

European Journal of Legal Studies

Special Conference Issue: “Governance, Civil
Society and Social Movements”

Edited jointly by Michael Blecher, Giuseppe Bronzini,
Jennifer Hendry, Christian Joerges and the EJLS

*Integrazione attraverso la de-
giuricizzazione? Un evento
interlocutorio*

Christian Joerges



Integrazione attraverso la de-giuridicizzazione? Un intervento interlocutorio

Christian Joerges
ZERP- Brema

Introduzione

Questo contributo si incentra sul rapporto tra diritto e governance in Europa. Esso sviluppa l'approccio, introdotto dieci anni fa da Jürgen Neyer e da me con il nome di "sovrnazionalismo deliberativo", le cui fondamenta teoriche sono la teoria habermasiana del discorso e la connessa procedimentalizzazione del diritto. In questa prospettiva diviene possibile trattenere la "svolta verso la governance"¹ entro i binari proprio dello stato di diritto. Ciò vale per tutti i livelli di governo, e tuttavia alcune differenziazioni sono opportune. La legittimazione attraverso il diritto, realizzata nello stato costituzionale dal diritto procedurale, richiede nella "costellazione postnazionale" una svolta alla luce del "diritto dei conflitti"². Sulla base di una concezione del diritto europeo come diritto dei conflitti fra le norme è possibile non soltanto legittimare democraticamente l'influenza del diritto europeo sul diritto nazionale, ma anche limitare e costituzionalizzare le nuove (e meno nuove) forme di

¹ In tedesco, *governance* è reso con *Regieren*, e ciò corrisponde all'uso linguistico introdotto con la parola chiave del DSG "*Regieren in Europa*" (1996), ma non deve essere inteso, in maniera programmatica, nel senso di una svolta (o inversione) verso la *governance*. [Nella traduzione italiana, si è preferito conservare l'inglese *governance*, in assenza di un termine del lessico giuridico italiano che rendesse percepibile la sfumatura semantica che vi è in tedesco tra *Regierung* e *Regieren*, n.d.T.].

² [Il *Kollisionsrecht* riflette il concetto anglosassone di *conflict of laws*, per il quale manca una analoga categoria nella scienza giuridica italiana, venendo riassorbito nella tradizionale disciplina del diritto internazionale privato (cui peraltro corrispondono le nozioni tedesche ed inglesi di *Internationales Privatrecht* e *Private International Law*). La locuzione "diritto dei conflitti" si è tuttavia diffusa proprio in seguito alla recezione, anche in Italia, delle nozioni di *Kollisionsrecht* e *conflict of laws* n.d.T.].

governance europea. A queste tesi corrisponde l'articolazione del presente contributo. Ad un breve riferimento al sostrato teorico segue uno sguardo retrospettivo alla critica delle concezioni interventiste del diritto, che già negli anni Ottanta ha avvicinato il diritto alle prassi di governance (1.). La parte centrale si occupa della svolta europea verso la governance, iniziando con una cronologia delle prassi europee di governance (2.1.), ed illustrando poi come queste possano venire intese secondo l'approccio del diritto dei conflitti (2.2.). Infine, si mostra come soprattutto le cd. nuove forme di governance tendano a sottrarsi ai vincoli giuridici, sollevando interrogativi circa la permanenza stessa del diritto.

Osservazioni metodologiche

In un progetto interdisciplinare non si può prescindere da una riflessione sulle difficoltà di comprendersi reciprocamente. Esse sono dovute, a mio avviso, al fatto che ciascuna delle nostre discipline si sia prescritta una logica propria: la scienza politica svolge indagini a livello descrittivo, quella giuridica si occupa di interpretazioni di testi autoritativi ed elabora dogmatiche.³ Nel suo opus magnum di teoria del diritto, Habermas⁴ ha sostenuto che, nel diritto moderno, il profilo fattuale del diritto e quello della validità si interpenetrano. Perciò la scienza giuridica, ma anche le analisi sociologiche, devono collegare i fenomeni reali di esecuzione del diritto alle pretese normative di validità, che si fondano nei processi democratici che danno origine al diritto. Semplificando: la normatività del diritto rimane un fatto, anche se questa fattualità è difficilmente accessibile ad un'autocomprensione scientifica

³ J. Habermas, "Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie" in: U.K. Preuß, ed., *Zum Begriff der Verfassung* (Frankfurt/M: Fischer, 1994) 83-94; cfr. anche: "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?" in *Political Theory* 29:6 (2001) 766-781.

⁴ J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt/M, Suhrkamp, 1992); vedi anche, in inglese *Between Facts and Norms - Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1998)].

delle scienze sociali, ed indipendentemente dalla circostanza che per molte questioni sia sensato o finanche necessario fondare la fattualità del normativo proprio su quest'ultimo. Non è opportuno tuttavia approfondire ulteriormente il punto non tanto perché, banalmente, in questa sede non si discute di teoria del diritto, ma soprattutto perché dalla teoria discorsiva non si traggono indicazioni per la valutazione dei fenomeni che qui interessano, segnatamente quello transnazionale.

La Governance nello stato nazionale: bringing the 80's back in.

Non è facile stabilire ciò che debba intendersi con il concetto di governance. Nella bibliografia Connex, che raccoglie i relativi testi, si rinvengono, alla data dell'Ottobre 2006, circa 2900 indicazioni. Molto è stato aggiunto negli ultimi tempi, ad es. la ricostruzione aggiornata del concetto di governance e dell'attuale discussione nelle discipline politologiche.⁵ Se una certezza pur sempre rimane, è che quello di governance non è un concetto giuridico. Le prassi che esso indica si differenziano dalle forme d'azione sia amministrativa che governativa, come tradizionalmente intese dal diritto pubblico, amministrativo e costituzionale. Nella prospettiva della teoria dei sistemi è semplice spiegare le ragioni di tali difficoltà di traduzione.⁶ Per la teoria discorsiva del diritto si pone però un interrogativo di fondo: può il diritto, nell'adattare e suggellare quelle prassi, conservare quelle pretese di validità che possono essergli attribuite soltanto democraticamente? Non potendo arrestare la svolta verso la governance, può comunque il diritto sviluppare e mettere in atto parametri che conformino queste pratiche in modo tale che esse, per utilizzare ancora una

⁵ B. Kohler-Koch & B. Rittberger, "The 'Governance Turn' in European Studies", *Journal of Common Market Studies* 44:1 (2006) 27-49.

⁶ G. Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht* (Baden-Baden: Nomos, 2004) 17 ss.

formula habermasiana, “meritino” riconoscimento⁷ e cioè, impiegando una nozione ancor più esplicativa, costituzionalizzazione?

La scienza giuridica tedesca ha reagito alla svolta europea verso la governance,⁸ proclamata a suo tempo enfaticamente dalla Commissione Prodi con compiaciuta esitazione.⁹ I tentativi di recezione, nel frattempo intensificatisi, mi sembrano rimanere vincolati al proprium del diritto. Emblematica, nei contributi soprattutto di Trute e al.,¹⁰ Schuppert¹¹ o Franzius,¹² la collocazione delle prassi di governance in un contesto riconosciuto come normativo (costituzionale) e la loro spiegazione dal punto di vista analitico come compensazione per il fallimento dei tentativi di guida ed indirizzo delle politiche regolative.¹³ Questo ripensamento

⁷ J. Habermas “Zur Legitimation durch Menschenrechte”, in *idem*, *Die Postnationale Konstellation* (Frankfurt/M: Suhrkamp, 1998) 170-192: 171; cfr. anche Habermas, *supra* nota 3.

⁸ Commissione, 2000, 2001.

⁹ C. Möllers, “Policy, Politics oder Politische Theorie?”, in C. Joerges, Y. Mény & J.H.H. Weiler, eds., *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, European University Institute-Robert Schumann Centre / NYU School of Law-Jean Monnet Centre (2002):

<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010601.html>

¹⁰ H-H. Trute, W. Denkhaus & D. Kühlers, „Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in *Die Verwaltung* 37 (2004) 451-473.

¹¹ G. F. Schuppert, „Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplin“, in G.F. Schuppert, ed., *Governance Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien* (Baden-Baden: Nomos, 2005) 371-469.

¹² C. Franzius, „Governance und Regelungsstrukturen“, in *Verwaltungsarchiv* 97/2 (2006) 186-219.

