

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **G.MARTINICO, LO SPIRITO POLEMICO DEL DIRITTO EUROPEO STUDIO SULLE AMBIZIONI COSTITUZIONALI DELL'UNIONE, ARACNE, ROMA, 2011**

*Posted on 23 Febbraio 2012 by [Filippo Fontanelli](#)*

Questo [libro](#) è il risultato di una serie di lezioni e conferenze tenute dall'Autore, attualmente *García Pelayo Fellow* presso il *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (CEPC) di Madrid, in varie università e centri di ricerca europei (Spagna, Italia, Regno Unito, Olanda).

Questo non deve però far pensare ad un insieme di saggi indipendenti; al contrario, si tratta di un lavoro coerente e monografico, dedicato a quelle che Martinico chiama le ultime stagioni della “mega-constitutional politics” europea (con questa espressione, l'Autore richiama i lavori di Peter Russell sull'odissea costituzionale canadese, cfr. P.H. Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, Toronto, 1992).

Nonostante la letteratura sul punto sia sterminata – e nonostante lo scetticismo di molti circa la possibilità di definire l'UE come polity costituzionale, specie all'indomani del rigetto del Trattato-Costituzionale – il volume non si limita alla ricostruzione del logoro dibattito sulla possibilità di una Costituzione per l'Unione europea, ma adotta un punto di vista innovativo, offrendo una presentazione di quelle che sono le

alternative teoriche rintracciabili nel panorama internazionale.

L'ipotesi di ricerca di questo lavoro è rintracciabile nel tentativo di presentare proprio il c.d. fallimento costituzionale come la conferma della già avvenuta (ancorché parziale) costituzionalizzazione dell'Unione: d'altra parte, problemi analoghi e dinamiche comparabili a quel "processo semi-permanente di revisione dei Trattati" (B. de Witte, "Il processo semi-permanente di revisione dei trattati", *Quaderni costituzionali*, 2002, 499 ss.) sono emersi anche in Svizzera e Canada. Secondo Martinico, che analizza questi esempi per trarne insegnamento, l'UE starebbe *solo* scontando gli effetti di una più generale crisi del potere costituente contemporaneo.

Come lo stesso Autore riconosce, si tratta di una tesi apparentemente paradossale ma che viene difesa con dovizia di particolari, con riferimenti al diritto comparato nonché alle teorie che Maduro (M. Poyares Maduro, "[The Three Claims of Constitutional Pluralism](#)", working paper) chiamerebbe "teorie costituzionali" dell'integrazione europea (costituzionalismo multilivello, pluralismo costituzionale etc).

Come suggerisce il titolo, che fa eco al famosissimo articolo di Massimo Luciani (M. Luciani, "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", in *Giur. cost.*, 2006, 1661), il libro mira a dimostrare lo spirito polemico del diritto europeo (inteso come diritto dell'Unione europea). A questo scopo, Martinico sottolinea l'importanza sistemica che i conflitti costituzionali (i.e. conflitti fra il primato del diritto europeo e la supremazia delle costituzioni nazionali) hanno avuto (e avranno) sullo sviluppo dei principi costituzionali del diritto dell'Unione (vedi il IV capitolo e le conclusioni).

Il libro si divide in quattro capitoli: nel primo si cerca innanzitutto di chiarire alcuni concetti-chiave nell'economia del volume (costituzione europea, costituzionalismo europeo, costruttivismo ed evoluzionismo costituzionale) e di evidenziare le linee comuni di quei "movimenti" che fanno capo ai "discontents" del costituzionalismo europeo (essenzialmente, il loro ridurre il costituzionalismo alla sua declinazione costruttivista-rivoluzionaria e la presunzione di esclusività - e di superiorità - del costituzionalismo statale - *rectius*, nazionale).

Il secondo capitolo è il più teorico: in esso Martinico cerca di affrontare punto per punto gli argomenti utilizzati da Autori come Avbelj, Krisch e Luciani, con il doppio obiettivo di evidenziare la varietà delle posizioni presenti nel dibattito internazionale (e quindi l'impossibilità di appiattare il dibattito teorico al solo costituzionalismo multilivello come accade spesso in Italia) e di porre in questione alcuni dei capisaldi di queste posizioni (*in primis* la presunzione di esclusività del costituzionalismo nazionale).

