



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione
Dipartimento di Scienze politiche
Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale

**Costruzione e dissoluzione
dello spazio pubblico nell'età moderna.
L'Unione europea come caso di studio.**

Dottorando
Dott. Francesco Severa

Relatori
Prof. Beniamino Caravita
Prof.ssa Maria Grazia Rodomonte

Correlatore
Dott. Federico Savastano

Ciclo XXXV

*«E tutte le creature, che sono sotto il cielo,
per parte loro servono, conoscono
e obbediscono al loro creatore meglio di te»*

V Ammonizione

Alle mie due radici accademiche.
A mio padre.

SOMMARIO

INTRODUZIONE	3
PREMESSA METODOLOGICA	5
PARTE I – GENESI	8
1. La costituzione annichilita, tra matrice politica e svolgimento giuridico: sforzi di bilanciamento.	8
2. Il pensiero di Carl Schmitt come possibile chiave interpretativa delle presenti dinamiche di costruzione e decostruzione dello spazio pubblico.	15
2.1 Le costruzioni simboliche del νόμος nel pensiero di Carl Schmitt.	16
2.2 La teorica schmittiana come fenomenologia del tramonto: oltre le tradizionali letture giuridiche.	23
3. Per una definizione di spazio pubblico: due precisazioni.	28
3.1 Spazio pubblico e territorio.	28
3.2 Lo spazio pubblico e la sua istanza fondativa.	34
4. Il nichilismo come orizzonte di decostruzione dello spazio pubblico.	37
4.1 La prospettiva filosofica di Emanuele Severino.	38
4.2 Da Parmenide a Zenone: resistere o assecondare il nichilismo.	40
4.3 Il dibattito americano.	44
4.4 Il piano inclinato del nichilismo.	51
5. Il fattore tecnologico: l'etere come nuova costruzione simbolica del νόμος.	54
5.1 Il sistema giuridico digitale e il necessario vincolo esterno.	54
5.2 Variabili geogiuridiche, geografiche e geopolitiche.	59
6. Elementi materiali della costruzione dello spazio pubblico.	65
6.1 Il concetto di <i>Verfassung</i> e la riflessione di Rudolf Smend: la “bilegalità” come elemento materiale di struttura.	65
6.2 Interpretando Vico: la riflessione di Azzariti e il conflitto come elemento materiale di sostanza.	72
7. Conclusioni.	82

PARTE II – DINAMICA APPLICATA	86
1. La dimensione pubblica dello spazio giuridico europeo.	86
2. Elementi di assimilazione.	103
2.1 La spinta istituzionale.	107
2.2 La spinta giuridica: il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea.	118
3. Elementi di resistenza.	128
3.1 Resistenza convenzionale: le identità nazionali degli Stati membri.	129
3.2 Resistenza pretoria: verifica <i>ultra-vires</i> e controlimiti.	142
4. Conclusioni.	154
PARTE III - MODELLO DI SINTESI	158
Bibliografia	161

Introduzione

Una parte consistente di questo lavoro è stata scritta nella città di Heidelberg. E forse proprio l'atmosfera culturale di quel luogo ne ha ispirato alcuni aspetti strutturali, come anche suggerito alcuni ambiti di ricerca.

Innanzitutto, la divisione in due parti, la prima che configura e definisce un modello astratto di riferimento e la seconda che di esso cura l'applicazione concreta, risponde ad uno schema logico tipico della cultura pandettistica tedesca.

In secondo luogo, l'attenzione al pensiero di Carl Schmitt, autore controverso e certo deprecabile per le sue scelte di adesione politica. Carlo il cattivo, come qualcuno lo chiama, resta però un lucidissimo pensatore e forse il giurista che meglio ha compreso le conseguenze disgreganti di un diritto pienamente secolarizzato, cioè non più legittimato da elementi extra-giuridici, ma totalmente schiacciato sulla mera validità procedurale delle norme: la negazione della coesione comunitaria. La soluzione schmittiana certo non convince. Imporre l'egemonia della politica, quale massimo fattore di integrazione, significa giocare solo di contrasto con la spinta nichilista, con il serio rischio di materializzare distorsioni totalitarie di cui nessuno sente la mancanza. Il costituzionalismo del secondo dopoguerra ha provato a superare il problema giocando in via sintetica: ingabbiare la politica nello stringente contesto di procedure e processi giuridici, così che l'elemento ideologico e quello giuridico potessero bilanciarsi a vicenda. Il concetto identitario è tornato però con forza al centro delle dinamiche del diritto, forse che sia necessario pensare a come inserirlo nuovamente nel modello. Una nuova egemonia da teorizzare: quella della *Kultur*.

Anche nella seconda parte pesa una certa influenza tedesca, vista l'analisi, non contenuta, della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in tema di integrazione europea. Perché la sfida è poi quella. Se lo spazio giuridico sfugge alla sua dimensione pubblica (che è tutto il contrario della secolarizzazione), occorre interrogarsi su come leggere in chiave pubblica il più significativo moderno progetto di edificazione dello stesso, l'Unione europea.

E qui però torna, puntuale, l'anima mediterranea. Perché al giurista non può sfuggire come il processo di integrazione si fondi, in definitiva, su una necessità di armonizzazione. Ventisette Stati membri che decidono di costruire una sovranità condivisa, espressa in un ordinamento con una propria autonomia istituzionale e valoriale, anche giuridica, vincolando perfino le proprie costituzioni. La dicotomia resta ineliminabile. Il *datum* europeo da una parte e gli Stati assimilati dall'altra, che non possono che confliggere e definire nel conflitto gli spazi della loro coesistenza. Ecco perché, sotto un'ottica

propriamente pubblicistica, ha senso parlare di diritto dell'integrazione europea più ancora che di diritto europeo.