¹³ R. Mayntz, „Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie“, in G.F. Schuppert, *supra* nota 11, 11-20.

si riflette in concetti metodologici che devono rendere possibile ed avviare una traduzione della governance come nuova modalità di governo¹⁴.

Tutto ciò sarà adeguatamente approfondito in questo incontro e si pone al di fuori dell'ambito tematico a me assegnato. È tuttavia importante per le mie posizioni sulla governance europea, che le tesi di teoria del diritto alle quali vorrei ricorrere, soprattutto dal punto di vista metodologico, abbiano fondamenta generali e non meramente legate al contesto europeo.

Riguardo a tali fondamenta, vorrei richiamare la critica teorica all'interventismo giuridico e politico formulata negli anni Ottanta, insieme alla connessa ricerca di un diritto "post-interventista". La delusione per l'inefficacia di "programmi di scopo" giuridici (per la categoria degli "Zweckprogramme"¹⁵) e le preoccupazioni di una "colonizzazione del mondo di vita" attraverso programmi sociopolitici e la loro attuazione giuridico-amministrativa¹⁶ a quel tempo si giustapponevano e si contrastavano. In comune avevano l'intuizione che i processi economici e sociali nelle società moderne sono strutturati in maniera molto più complessa di quanto non fosse previsto nelle dicotomie che contrapponevano mercato e stato, economia e interventismo, diritto e politica. Si è quindi cercata una nuova razionalità del

¹⁴ La formula "Governance attraverso strutture di regolazione" (*Governance durch Regelungsstrukturen*), coniata da Schuppert e nel frattempo divenuta influente (Franzius 2006 con ulteriori indicazioni), postula ricostruttivamente una connessione tra struttura problematica e metodo del diritto in una forma che corrisponde alla svolta verso la procedimentalizzazione cui si è fatto cenno sub I. Nel seguito si tratterà invece degli elementi specifici dell'Europa, che qui hanno imposto "da sempre" le prassi di *governance*, per la cui definizione giuridica i modelli sviluppati nello stato nazionale devono essere riformati.

¹⁵ Cfa. N. Luhmann *Rechtssoziologie, Band 2* (Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 1972) 227 ss.

¹⁶ J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1981, 522 ss.

diritto, che separasse l'interventismo dello stato sociale dalla sua razionalità giuridica "materiale", senza contestualmente ricadere nel classico formalismo giuridico ed assimilarne la tipica debolezza nei confronti del potere economico e sociale. La nuova razionalità giuridica avrebbe dovuto smascherare il mito che il diritto possa catturare la realtà attraverso l' "applicazione" di teorie sociali. La "procedimentalizzazione" del diritto¹⁷ ed il concetto di un diritto "riflessivo"¹⁸ portavano dunque, in antagonismo reciproco, i nuovi auspici. Entrambe le correnti di pensiero si sono occupate di molteplici dimensioni della prassi giuridica: di deficit di implementazione, di alternative alla regolamentazione gerarchica command and control,¹⁹ di alternative a una rigorosa risoluzione giudiziaria delle controversie, dei pro e dei contro di alternative all'hard law, ecc. Era inoltre presente l'idea che un tipo di diritto, che volesse promuovere l'effettività della regolazione economica e sociale ed anche assicurare la sua più ampia legittimazione sociale, fosse costretto a

¹⁷ R. Wiethölter, "Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts)", in V. Gessner & G. Winter, eds., *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie* 8 (Opladen, 1982) 38-59; R. Wiethölter, „Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in G. Brüggemeier & C. Joerges, eds., *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Materialien* 4 (Bremen, 1984), 25-64.; J. Habermas (1992), *supra* note 3, 516 ss.; J. Habermas, „Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School” in *idem, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1996) 309-398; 337 ss., 378 ss.

¹⁸ G. Teubner, "Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 69 (1982) 13-59 [= 1983, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review* 17/2, 239-285].

¹⁹ G. Teubner, *ibid*, und "Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", in F. Kübler ed., *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen* (Baden-Baden: Nomos, 1984) 289-344 [= 'Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions', in *id.*, ed., *Juridification of Social Spheres* (Berlin-New York: de Gruyter, 1987) 3-48].

riconcettualizzare le sfere giuridiche costituzionali, amministrative e private e dovesse contestualmente avventurarsi in una apertura cognitiva delle strutture di aspettativa normative, sulle quali poter allora concentrarsi completamente.

Déjà vu? O meglio: The 80s revisited! Tutte le questioni appena menzionate sono, dopo la “svolta verso la governance”, di nuovo (oppure ancora) all’ordine del giorno. Una irritazione lascia semplicemente il passo alla successiva? Una modalità straordinariamente molteplice è seguita da una nuova corrente? Lo potranno spiegare gli storici che indagano con il paradigma della Begriffsgeschichte. Io vorrei accontentarmi di sottolineare tre linee di continuità, che mi sembrano importanti per passare al livello europeo della Governance.

Una caratteristica delle modalità di governance, percepita ovunque come virulenta, è l’importanza che vi assume il sapere degli esperti, non solo quello delle scienze naturali, in quanto necessario per le politiche di regolazione del rischio, ma ogni tipo di sapere specifico che si offre per la soluzione e la gestione di problemi. Si tratta di un fenomeno molto risalente, diffuso già anche nello stato nazionale. Wolfgang Schluchter²⁰ lo ha contrassegnato, con riferimento all’amministrazione weberiana, con la coppia “autorità d’ufficio” (Amtsautorität) e “autorità esperta” (Sachautorität).

Se l’esecuzione di programmi normativi non è sufficiente affinché l’amministrazione adempia i compiti che le sono propri, allora la società penetra nell’amministrazione con il sapere di cui quest’ultima non dispone. È naturale pertanto includere gli attori sociali nell’ “esecuzione di

²⁰ W. Schluchter, *Aspekte bürokratischer Herrschaft: Studien zur Interpretation der fortschreitenden Industriegesellschaft*, cit. secondo la nuova edizione (Frankfurt/M: Suhrkamp, 1985/1972) 145-176.

compiti pubblici”, non solo a causa delle loro specifiche competenze, ma piuttosto per utilizzare le loro capacità manageriali.

Più importante, per l’argomentazione che seguirà, è un fenomeno che, nella tradizione americana dei Critical Legal Studies è noto come “indeterminatezza”²¹ e frammentazione²² del diritto. In una prospettiva di teoria dei sistemi, Helmut Willke ha a suo tempo²³ coniato l’espressione di *situazioni complesse di conflitto* (*Komplexe Konfliktlagen*), in cui lo “stato supervisore” (Supervisionsstaat) reagisce con “programmi di relazione” (Relationierungsprogramme). I suoi esiti possono descriversi anche in maniera più convenzionale: esistono problemi il cui trattamento richiede il coordinamento di diverse competenze e conflitti di scopo tra programmi politici vigenti la cui soluzione non è pre-programmata in alcun luogo.

Questo terzo aspetto rinvia alla inevitabilità ed alla difficoltà di una procedimentalizzazione del diritto. Prestazioni di coordinamento del tipo appena descritto vengono di fatto realizzate nel “procedimento esplorativo della prassi”. Quali qualità normative hanno tali convergenze? Sulla base di quali premesse meritano riconoscimento? Trattando questo contributo dell’Europa sarà sufficiente delinearne la struttura problematica ed il nesso con la costellazione

²¹ D. Kennedy, “Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education* 36 (1986) 518-567; M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (Helsinki, 1989; Cambridge: CUP, 2007).

²² M. Koskenniemi, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2006) 9-36.

²³ H. Willke, *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer gesellschaftlichen Steuerungstheorie*, (Königstein/Ts: Atheneum, 1983)177 ss; *idem, Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, (Frankfurt/M: Suhrkamp, 1992).

europea nazionale e postnazionale: anche all'interno del sistema giuridico dello stato nazionale vi è la necessità di coordinare principi giuridici incompatibili o confliggenti. Tale prestazione di coordinamento non si lascia pre-programmare dal centro nel suo contenuto. Si tratta di una produzione di diritto (Recht-fertigung), che deve conquistarsi la legittimità a partire dal procedimento di convergenza, all'interno del quale essa avviene. Tutto ciò pone la teoria discorsiva in un certo imbarazzo. Habermas²⁴ ha postulato che, “di fronte a decisioni politiche che interessano l'intera società, lo stato deve continuare a far valere, ed eventualmente ad imporre, gli interessi pubblici. Anche quando lo stato interviene nel ruolo di un intelligente consigliere o supervisore, che mette a disposizione diritto procedurale, questo tipo di produzione giuridica deve sempre potersi riagganciare in maniera trasparente, comprensibile e controllabile ai programmi legislativi”. Con ciò egli ha colto la necessità e la difficoltà di una “costituzionalizzazione” delle produzioni del diritto decentrate. La difficoltà è doppia: le soluzioni di problemi rinviano a prestazioni produttive di attori sociali, e non possono dunque venire pre-programmate nel contenuto. Le sole indicazioni procedurali rilevanti devono estendersi alla concertazione di attori governativi e non-governativi.²⁵ Su questo aspetto si tornerà nel contesto europeo (infra 2.2).

