *politische* Aufrechterhaltung der Pluralität der föderierten Staaten, sondern auch die Möglichkeit einer Kontrolle *gegenüber der fédération* durch ihre aktive Teilnahme.¹¹⁴ Dieselbe Genese der Föderation impliziert es, dass in den internen Beziehungen unter ihren Komponenten die Idee der Identität zwischen Autoren und Adressaten nicht übertragbar sei. Das bedeutet m. E., dass die *Form* der Souveränität, die die Identität von Autoren des Bundesvertrags und Adressaten verlangt, strukturell überwunden wird.¹¹⁵ Ein Monopol der Repräsentation scheint durch die *fédération* nur in den internationalen Beziehungen vertretbar.

Wenn einerseits die *fédération* eine gewisse Autonomie gegenüber den Mitgliedstaaten immer (in den internen Beziehungen) aufrechterhält und andererseits die Pluralität der Staaten auch formal keinen im föderalen Befehl einheitlichen Ausdruck findet, wird die genauere Bestimmung diesen nicht-repräsentativen Befehl erforderlich. Zu diesem Zweck muss man sich in gewisser Weise jenseits der *Théorie de la fédération*

¹¹¹ Vgl. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, S. 139: „Si l'on veut éviter les représentations implicites qui font de la Fédération l'équivalent de qu'est un État par rapport aux individus, il faut clarifier sa dénomination vis-à-vis des États membres“.

¹¹² Vgl. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 199-200, insbesondere.

¹¹³ Vgl. insbesondere Beaud, *Théorie de la fédération*, 2007, S. 139-142.

¹¹⁴ Vgl. ebd., S. 175: „Pour que l'institution collective apparaisse comme distincte des membres qui la composent, [...] elle ne saurait être la simple projection de la somme des rapports contractuels passés entre ses derniers, mais [...] elle doit être considérée comme un sujet d'imputation de droit et d'obligations“.

¹¹⁵ Vgl. ebd., S. 156: „Le modèle contractuel classique, qui présuppose une identité entre les auteurs de la norme et ses destinataires, semble totalement inapte à rendre compte de l'opération fédérale car il ne peut pas intégrer dans son cadre d'analyse l'existence de la fédération, tiers aux parties et pourtant contenu essentiel du pacte“.

bewegen. Eine Möglichkeit, um den politischen Befehl umzudenken, besteht darin, ihn als »Regierungsfunktion« (als Regierung im Sinne von der alten politischen Philosophie und nach der Etymologie von »*regere*« bzw. »*gubernare*«) zu begreifen.¹¹⁶ Eine solche Regierungsfunktion, die eine auf der Vereinbarung gestützte Einheit zielen muss, wird von der *pluralistischen* Gesamtheit der Mitglieder eingerichtet und kontrolliert. Trotz ihrer Autonomie hängt sie von der Teilnahme der Mitglieder wesentlich ab. In diesem Zusammenhang liegt das Problem nicht in der demokratischen Legitimierung der *fédération*, sondern in der Beibehaltung einer »Verfassungsentwicklung«, die die permanente Interaktion zwischen *fédération* und Mitgliedern ermöglicht.

LITERATURVERZEICHNIS / ZUSAMMENFASSUNG

- Balibar, É. (2016). *Europe, crise et fin?* Lormont: Le bord de l'eau.
- Beaud, O. (1994). *La puissance de l'État*. Paris: PUF.
- Beaud, O. (1996). Föderalismus und Souveränität. Bausteine zu einer verfassungsrechtlichen Lehre der Föderation. *Der Staat*, XXXV(1), 45-66.
- Beaud, O. (2007). *Théorie de la fédération*. Paris: PUF.
- Beaud, O. (2010). La Fédération comme forme politico-juridique. In G. Duso, & A. Scalone (Hrsg.), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali* (S. 19-47). Monza: Polimetrica.
- Beaud, O., Lechevalier, A., Pernice, I., & Strudel, S. (2004). *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique de la Convention*. Bruxelles: Bruylant.
- Beck, U., & Grande, E. (2004). *Das kosmopolitische Europa. Gesellschaft und Politik in der zweiten Moderne*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bogdandy, A. v. (2004). Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union. In P. M. Huber, M. Brenner, & M. Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag* (S. 1033-1052). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Cheneval, F., & Schimmelfennig, F. (2012). The Case for Democracy in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, LI(2), 334–350.
- Chignola, S., & Duso, G. (Hrsg.). (2005). *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*. Milano: Fanco Angeli.
- Chignola, S., & Duso, G. (Hrsg.). (2008). *Storia dei concetti e filosofia politica*. Milano: Franco Angeli.

¹¹⁶ Vgl. Duso, *Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo*, 2009, S. 1881-1897.