L'analisi di altri contesti che conoscono forme di costituzionalismo post-nazionale (Canada e Svizzera) forma l'oggetto del terzo capitolo, teso a dimostrare come quelle che normalmente sono indicate come spie del fallimento costituzionale dell'UE siano, in realtà, elementi tipici di altri contesti, pacificamente definibili come "costituzionali".

Il quarto capitolo, infine, riguarda i conflitti. Dopo avere definito l'orizzonte teorico in cui si inserisce la sua riflessione (*in primis* Chantal Mouffe nel suo *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007), l'Autore volge la sua attenzione ai conflitti costituzionali, concentrandosi sugli episodi giurisprudenziali di conflitto in cui sono in gioco i "materiali costituzionali" nazionali (*Mangold, Michanicki, Filipiak, Winner Wetten, Rodriguez Caballero* etc).

Infine, l'Autore introduce l'idea dell'effetto "sistemico" di quei conflitti che, *prima facie*, sembrano antisistemici. I conflitti hanno un ruolo centrale nello sviluppo del diritto europeo, poiché alimentano il motore dello sviluppo del sistema (il caso classico che viene citato dall'Autore è quello della giurisprudenza c.d. *Solange*, che invece di determinare una crisi persistente ha favorito la progressiva apertura della giurisprudenza sovranazionale alle istanze costituzionali nazionali).

A questo punto, però, l'Autore cerca di andare oltre, rinvenendo altri possibili esempi di conflitti sistemici (secondo un modello che legge "positivamente" la funzione sociale del conflitto), scorgendo un possibile esempio nella relativamente recente dialettica giurisprudenziale relativa all'autonomia del diritto processuale nazionale (sulla scia di sentenze come *Lucchini, Fallimento Olimpiclub, Cartesio*), prendendo spunto dalle [Conclusioni](#) presentate dall'Avv. Generale Cruz Villalón relativamente al

caso *Elchinov*.

Le conclusioni del volume contengono alcune riflessioni sul “futuro” dei conflitti costituzionali: secondo Martinico, essi avranno ancora un ruolo centrale nello sviluppo del diritto dell’Unione per almeno tre ordini di ragioni: 1) i recenti allargamenti hanno introdotto una notevole dose di eterogeneità costituzionale nella struttura del diritto sovranazionale; 2) la bruciante bocciatura del Trattato-Costituzionale ha scoperto il nervo terminologico, e – come ricordava Bin – ha fatto “*esplodere in modo drammatico i conflitti latenti, che sono celati dai silenzi e dalle elusioni delle costituzioni stesse*” (R. Bin, “Gli effetti del diritto dell’Unione nell’ordinamento italiano e il principio di entropia”, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Jovene, Napoli, 363-383, 372-373). Infine, 3) la futura adesione dell’UE alla Convenzione europea dei diritti fondamentali, non “*placherá*” – secondo Martinico – le tensioni passate tra le Corti europee ma, anzi, potrebbe favorire nuove ondate di concorrenza interpretativa, tesa all’acquisizione del monopolio interpretativo sulla “*materia*” dei diritti fondamentali.

Un limite di questo lavoro è la scelta di ricorrere a delle conclusioni aperte, in cui l’Autore ammette di non avere una risposta completa a quelle che in apertura del I capitolo erano indicate come le “domande di ricerca”, il che dimostra che il percorso di ricerca è a una tappa intermedia e, come pare capire dall’ultimo capitolo, potrebbe svilupparsi esplorando nuovi temi. Tra questi, spicca quello relativo alla relazione fra la teoria dei conflitti e la complessità costituzionale dell’UE (a cui l’Autore aveva dedicato molte pagine nella sua prima monografia, G.Martinico, [\*L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo\*](#), Jovene, Napoli, 2009).

Un altro punto critico è l’assenza di una distinzione fra i conflitti dotati di effetto sistemico (che, per le ragioni esposte, hanno una valenza positiva) e quelli che ne sono sprovvisti: dalle pagine dell’ultimo capitolo, infatti, si evince come un criterio *a priori* non esista. Ciò, dice l’Autore nelle conclusioni, è coerente con il non-riduzionismo proprio della teoria dei conflitti, ma indubbiamente il punto meriterebbe un approfondimento.

Questi appunti non pregiudicano il valore innegabile del lavoro, che di certo contribuirà alla maturazione di un dibattito, soprattutto in Italia, sul destino costituzionale dell'Unione, in virtù dello stile di scrittura diretto e chiaro, ma soprattutto grazie ad un approccio che, come si è detto, è originale e sostiene con efficacia la teoria dell'Autore.