La governance europea

²⁴ J. Habermas, *supra* nota 4, 532.

²⁵ Cifrato e geniale, *cfa.* R. Wiethölter „Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts”, in C. Joerges & G. Teubner, eds., *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, (Baden-Baden: Nomos, 2003) 13-21 [= “Just-ifications of a Law of Society”, in O. Perez & G. Teubner, eds., *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, (Oxford: Hart, 2005) 65-77, al sito <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/RW.html>].

Ufficiale, chiara e con ambizioni pratico-politiche di vasta portata, la svolta verso la governance in Europa è avvenuta sotto l'egida della Commissione Prodi.²⁶ E tuttavia il diritto e la scienza giuridica non si lasciano impressionare facilmente da un'agenda politica altisonante, per quanto autorevole. Nello stesso libro bianco sulla governance si rinvengono tracce evidenti di una resistenza specificamente giuridica, legata al tradizionale metodo comunitario, alla “modernizzazione” di questo, ispirata da un approccio politologico e amministrativista.²⁷ Siffatte difficoltà di comunicazione riflettono molto chiaramente le differenze delle discipline coinvolte alle quali si è accennato prima (supra, 1). A ciò va aggiunta l'articolazione dei seguenti paragrafi. Essa non si concentra su una fra le definizioni di governance elaborate nel frattempo, ma segue cronologicamente lo sviluppo della prassi europea (2.1), per poi chiedersi se questa “meriti” il nostro “riconoscimento” (2.2).

Forme di governance nuove e meno nuove: una cronologia

Dinanzi alla svolta verso la governance, la reazione del diritto è stata spiccatamente pragmatica. Gli apripista di questa svolta non sono stati think tanks delle scienze economiche o sociali, bensì pratici, funzionari e giudici, che si sono visti costretti ad operare all'ombra ed alle spalle dei trattati. Essi hanno fatto fin dall'inizio ciò che contrassegna da sempre la prassi giuridica: questa lavora di norma in maniera affatto spettacolare, rimane sempre attenta a rivestire anche le innovazioni più penetranti del tessuto concettuale del metodo comunitario “sperimentato” oppure a presentarle come la traduzione di indicazioni giurisprudenziali.

²⁶ B. Kohler-Koch & B. Rittberger (2006) *supra* nota 5.

²⁷ C. Joerges “‘Economic order’ – ‘technical realization’ – ‘the hour of the executive’: some legal historical observations on the Commission White Paper on European governance”; in C. Joerges, Y. Mény & J.H.H. Weiler, *supra* nota 9; C. Joerges, “The Commission’s White Paper on Governance in the EU: A Symptom of Crisis?”, Guest Editorial, *Common Market Law Review* 39/3 (2002), 441-445.

Soltanto in occasione dell'attuazione del libro bianco sul mercato interno del 1985²⁸ questa cautela è stata gradualmente dismessa. Dalle opzioni che si erano “date” sono stati sviluppati approcci e modelli di regolazione, interpretabili come istituzionalizzazioni di razionalità d'azione specifiche.

Lo spettro delle forme della governance europea, che si è stabilito al di là del tradizionale metodo comunitario, è divenuto straordinariamente ricco. I giuristi si impegnano ad offrirne un panorama, lungo il quale orientare forme d'azione istituzionalizzate, e sono così in grado di distinguere- prescindendo da differenziazioni più sottili e raffinate- cinque modes of governance.

La comitologia

La comitologia europea è la forma più risalente della “nuova” governance. È sorta laddove per primo si è reso necessario un tipo di governo complesso, che includesse attori europei e nazionali, segnatamente nella politica agricola.²⁹ Nel corso dell'estensione e dell'approfondimento del processo di europeizzazione, l'ampliamento della comitologia è divenuto inarrestabile. “Comitologia” è il concetto tecnico-giuridico per indicare i comitati che hanno il compito di “implementare” le previsioni-quadro comunitarie. Attraverso tali comitati, composti dalle amministrazioni degli stati membri e da esperti da queste nominati, la Commissione organizza un' “amministrazione comunitaria” (cooperativa, estesa ai vari livelli) del mercato interno, in settori politici come la sicurezza alimentare, la sicurezza dei prodotti tecnici e la sicurezza del lavoro. La comitologia deve compensare la mancanza di

²⁸ Commissione, 1985.

²⁹ Cfr. J. Falke, “Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung” in C. Joerges & J. Falke, eds., *Das Ausschufwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung* (Baden-Baden: Nomos, 2000) 43-159.

compiti comunitari genuinamente amministrativi ed assicurati - nonostante tutte le contestazioni del Parlamento - un controllo della Commissione da parte degli stati membri. Nell'includere gli organi nazionali, essa promuove anche l'accettazione delle prescrizioni europee negli stati membri. Nei comitati vengono rielaborate in piccolo le tensioni funzionali e strutturali del progetto del mercato interno. La comitologia non si occupa meramente di questioni "tecniche", bensì, sufficientemente spesso, di temi politicamente sensibili; essa media tra necessità funzionali ed esigenze normative. La mutevole composizione dei comitati deriva dal compito di bilanciare i diversi saperi specifici e i desiderata normativi gli uni con gli altri, per condurli a una sintesi. Ma essa riflette altresì la molteplicità di interessi e le differenze politiche che devono essere espresse nel processo di implementazione. I comitati agiscono spesso come "mini-consigli": essi servono come fori della mediazione tra integrazione del mercato ed esigenze degli stati membri, laddove solidi indizi suggeriscono che le loro discussioni si svolgono in modo competente e deliberativo.³⁰

Il principio del mutuo riconoscimento come prassi di governance

In seguito alla leggendaria sentenza Cassis della CGCE (1979), la Commissione (1980), in una comunicazione che si proponeva di illustrare la decisione, ha sostenuto la tesi che il principio del mutuo riconoscimento, come sviluppato dalla CGCE, implicava che, da allora in avanti, l'Europa potesse trovare il *diritto migliore* nella concorrenza degli ordinamenti giuridici e che la funzione di produzione normativa dovesse corrispondentemente autolimitarsi. Molti hanno fatto ricorso a questa tesi. Si trattava tuttavia di wishful thinking, al quale la prassi della politica del mercato interno non poteva e non voleva allinearsi.

³⁰ Cfa. C. Joerges & J. Neyer, "From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology" in *European Law Journal* 3 (1998) 273-299.

Non poteva, poiché l'assunto che i processi che risultano da un'osservazione reciproca dei sistemi giuridici e dalla percezione dei diritti di libertà dei cittadini del mercato europeo potessero essere concepiti come procedimenti concorrenziali di esplorazione, si fondava su premesse troppo "eroiche". Il passo fatto dalla giurisprudenza aveva delle pretese normativamente più ambiziose, al pari di un "constitutional moment". Agli stati membri non tanto furono contestati trattamenti discriminatori in violazione di obblighi del libero commercio. Piuttosto, fu richiesto loro di giustificare le loro esigenze di regolazione.³¹ Una volta che questo fu chiaro, la discussione sul mutuo riconoscimento è divenuta più intensa ed interessante.³² Non voleva, poiché proprio nell'ambito della politica del mercato interno emergono di continuo questioni di rilievo politico, che i sistemi politici non dovrebbero abbandonare puramente e semplicemente a loro stesse.