- Dellavalle, S. (2002). *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*. Milano: Giuffrè.
- Duso, G. (2001). Repräsentative Demokratie: Entstehung, Logik und Aporien ihrer Grundbegriffe. *Quaderni fiorentini*, XXX, 45-80.
- Duso, G. (2006). *Die moderne politische Repräsentation. Entstehung und Krise des Begriffs*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Duso, G. (Hrsg.). (2006). *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*. Milano: Franco Angeli.
- Duso, G. (2009). Un dialogo con Olivier Beaud sul federalismo. *Quaderni fiorentini*, XXXVIII - Tomo II , 1881-1897.
- Esposito, R. (2016). *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*. Torino: Einaudi.
- Grimm, D. (1987). *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (1988). *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (1991). *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (1995). *Braucht Europa eine Verfassung?* München: Carl Friedrich von Siemens Stiftung.
- Grimm, D. (2009). *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*. Berlin: Berlin University Press.
- Grimm, D. (2012). Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt. In D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II* (S. 315-344). Berlin: Suhrkamp.
- Grimm, D. (2012). *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Grimm, D. (2016). *Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*. München: C. H. Beck.
- Häberle, P. (1995). Die Europäische Verfassungsstaatlichkeit. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, LXXVIII(3), 298-312.
- Habermas, J. (1985). *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1996). Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm. In J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (S. 185-191). Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1996). *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1998 [1992]). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1998). *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

- Habermas, J. (1998). Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung. In U. Beck (Hrsg.), *Politik der Globalisierung* (S. 67-84). Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2001). *Zeit der Übergänge. Kleine Politische Schriften IX*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2004). *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2008). *Ach, Europa. Kleine Politische Schriften XI*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2009). *Philosophische Texte. Band. 4. Politische Theorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2011). *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*. Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2013). *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII*. Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2013). Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. In J. Habermas, *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII* (S. 67-81). Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2014). Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist. *Leviathan*, XLII(4), 524-538.
- Habermas, J. (2014). Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen. Eine Notiz aus Anlass der Frage nach der Legitimität der ungleichen Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament. *Der Staat*, LIII(2), 167-192.
- Habermas, J. (2015). Der Demos der Demokratie - eine Replik. *Leviathan*, XLIII(2), 145-154.
- Hobbes, T. (1996 [1651]). *Leviathan*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Hofmann, H. (2004). Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs. In A. Blankenagel, I. Pernice, & H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag* (S. 157-171). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hofmann, H. (2014). Über Volkssouveränität. Eine begriffliche Sondierung. *Juristen Zeitung*, LXIX(18), 862-868.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer.
- Koller, P., & Hiebaum, C. (Hrsg.). (2016). *Jürgen Habermas. Faktizität und Geltung*. Berlin: De Gruyter.
- Kriele, M. (1994). *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates. 5., überarbeitete Auflage*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Nanz, P. (2006). *Europolis. Constitutional Patriotism Beyond the Nation-State*. Manchester: Manchester University Press.

- Nicolaidis, K. (2003). Our European Democracy. Is this Constitution a Third Way for Europe? In K. Nicolaidis, & S. Weatherill, *Whose Europe? National Models and the Constitution of the European Union* (S. 137-152). Oxford: Oxford University Press.
- Ortino, S. (1993). *Introduzione al diritto costituzionale federativo*. Torino: Giappichelli.
- Pernice, I. (1995). Deutschland in der Europäischen Union. In J. Isensee, & P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VIII* (S. 225-280). Heidelberg: C.F. Müller.
- Pernice, I. (2007). Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes. In C. Callies (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Beiträge der Ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006* (S. 61-92). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Pernice, I. (2010). Verfassungsverbund. In C. Franzius, F. C. Mayer, & J. Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union. Recht und Politik für das Europäische Gemeinwesen* (S. 102-118). Baden-Baden: Nomos.
- Pernice, I. (2015). Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*(11), 541-562.
- Scalone, A. (2011). *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*. Monza: Polimetrica.
- Schmitt, C. (1993 [1928]). *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schönberger, C. (2004). Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas. *Archiv des öffentlichen Rechts*, CXXIX, 81-120.
- Schönberger, C. (2010). Bundeslehre und Europäische Union. In C. Franzius, F. C. Mayer, & J. Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union* (S. 87-96). Baden-Baden: Nomos.
- Scuccimarra, L. (2012). Alla ricerca del popolo europeo. Politica e identità nel dibattito sul futuro dell'Unione. In B. Consarelli, *L'Europa "una" e "multianime": un problema ancora aperto* (S. 161-186). Padova: Cedam.
- Wahl, R. (2005). Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union? *JuristenZeitung*, LX(19), 916-925.