Ciò che invece è scaturito dalla giurisprudenza della CGCE in materia di libertà fondamentali è stata l'apertura dei sistemi nazionali ad una critica interna, che può sempre sostenere i propri argomenti alla luce dei punti di vista delle altre giurisdizioni. I legislatori nazionali devono giustificare la ragionevolezza delle proprie leggi nei fori dei propri tribunali ed in quello della CGCE. Per questo giudizio il diritto europeo fornisce dei parametri - come quelli di adeguatezza e di proporzionalità- ed obbliga gli stati membri a tenere in considerazione le esigenze dei propri vicini. Tale procedimentalizzazione del diritto non significa tuttavia che ai cittadini europei è consentito optare per il diritto di volta in volta a loro più favorevole,

³¹ M. Poiars Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, (Oxford: OUP, 1998) 150 ss.

³² V. Schönberger & A. Somek, "Governing Regulatory Interaction: The Normative Question" in *European Law Journal* 12/4 (2006) 431-439; K. Nikolaïdes & S.K. Schmidt "Mutual Recognition on Trial: The Long road to Services Liberalisation" in *Journal of European Public Policy* 18 (2007).

rimpiazzando il confronto politico-giuridico sul diritto giusto con una concorrenza di ordinamenti giuridici.³³

La “nuova concezione” per un’armonizzazione e normazione tecnica: “Private Transnationalism”

La storia (coronata di successo) della “nuova concezione” è stata già spesso ricostruita.³⁴ In questa sede sia ricordato soltanto quanto segue: gli sforzi per abbattere le barriere non tariffarie al commercio avevano posto la CEE dinanzi ad un dilemma, poiché essa, presa nel paradigma dell’ “integrazione attraverso il diritto”, voleva realizzare il mercato interno attraverso l’armonizzazione delle norme rilevanti degli stati membri. Ciò avrebbe richiesto una tale quantità di atti legislativi *di posizione* da far impallidire persino Sisifo. Né molto fu modificato, nel 1987, dal venir meno dell’antica regola dell’unanimità (art. 100 TCEE) con il passaggio alle decisioni a maggioranza qualificata (art. 100a TCE). Anche l’attuazione dell’obbligo del mutuo riconoscimento, introdotto con la sentenza *Cassis-de-Dijon* (CGCE 1979)³⁵, si è rivelata nei singoli casi irta di difficoltà, e non ha condotto, in fondo, a mutamenti di ampia portata. È significativo che i corpi normativi *privati*, che in Germania concretizzarono le prescrizioni in materia di sicurezza dei prodotti, non fossero affatto “più favorevoli all’integrazione”. Per contrastare questi standards di produzione subnormativi, la Comunità non poteva ottenere nulla tramite le misure di armonizzazione, proprio perché si

³³ Esempio, per il diritto delle società, Joerges, *supra* nota 27, 161 ss.; *cfa.* anche, *idem.*, „Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin”, in A. Furrer, ed., *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, (Bern: Stämpfli, 2006) 133-188, disponibile anche al sito <http://www.zerp.uni-bremen.de/english/publikationen/diskussionspapiere.php3>.

³⁴ H. Schepel *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets* (Oxford: OUP, 2005) 37 ss.

³⁵ AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649.

trattava, per definizione, di ostacoli al commercio meramente *privati*. L'astuzia della "nuova concezione" si celava in un fascio di misure convergenti: la funzione europea di produzione del diritto si alleggeriva notevolmente per il fatto di accontentarsi, da allora in avanti, di stabilire dei *requisiti essenziali di sicurezza*. La loro concretizzazione fu delegata a esperti di organizzazioni di standardizzazione europee e nazionali, tra loro ben affiatati. L'inclusione di attori non statali comportò de facto una "delega" di competenze legislative, che tuttavia non poteva essere ammessa apertamente dai fautori della nuova concezione, ma ha dovuto invece essere mascherata dalla finzione che quei *requisiti essenziali di sicurezza* programmassero in misura sufficiente il lavoro delle organizzazioni di normazione.

Agenzie: politicizzazione dell'azione amministrativa

Le agenzie indipendenti hanno costituito il nucleo istituzionale della concezione di Giandomenico Majone³⁶ per lo sviluppo dell'UE nel senso di uno "stato regolatore". Gli stimoli di Majone incontrarono grande attenzione, ma non furono mai attuati integralmente.

È bensì vero che l'Europa ha recepito i concetti che egli ha importato dagli Stati Uniti e dato forma a un impressionante numero di istituzioni, che passano per agenzie. Cosa siano o saranno tali agenzie non è tuttavia ancora acclarato. Certo è che le nuove agenzie europee hanno in comune con le loro cugine americane, le Independent Regulatory Agencies, soltanto una parte del nome. Esse non sono unità amministrative autosufficienti e non hanno competenze di produzione del diritto. Si occupano di procedimenti autorizzativi, come ad es. per i medicinali, o di assunzione e divulgazione di informazioni- un'attività, quest'ultima, generale ed informale, semplicemente preparatoria o complementare rispetto a quella politica *vera e propria*. Le nuove agenzie europee rispondono così ad un bisogno di regolazione

³⁶ G. Majone, "The Rise of the Regulatory State in Europe" in *West European Politics* 17 (1994) 77-101.

correttiva del mercato e settoriale indirettamente oppure, secondo la concezione della Commissione europea, semplicemente come organi esecutivi che assistono la Commissione.

Ne consegue che in molte comunicazioni ufficiose si ammette che le agenzie possano adempiere i loro compiti “*tecnocraticamente*”. Tale rappresentazione corrisponde in realtà al loro stato semi-autonomo. Essa è anche del tutto compatibile con la loro funzione di aiutare gli stakeholders della politica del mercato interno ad articolare i loro interessi. Egualmente, essa è compatibile con la tesi che l’*amministrazione* del mercato interno ha a che fare più con il sostegno *neutrale* di attività di impresa che non con l’indicazione e l’attuazione di programmi politico-sociali. E tuttavia la qualificazione giuridica delle agenzie come meri organi sussidiari della Commissione è incompleta, se non fuorviante. Nonostante la loro formale sottoordinazione e nonostante la partecipazione di rappresentanti degli uffici nazionali nei loro organi manageriali, le agenzie sembrano ben protette da esplicite e dirette influenze politiche, grazie ai loro atti istitutivi (direttive e regolamenti del Consiglio), alla loro stabilità organizzativa, alla relativa autonomia dei loro bilanci (conformata diversamente nei singoli casi), ed al loro collegamento a rete con le amministrazioni nazionali.³⁷ Tutti questi vincoli significano in verità che le agenzie non possono sviluppare autonomamente i loro programmi, ma che esse si rappresentano come una riorganizzata comitologia, i cui poteri sono limitati de jure alla forma dei comitati consultivi.

³⁷ M. Everson, “Control of Executive Acts: The Procedural Solution. Proportionality, State of the Art Decision-Making and Relevant Interests” in D. Curtin, A.E. Kellermann & S. Blockmans, eds., *EU Constitution: the Best Way Forward* (Den Haag: Asser Press, 2005) 181-200.

Il metodo aperto di coordinamento (MAC): “commiato dal diritto?”

Il cd. metodo aperto di coordinamento non si può misurare, per fare un bilancio del suo successo, con le forme di governance tratteggiate fino a ora. Ciononostante esso ha acquisito, dall'introduzione del nuovo titolo VIII sull'occupazione nel Trattato di Amsterdam ed in seguito alla raccomandazione del Consiglio europeo di Lisbona nel 2000 sull'applicazione del MAC nei settori della politica sociale, grande attenzione, e si è affermato puramente e semplicemente come *new mode of governance*.³⁸ Il MAC deve la sua popolarità all'aspettativa di prestare aiuto in settori nei quali gli attori politici sono fortemente spinti ad agire, ma nei quali il Trattato non attribuisce loro alcuna competenza legislativa, né il tradizionale metodo comunitario sarebbe di aiuto. Ciò che procura ai giuristi considerevoli mal di capo sono soprattutto le modalità dell'azione: in luogo dell'obbligatorietà e della sanzionabilità giuridica proprie dell'azione legislativa ed amministrativa subentra nel processo di coordinamento un procedimento di supervisione multilaterale, in cui, sulla base delle direttive o degli indicatori (benchmarks) che devono essere fissati dal Consiglio europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, avvengono una supervisione reciproca e sistematica (*multilateral surveillance*) e una valutazione delle prestazioni dei singoli governi in sede di Consiglio (*peer review*). La percezione pubblica di tale coordinamento di politiche e la comparazione delle pratiche acquisite (*best practices*) dovrebbero ingenerare la necessaria pressione e motivazione per un adeguamento verso l'alto ed un cambiamento delle politiche a livello degli stati membri.³⁹ Una tutela giurisdizionale contro questo tipo di potere politico non è prevista, per non dire un controllo da parte del giudice costituzionale. Simili misure

³⁸ Cfa. O. Gerstenberg & C. Sabel, "Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?" in C. Joerges & R. Dehousse, eds., *Good Governance in Europe's Integrated Market* (Oxford: OUP, 2002) 289-341; G. De Búrca & J. Scott, eds., *New Governance, Law and Constitutionalism* (Oxford: OUP, 2006)

³⁹ Scettico ad es. A. Schäfer, *Die neue Unverbindlichkeit. Wirtschaftspolitische Koordinierung in Europa*, Frankfurt/M, New York: Campus Verlag, 2005) 190 ss.

debbono apparire disfunzionali proprio laddove l'azione politica deve essere organizzata al di fuori delle competenze previste dal diritto costituzionale e dal diritto europeo- avvenga ciò nella politica sociale, in quella della formazione o in quella dell'armonizzazione del diritto civile in Europa.

Un diritto sopranazionale dei conflitti di nuovo tipo come forma di costituzione dell'Europa

Le ragioni che vengono addotte per lo sviluppo della prassi para-legislativa della governance europea sono in buona parte note a partire dalla critica del diritto interventista. Si tratta di situazioni di conflitto complesse, che non si lasciano gestire centralisticamente e gerarchicamente. Il diritto positivo predispone soltanto una cornice all'interno della quale può essere elaborata una soluzione del problema. Due peculiarità del sistema europeo apprestano difficoltà aggiuntive.

Anche se lo stato nazionale non è in grado di programmare soluzioni e di farle eseguire da una gerarchia amministrativa, tuttavia la sua capacità di integrazione, necessaria per una coerente risoluzione dei problemi, è più forte di quella del sistema multilivello europeo: in Europa il diritto deve imparare a mediare fra differenti livelli di competenza, i cui vincoli giuridici sono più deboli rispetto a quelli di un sistema federale. Questa difficoltà può essere superata, come verrà mostrato in seguito, attraverso una interpretazione del diritto europeo come diritto dei conflitti tra norme (2.2.1). Se inoltre il diritto deve organizzare il rapporto tra istituzioni (pubbliche) politicamente responsabili e le prestazioni proprie di una sfera privata autoorganizzantesi, per poter utilizzare il loro sapere e le loro capacità di management, allora deve estendere corrispondentemente le proprie prestazioni di coordinamento. Già nella mera descrizione delle prassi di governance europea è divenuta visibile una tendenza che, ad un primo sguardo, gli scienziati della politica trovano meno irritante dei giuristi: le forme di

governance di cui si serve l'Europa non erano, oppure non erano previste così nei trattati. Questo scivolamento verso forme d'azione extra-legali è rafforzato in misura crescente da una deformalizzazione che, nel caso del MAC, si spinge fino alla Governance al di là dell'ordinamento delle competenze del trattato e, di conseguenza, cerca di cavarsela anche del tutto senza diritto. Dinanzi a tutte queste difficoltà, la risposta dovrà essere un “diritto dei conflitti di secondo ordine” europeo (2.2.2).

Unitas in Pluralitate: Il diritto europeo dei conflitti di primo ordine (sovrnazionalismo deliberativo I)

La risposta alla prima difficoltà si mantiene nel quadro di una proposta che Jürgen Neyer ed io⁴⁰ abbiamo sviluppato 10 anni fa, quando auspicammo la sostituzione di un sovrnazionalismo deliberativo nel diritto europeo a quello tradizionale od ortodosso- un approccio che perseguiamo tuttora.⁴¹ Il sovrnazionalismo deliberativo fu sviluppato, con intento di legittimazione, alla luce di una forma di governance europea allora a malapena considerata dal punto di vista teorico, ma da tempo molto rilevante nella prassi, e cioè la comitologia. Allora giungemmo alla conclusione che la comitologia funzionasse assai meglio di quanto la sua immagine opaca lasciasse presupporre. E in verità non abbiamo affermato né che i processi deliberativi nelle sedi transnazionali sono un surrogato della democrazia, né tantomeno abbiamo voluto raccomandare una burocrazia funzionale transnazionale come forma di potere per l'Europa.

⁴⁰ Joerges & Neyer, *supra* nota 31.

⁴¹ C. Joerges, *supra* note 27; J. Neyer, “The Deliberative Turn in Integration Theory” in *Journal of European Public Policy* 13/5 (2006) 779-791.

Abbiamo voluto piuttosto aggirare il consueto dilemma del deficit democratico dell'Europa. Il nucleo della tesi era e rimane il seguente: anziché lamentare sempre nuovamente che l'Europa non soddisfa gli standards degli stati costituzionali democratici, bisogna porsi dinanzi ai deficit strutturali di democrazia degli stati nazionali e chiedersi come il diritto europeo possa contribuire ad un loro superamento.

Il motivo di questa conversione sta nel semplice fatto che i processi di europeizzazione e globalizzazione rinforzano gli effetti "extraterritoriali", per usare un termine tratto dal diritto dei conflitti tra norme, delle decisioni politiche ed economiche e minano contemporaneamente l'efficacia delle politiche degli stati nazionali (detto in termini del diritto dei conflitti: politiche "unilaterali"). Sempre meno può concepirsi che uno stato membro dell'UE prenda decisioni politiche significative, che producano effetti soltanto all'interno del proprio territorio. Ciò ha implicazioni per la teoria della democrazia: gli stati costituzionali organizzati come nazioni sono strutturalmente incapaci di agire democraticamente, non potendo includere nei procedimenti elettorali, in cui essi approvano i loro programmi politici, tutti coloro che sono toccati dalle decisioni degli stati nazionali. Al contrario: i cittadini degli stati membri dell'Europa non possono chiamare a rispondere una molteplicità di attori politici *estranei* che decidono dei loro interessi.

Così non si è potuta la validità sopranazionale del diritto europeo. L'astuzia della ragione vuole tuttavia che si razionalizzi la decisione della CGCE, assai audace da un punto di vista teorico-metodologico nonché di grande successo nella prassi, a favore di una costituzione giuridica europea (EuGH 1963). La *federazione* europea ha trovato una costituzione che non deve avere come obiettivo la trasformazione dell'Europa in uno stato, ma che può trarre la sua legittimazione dalla compensazione dei deficit democratici degli stati nazionali. Proprio di ciò

tratta il sovranazionalismo deliberativo. Il diritto europeo esistente, questa la nostra tesi, ha messo in vigore principi e regole che trovano e meritano un riconoscimento sovranazionale, poiché essi sono espressione di un progetto comunitario realmente percepibile. Si osservi solo che gli stati membri non possono attuare i loro interessi e/o leggi in maniera illimitata; sono obbligati a rispettare le libertà europee, non possono discriminare, possono perseguire soltanto politiche di regolazione “legittime” in quanto approvate dalla Comunità, devono accordarsi reciprocamente sugli scopi che vogliono perseguire con la loro regolazione e devono conformare le loro regolazioni nazionali nella maniera più community-friendly possibile. Di tale diritto non dovrà dirsi che non è democratico, ma che compensa il deficit di democrazia degli stati nazionali.

La forma giuridica in cui questo compito del diritto europeo può essere realizzato è predisposta dal metodo del diritto dei conflitti. Il diritto dei conflitti è una disciplina antica, che nel suo sviluppo *moderno* in Germania (dal 1848), è inizialmente essa stessa deficitaria, nella misura in cui ha l’obiettivo di identificare, nelle fattispecie internazionali, l’ordinamento giuridico con cui la fattispecie in questione presenta il legame più stretto (“in cui il rapporto giuridico ha la sua sede”). Si danno tuttavia alcuni limiti imprescindibili: il diritto dei conflitti tradizionale (diritto internazionale privato, diritto internazionale pubblico) nega applicazione al diritto straniero *pubblico* e determina l’ambito di validità del proprio diritto pubblico *unilateralmente*. È il tipico esempio di “nazionalismo metodologico”.⁴² Ma la logica del diritto dei conflitti ha un altro potenziale significativo: essa può essere utilizzata ovunque si incontrino e debbano essere coordinate proposizioni giuridiche dal contenuto e dagli scopi

⁴² M. Zürn, “Politik in der postnationalen Konstellation: Über das Elend des methodologischen Nationalismus” in C. Landfried, ed., *Politik in der entgrenzten Welt* (Köln: Verlag Wissenschaft & Politik, 2001) 181-204. [= *idem*. “The State in the Post-national Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance”, *ARENA Working Paper*, 35 (1999)].

divergenti, nei rapporti interni o esterni di un ordinamento giuridico.⁴³ Pur non potendo richiamarmi a questi autori per suffragare la mia concezione del diritto europeo, ad essi mi riferisco per sostenere la tesi che il diritto, quando si occupa di pretese di validità confliggenti e parimenti legittime, poiché provenienti da ordinamenti legittimati democraticamente, deve pensare alla maniera del diritto dei conflitti e trovare metodi procedurali per il superamento di questi. Tale diritto dei conflitti europeo deve essere inteso come un “law of law making”,⁴⁴ un diritto sulla produzione del diritto.⁴⁵

Questa prospettiva del diritto dei conflitti conserva la sovranazionalità del diritto europeo, ma le conferisce un altro significato. Essa alleggerisce il diritto europeo da pretese pratiche e di legittimazione che non può adempiere. Allo stesso tempo, essa apre lo sguardo alle molteplici situazioni di conflitto verticali, orizzontali e diagonali nel sistema multilivello europeo. Promuove l’idea che il processo di europeizzazione debba tendere a soluzioni di conflitti molteplici e flessibili, anziché prescriversi il perfezionamento di un corpo giuridico sempre più completo.

⁴³ R. Wiethölter, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm*, (Frankfurt/M: Festschrift Kegel, 1977) 213-263; G. Teubner, „Der Umgang mit den Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter”, in C. Joerges & G. Teubner, eds., *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie* (Baden-Baden: Nomos, 2003) 22-45; A. Fischer-Lescano & G. Teubner, „Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter” in S. Buckel, R. Christensen & A. Fischer-Lescano, eds., (Stuttgart: UTB, 2006) 79-96.

⁴⁴ F.I. Michelman, *Brennan and Democracy* (Princeton, NJ: PUP, 1999) 34.

⁴⁵ R. Wiethölter, “Recht-Fertigungs-Recht”, *supra* nota 25.

Non si tratta di semplice wishful thinking. Da tempo l'Europa dispone di un diritto che sollecita, per la Comunità, una politica che preservi l'autonomia politica degli stati membri e, per gli stati membri, una politica compatibile con la Comunità.⁴⁶ Gli stati membri non possono discriminare e devono tenere in considerazione le esigenze dei loro vicini. I cittadini europei possono attivare un procedimento in cui il loro stesso stato di origine è costretto a giustificare la sua legislazione. Nel linguaggio più consueto dell' *acquis communautaire*: gli stati dell'Unione non possono concepire ed eseguire i loro interessi e le loro leggi a proprio arbitrio; sono obbligati a rispettare le libertà europee; non possono discriminare; possono perseguire esclusivamente obiettivi di regolazione riconosciuti dal diritto comunitario; nel perseguimento di tali obiettivi devono osservare il principio di proporzionalità.

La giuridicizzazione delle prassi di governance europea attraverso un diritto dei conflitti di secondo ordine (sovrnazionalismo deliberativo II)

La plausibilità di una interpretazione delle prassi di governance europee alla luce del diritto dei conflitti salta agli occhi con il principio del mutuo riconoscimento, tanto che la sua forma procedurale è stata finanche ricostruita dalle scienze sociali (come “managed mutual recognition”⁴⁷). E tuttavia tale interpretazione del diritto europeo non si limita a questi esempi. È evidente anche in altre forme della governance, segnatamente nella comitologia. I procedimenti della comitologia sono stati utilizzati in occasione del *completamento* del

⁴⁶ F.W. Scharpf, “Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik einer europäischen Mehrebenen-Politik“ in W. Weidenfeld, ed., *Reform der Europäischen Union. Materialien zur Revision des Maastrichter Vertrages*, (Gütersloh: Bertelsmann, 1993) 75-96 [= “Community and Autonomy, Multi-Level Policy-Making in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 1 (1994) 219-42].

⁴⁷ K. Nikolaïdes, “Globalization with Human Faces: Managed Mutual Recognition and the Free Movement of Professionals” in F. Kostoris & P. Schioppa, eds., *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process* (New York: Palgrave, 2005) 190-223.

mercato interno, per rendere compatibile il progetto del mercato interno con alcuni temi della *regolazione sociale* (tutela del lavoratore, del consumatore, dell'ambiente). Le regole quadro, che qui vengono *attuate*, utilizzano tipicamente formule con clausole generali, che non intendono programmare nel contenuto il coordinamento, ma far sì che per ciascuno stato membro possa trovarsi una concretizzazione adeguata. Si tratta per lo più di problematiche per la cui elaborazione è indispensabile il sapere degli esperti e che richiede perciò un'apertura cognitiva del diritto. È la partecipazione degli stati membri nei comitati, attraverso i loro rappresentanti, insieme alla consultazione in una "expert community" plurale, a dover garantire sia la legittimità politica che la competenza specialistica delle regole adottate.

Procedimenti secondo la clausola di protezione, che vengono adottati quando possono essere acquisite nuove conoscenze oppure una regola si rivela inadeguata, ne rinforzano la qualità normativo-procedurale. Un'interpretazione di questa forma di governance alla luce del diritto dei conflitti è adeguata, poiché essa consiste in prestazioni di coordinamento per un'unione di stati relativamente autonomi, che deve sussistere anche senza un apparato amministrativo ordinato gerarchicamente o comunque unitariamente. In effetti, una *costituzionalizzazione* che garantisca alla comitologia il riconoscimento che merita, deve dedicarsi a un'ampia serie di ulteriori questioni: la nomina e le funzioni di circoli di esperti, che devono essere inclusi nel processo decisionale; i legami con gli organi parlamentari da un lato, e con la società civile dall'altro; le peculiarità delle questioni etiche; le implicazioni distributive delle politiche regolative; la possibilità di riesaminare le decisioni prese alla luce di nuove conoscenze o di mutamenti delle preferenze sociali. In ragione della complessità di queste esigenze, le

speranze spesso rivolte ad un “Administrative Procedures Act” europeo secondo il modello americano sono mal poste.⁴⁸

Conclusione provvisoria

Riassumendo: il sistema multilivello europeo rinvia a un tipo di diritto che assicura la sua funzionalità, senza mirare alla trasformazione in uno stato o anche solo alla produzione di un diritto comprensivo ed unitario. Né ciò può o deve cambiare: per usare una fortunata formula del meno fortunato trattato costituzionale: “uniti nella diversità” – che, lì si afferma, deve diventare il motto dell’Unione. Traducendo: non è per l’eliminazione della diversità quanto piuttosto per la sua conservazione che l’Europa si distingue, e pertanto, in relazione alla diversità delle sue tradizioni giuridiche, deve essere il confronto con le differenze giuridiche a costituire il *proprium* del diritto europeo postnazionale. La concezione del diritto europeo come diritto dei conflitti fra le norme è una proposta di interpretazione che vuole tener conto proprio di questa specificità. Il diritto dei conflitti, anche quello procedurale, è hard law sopranazionale. Esso deve realmente costituire l’Europa e si pone così nella tradizione della integrazione attraverso il diritto.

La complessità di questo diritto dipende dal fatto che i meccanismi europei di governance sono divenuti sempre più complessi, e dal fatto che le decisioni non possono essere né delegate a sedi sovranazionali di esperti, né affidate alla Commissione europea, ma nemmeno rinviate ai parlamenti nazionali o poste nella sfera di responsabilità ultima del Parlamento europeo. La diffusività delle nuove forme di governance rinviene il suo *fundamentum in re* nel fatto che in effetti appare ragionevole astenersi dal prendere determinazioni definitive, e

⁴⁸ J. Corkin “A Manifesto for the European Court: Democracy, Decentred Governance and the Process-Perfecting Judicial Shadow”, Kap. V. G, (2007) PhD Thesis, EUI Florence.

piuttosto organizzare discorsi durevoli nazionali e transnazionali, ai quali partecipino attori politici e circoli di esperti, e nei quali trovi ascolto la società civile al pari della sfera pubblica generale.

Quanto sono praticabili queste idee? È sempre possibile mettere alla prova il loro disegno: l'interpretazione dell'Europa alla luce del diritto dei conflitti prende sul serio la sua molteplicità. Non prevede alcuna mano invisibile che si preoccupi non solo della pensabilità ma soprattutto dell'attuabilità di soluzioni sui conflitti "tali da salvaguardare l'autonomia e da essere sostenibili per la comunità". Può soltanto pretendere che nell'UE si diano presupposti tali da favorire una forma di comunicazione politica deliberativa, vincolata da regole e principi, in cui gli argomenti vengano accettati solo se capaci di spiegare agli interessati che essi non sono, puramente e semplicemente, una riformulazione strategica di interessi particolari. Essa è inoltre realistica poiché riconosce la fragilità del sistema europeo.

Ciò vale anche per le vecchie e nuove prassi di governance europee. Se una costituzionalizzazione di tali prassi possa riuscire è una questione aperta. Le sole forme di reazione pensabili, con cui il diritto può contribuire a realizzare il proprio bisogno di riconoscimento, sono di natura procedurale: trasparenza, pluralismo, aperture di procedimenti consultivi e decisorii, strategie incrementali di giuridificazione e garanzie di reversibilità, presa in considerazione di riserve di carattere etico, valutazioni in sedi parlamentari nazionali e sovranazionali: il diritto può incentivare la qualità deliberativa della governance europea, ma non può garantirla con le sole proprie forze.

Prospettive

M. Rainer Lepsius⁴⁹ ha ricostruito la “costituzione in mutamento”⁵⁰ (*Wandelverfassung*) del processo di europeizzazione come una storia dell’istituzionalizzazione di differenti criteri di razionalità. Il termine può essere utilizzato per una qualificazione delle diverse funzioni attribuite al diritto nell’assai mutevole storia dell’integrazione, scindibile, aderendo alla classificazione di Weiler,⁵¹ in tre periodi. (1) La “integrazione attraverso il diritto”, in cui è riuscito alla CGCE, con modestia ma con successo, di scrivere una *constitutional charter* tale da sopravvivere alle crisi politiche. La sua forza d’integrazione era dovuta alla circostanza che ad essa bastavano regole e principi che non cercavano di imporre un programma contenutistico al progetto di integrazione, né una costituzione economica di taglio ordoliberal, né un managerialismo tecnocratico, come lo ha concepito Ipsen nella sua tesi sullo *Zweckverband*.⁵² (2) Un deciso riorientamento economico si è compiuto successivamente, segnatamente nel contesto del progetto sul mercato interno della Commissione Delors, allorché la concorrenzialità dell’Europa e la sua efficienza economica tendevano a comprimere un diritto che si percepiva come troppo ingombrante- per innescare tuttavia una intensa e inattesa ri-regolazione del mercato interno. (3) La “svolta verso la governance” proclamata dalla Commissione Prodi può essere concepita come un tentativo di reagire alle prassi sviluppate all’ombra della politica del mercato interno, di bilanciare le sue

⁴⁹ R.M. Lepsius, “Die Europäische Union als rechtlich konstituierte Verhaltensstrukturierung“, in H. Dreier, ed., *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, (Tübingen: Mohr, 2000) 289-305.

⁵⁰ “Wandelverfassung”, *cfa.* H-P. Ipsen, “Europäische Verfassung – Nationale Verfassung“, *Europarecht* (1987) 195-213.

⁵¹ J.H.H. Weiler “The Community System: The Dual Character of Supranationalism”, *Yearbook of European Law* 1 (1981) 257-306.

⁵² H-P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Tübingen: Mohr, 1972) 197 ss.; *cfr.* inoltre M. Kaufmann *Europäische Integration und Demokratieprinzip* (Baden-Baden: Nomos, 1997) 174 ss.

debolezze pragmatiche e di legittimazione, e di sviluppare nuove prospettive per una *buona governance europea* democraticamente riformata.

Come nei periodi precedenti bisogna distinguere tra l'enunciazione di un programma e la sua attuazione. L'interrogativo su cosa accade realmente è oggetto dei 2900 scritti su accennati sul tema della Governance. Non è possibile avere uno sguardo comprensivo su tutto ciò, né tantomeno valutarlo con miglior cognizione di causa. Né sono opportune profezie da Cassandra. Chi tuttavia è uso all'idea di una legittimazione mediata giuridicamente non può nascondere preoccupati interrogativi.

1. La comitologia funziona ragionevolmente. Lo abbiamo accertato con una certa sorpresa Jürgen Neyer e io dieci anni fa⁵³ nel nostro studio sul settore alimentare (non sul settore agricolo, tantomeno sulla sua sezione veterinaria!). Avevamo analizzato pensieri di scuole scientifiche concorrenti, competenti discussioni sugli interessi pubblici e strategie di gestione del rischio, e concluso che bisogna sviluppare una cornice giuridica tale da stabilizzare questa prassi e correggere i tratti kafkiani della comitologia. Da allora sono accadute alcune cose. La Commissione aveva proposto nel 2002 una nuova regolamentazione della comitologia, rimasta senza esito in Parlamento ma che ha trovato invece considerazione nel trattato costituzionale (più ampiamente Bradley)⁵⁴. Si è giunti infine a una riforma con una decisione del Consiglio del luglio 2006, che consolida i diritti di partecipazione del Parlamento, ma solo se una materia ricade nel procedimento di cui all'art. 251 TCE⁵⁵. Essa risolve in questa

⁵³ C. Joerges & J. Neyer (1997/1998) *supra* nota 30.

⁵⁴ *Cfa.* K.S. Bradley, "Halfway House: the 2006 Comitology Reforms", Contribution to the CONNEX Thematic Conference "Creating a European Administrative Space, London, 16.-18. November 2006 (manuscript on file with author).

⁵⁵ Art. 5a ("Procedimento del comitato di regolazione con controlli").

misura- e solo in questa- uno scandalo del procedimento nel comitato di regolazione, segnatamente il potere decisionale della Commissione nei casi del cd. “procedimento *contre-filet*”, in cui una proposta della Commissione non incontra alcuna maggioranza qualificata nei comitati di regolazione competenti, è quindi rinviata al Consiglio, il quale tuttavia non si spinge fino a un rifiuto della proposta. Una compiuta riforma non è stata realizzata⁵⁶. Essa avrebbe presupposto che Commissione, Consiglio e Parlamento considerassero negoziabili i rispettivi interessi istituzionali e prospettive.

È migliore il nuovo mondo delle agenzie? L'esempio più interessante è l'agenzia per la sicurezza alimentare istituita nel 2002. È stato già osservato che questa agenzia non è autorizzata a prendere decisioni giuridiche (che cioè siano controllabili direttamente da un giudice) (supra 2.1). Il suo mandato e ed il suo potere sono di altro tipo. Essa deve, così si dice al 22. considerando, rinforzare “la fiducia dei consumatori e dei partners commerciali”. Come deve accadere ciò? La conformazione del procedimento di autorizzazione per gli organismi geneticamente modificati è indicativa in proposito.⁵⁷ L'agenzia deve procurarsi, per le domande di registrazione, la migliore consulenza scientifica. Essa organizza così conoscenze che non possono essere ignorate da nessuna istanza decisionale. Riuscirà così a ridimensionare le preoccupazioni dei consumatori europei? Lo stesso testo del regolamento non vi fa affidamento. L'art. 37 co. 2 garantisce l'indipendenza del comitato scientifico da qualsiasi intromissione esterna. Secondo l'art. 37 co. 1, sono indipendenti anche i membri del consiglio di amministrazione, del foro consultivo e il direttore esecutivo. La loro indipendenza

⁵⁶ Tipo IIIa del procedimento dei comitati di regolazione secondo la decisione sulla comitologia 87/1967/CEE, G.U. L 197/1997, 33 (su cui Falke 2000: 60s.); art. 56 co. 3a frase secondo la decisione sulla comitologia 1999/468/CE, G.U. L 184/2999, 23 (su cui Falke 2000: 101s.)

⁵⁷ P. Dabrowska, “Hybrid solution for Hybrid Products? EU Governance of GMOs”, PhD Thesis (2006), EUI Florence, cap. 4.

non deve tuttavia metterli al riparo come la loro scienza; essa deve obbligarli ad agire “nell’interesse pubblico”. E questo è un concetto che si apre alle dimensioni politiche dei mercati alimentari. Non è un caso che si ritrova nella composizione del consiglio di amministrazione (art. 25), del foro consultivo (art. 27) e nelle previsioni sul comitato scientifico (art. 28), triade nota dal procedimento della comitologia.

L’art. 37 co. 1 del regolamento non garantisce solo l’indipendenza di quegli organi, ma li obbliga a perseguire l’ “interesse pubblico”. Nella istituzionalizzazione dell’indipendenza, del compito pubblico e dei presupposti quadro dell’azione delle agenzie, Everson⁵⁸ rinviene prospettive affascinanti di una “amministrazione politica” del mercato interno, in cui il diritto afferma di sé:

“In un contesto di *arguing* piuttosto che di *bargaining*, un’amministrazione politica può identificare così la base appropriata per un self-restraint di regolazione; la primazia specificamente contestuale di interessi pubblici concorrenti. In breve, quello dell’ “effective problem solving” è un criterio che soddisfa il desiderio della Commissione di assicurare la legittimazione fattuale degli organi di regolazione europei...mentre la deliberazione accresce le funzioni di legittimazione normativa dell’ “accountability”, specialmente per quanto riguarda la rappresentazione adeguata di tutti gli interessi della società civile”.⁵⁹

“Il diritto europeo riflette i valori giuridici immanenti (conferendo ad essi legittimità al di là di qualsiasi accordo costituzionale, attualmente mancante) e sembra supportare processi durevoli

⁵⁸ Everson (2005) *supra* nota 37.

⁵⁹ *Ibid*, 196.

di aggiustamento tra interessi pubblici egualmente validi attraverso la deliberazione politica”.⁶⁰

Non i comitati ma le agenzie sarebbero allora rappresentanti di una forma transnazionale di democrazia:

“In ogni caso, dove e nella misura in cui il diritto di riesame è conformato in modo da assicurare la partecipazione di tutti gli interessi rilevanti al processo decisionale, sia attraverso un’estesa base per il *locus standi* che attraverso la stipulazione “deliberativa” che tutti gli interessi rilevanti siano riesaminati nella la fase decisionale, l’assenza di rappresentanza nella comunità politica plurale presenta un problema minore”.⁶¹

2. Il metodo aperto di coordinamento è più radicale. In questa sede, sia la deformalizzazione che il dissolvimento delle strutture della comitologia costituiscono parimenti un programma. La legittimità di questa governance, al di fuori del diritto, viene spesso ricercata in un output ritenuto possibile e che tuttavia nessuno può pronosticare. Teoricamente più ambizioso è il concetto dello sperimentalismo democratico⁶² secondo cui l’iterazione del benchmarking, l’autonoma relazione degli stati nazionali con le direttive concordate, insieme

⁶⁰ *Ibid*, 197.

⁶¹ *Ibid*, 198.

⁶² O. Gerstenberg & C. Sabel, *supra* nota 43; C. Sabel & J. Zeitlin, “Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union” (2006), al sito <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers.htm>; cfa. W.E. Scheuerman, “Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization? Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 17 (2004) 101-127.

all'apprendimento reciproco così stimolato, vanno intesi come genuini processi democratici, nei quali si articola un *demos* in relazione a problemi specifici. Gli assunti ai quali in questa sede si è soltanto accennato hanno presupposti impegnativi e sono oggetto di intense ricerche. Devono dipanare molte questioni: come si rinvergono i criteri transnazionali che devono rendere possibile e legittimare un *benchmarking* di esperienze, di storie e di aspettative nazionali? Perché possiamo confidare nel fatto che il confronto con le esperienze degli altri sfoci in politiche coordinate, e come allora questo sarà attuabile contro scettici oppositori? Come dovrà riuscire l'implementazione di queste rappresentazioni nei settori ipercomplessi e contrassegnati dagli interessi opposti delle politiche sociali? Certo non c'è nulla da obiettare allo scambio di esperienze tra burocrazie ed esperti, tali da aprire loro nuove prospettive. Ma, ciò considerato, come si può assicurare che non si stabiliscano networks che poi, senza esporsi al regolare processo politico, attuino ciò che hanno concordato? Una tale governance sarebbe soft nella misura in cui non rinvia più al diritto coercitivo. E tuttavia sarebbe hard, poiché può, a causa della sua informalità, sfuggire ai rischi dei vincoli e dei controlli propri dello stato di diritto.

3. In questo campo- quello del coordinamento dell'integrazione del mercato e della regolazione sociale- la forma effettivamente più riuscita di governance europea, segnatamente la "nuova concezione per l'armonizzazione tecnica e la normazione" è, se si considerano i modelli dello stato nazionale, di gran lunga la più antica e, *da allora*, quella più fortemente *privatamente* costituita. Potrà dunque apparire paradossale ciò che invece si può spiegare con plausibilità: che la *giuridicizzazione* di questo "transnazionalismo privato"⁶³ è riuscita molto di più di quella dei settori tradizionalmente di diritto pubblico, settori ora dominati dalle

⁶³ H. Schepel, *supra* nota 34.

nuove forme di governance. Ciò vale, come ha mostrato Schepel,⁶⁴ non solo per la normazione europea, ma anche per quella internazionale. Si sono così formate procedure riconosciute e stabili, che sintetizzano principi giuridici, standards professionali e chances di partecipazione e conducono sempre a soluzioni consensuali dei problemi.

È significativo che la normazione europea abbia recepito molti caratteri della comitologia. La sua struttura a rete non unitaria assicura che le delegazioni nazionali vi apportino le rispettive prospettive, che effettivamente danno luogo a processi di apprendimento. Le amministrazioni e anche i tribunali sono presenti nelle questioni sulla normazione, talora in maniera attuale, sempre comunque in latenza. Questo “transnazionalismo privato” si è separato dal diritto statale, ma non è degiuridicizzato. Esso si procura il sapere degli esperti, ma non si abbandona ad esso. Dove si fonda la sua accettazione?

“Il paradosso è, naturalmente, che il meccanismo per raggiungere ciò sia la politica. *Due process*, trasparenza, apertura e rappresentanza equilibrata degli interessi sono norme per strutturare una deliberazione sociale significativa. Essi non sono ovviamente i veicoli appropriati per rivelare la “verità” scientifica o per lasciare spazio alla mano invisibile”.⁶⁵

Il diritto, così come la politica, rimangono presenti. In effetti, i processi politici ordinati dal transnazionalismo privato non vengono raggiunti direttamente dalla politica pubblica e dal diritto pubblico. In altre parole: la sua giuridicizzazione avviene apparentemente *dal basso*. Questa produzione di diritto (*Recht-fertigung*) tiene conto proprio della circostanza che

⁶⁴ *Ibid*, 241.

⁶⁵ *Ibid*, 223.

l'economia moderna e i suoi mercati non funzionano come macchine, ma devono prendere decisioni politicamente importanti. Possiamo ammettere che, nell'economia e nella società, i processi politici si costituiscono in modo tale che i loro esiti meritino riconoscimento? Si impone un parallelo con la comitologia, ma anche con il diritto emergente delle nuove agenzie: se la comitologia può sviluppare soluzioni competenti e compromessi equi a partire dai potenziali epistemici e politici dei processi deliberativi, ciò accade grazie ai principi e alle regole alle quali essa si orienta, all'ombra di istituzioni legittimate democraticamente e del loro diritto. Parimenti, la legittimità attribuita da Schepel alla normazione si fonda sulla compatibilità della sua istituzionalizzazione con le istituzioni giuridiche che la circondano, le quali possono intuire di non poter apprestare da sole ciò che invece può fare il processo della normazione (Normung). E' tutto ciò ancora accessibile al modello del diritto dei conflitti? Esso entra in gioco anche quando, come nel caso della normazione, ad aspirare al riconoscimento è un diritto non-statale.⁶⁶ Allo stesso modo rimane da porsi la domanda se quei principi e quelle procedure, secondo cui si costituiscono i congegni di governance transnazionali, meritino un riconoscimento. E tuttavia una risoluzione a questo interrogativo non è ancora in vista.⁶⁷

(trad. it. a cura di Alessandra Di Martino)

⁶⁶ E. Schanze "International Standards - Functions and Links to Law", in P. Nobel, ed., *International Standards and the Law*, Bern: Stämpfli, 2005) 84-103, 90 s.

⁶⁷ J.P. McCormick, "Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution", in *European Constitutional Law Review* 2/3 (2006) 398-429: 415 ss.