L'armonia non rompe mai la dialettica, ma ingloba il conflitto, tiene insieme il nero e il bianco. E l'Europa cos'è, se non questo? Lo disse Ratzinger davanti al *Bundestag* nel settembre 2011, in tedesco: «*Die Kultur Europas ist aus der Begegnung von Jerusalem, Athen und Rom - aus der Begegnung zwischen dem Gottesglauben Israels, der philosophischen Vernunft der Griechen und dem Rechtsdenken Roms entstanden. Diese dreifache Begegnung bildet die innere Identität Europas*». L'intima identità dell'Europa, la chiama. Ma dove si trova il punto di contatto tra questi tre evocativi centri se non nel *Mare Nostrum*. In quella meravigliosa terra di Sicilia, che, stando alle parole di Gesualdo Bufalino, «ha avuto la sorte di far da cerniera nei secoli fra la grande cultura occidentale e le tentazioni del deserto e del sole, fra la ragione e la magia, le temperie del sentimento e la canicola della passione». Un eccesso di identità, perché solo così si è capaci di tenere insieme tutto. Questo vorrebbe essere l'Europa e lo è anche nel diritto. Sovranità a confronto, sovranità integrate.

E a dar simbolo a questo salto, forse un po' azzardato, dal continente al mare, c'è il Kantorowicz che canta le gesta del giovane Federico di Svevia, biondo rampollo della nobiltà tedesca, che è però anche *puer Apuliae*; che sarà Imperatore germanico e anche Re di Sicilia. È lui che arriva sulle coste della Terra Santa, sbarca, si guarda intorno, e un po' stupito esclama, “questa sarebbe la terra promessa? Ma Dio quando l'ha scelta non aveva visto la bellezza del mio Regno di Sicilia?”. È Federico II il vero europeo.

Premessa metodologica

Obiettivo di questo lavoro è quello di interrogarsi, da una prospettiva europea e occidentale, sulle dinamiche di costruzione degli ordinamenti giuridici, intesi come spazi di convivenza umana regolati dal diritto. La grande questione che anima questi processi riguarda la fondazione dell'istanza giuridica, che alcuni suggeriscono essere autogenica, altri invece la vogliono preceduta da una originaria istanza di tipo etico e identitario. Un interrogativo costitutivo per gli studi giuspubblicistici, che, in questo nostro tempo, sembra aver dismesso i polverosi abiti della teorica manualistica e aver recuperato una vivace attualità, tanto più grande in considerazione degli stravolgimenti profondi che la tecnologia e la pandemia hanno portato al modo di pensare l'organizzazione della vita sociale, anche sotto l'aspetto giuridico. L'argomento è vasto e per questo è necessario acquisire una specifica prospettiva di lettura, che certo non potrà che risultare parziale perché imporrà di preferire determinate riflessioni teoriche ad altre, determinati autori ad altri. È però comunque necessario, a parere di chi scrive, che un lavoro come questo, espressione ultima di un percorso dottorale, si proponga di restituire non semplicemente un'ordinata compilazione dell'esistente, ma un'idea, pur ardita, di come le cose sono o di come dovrebbero essere.

Si perdonerà, allora, all'autore il fatto che le pagine che seguono - il lettore se ne accorgerà subito - vogliono approcciarsi al tema seguendo una precisa linea teorica, che descrive in controtela le vicende ultime della nostra cultura giuridica, rilevando un inarrestabile processo di annichilimento del diritto e del modo di studiare il diritto. Al fondo del fenomeno, l'emancipazione, sempre più rilevante, del campo giuridico da ogni possibile fondazione extragiuridica: lo potremmo definire, con Natalino Irti, un processo di sempre crescente "astrazione". Se ciò risulta vero, il rischio è quello di minare il ruolo di coesione che il diritto dovrebbe avere nel contesto sociale, con una oggettiva difficoltà di costruire spazi comunitari che si definiscano propriamente giuridici o almeno in cui il diritto mantenga un'autonoma forza edificante e non si atteggi a mero strumento del potere (del contingente potere).

Dato l'oggetto e il presupposto teorico, il lavoro proverà a sviluppare il tema partendo dal concetto di costituzione, rilevando come il costituzionalismo moderno sia stata una modalità, forse insuperata, di tenere insieme diritto e identità, diritto e politica (parte I, capitolo 1). Si passerà subito dopo ad aprire il confronto con il pensiero di Carl Schmitt, autore certo controverso, che più di altri però è riuscito a far emergere le dinamiche alla base della costruzione degli ordinamenti, soprattutto attraverso la riflessione sulla

dicotomia tra terra e mare, elementi che rappresentano degli attualissimi riferimenti simbolici. Della speculazione schmittiana si proverà quindi a tracciare un'interpretazione differente da quelle che più comunemente si ritrovano negli studi giuridici, nel tentativo di ricondurre le posizioni del professore renano ad una vera e propria fenomenologia del tramonto, cioè ad una efficace descrizione delle modalità di sviluppo (di decostruzione) degli ordinamenti giuridici nel contesto della cultura europea - non si disdegneranno alcune necessarie incursioni nel campo della filosofia politica e della storia delle religioni (parte I, capitolo 2).

Si arriverà così ad un primo tentativo definitorio del concetto di spazio pubblico, con due necessari chiarimenti in merito al legame tra ordinamento giuridico e sua espressione spaziale (territoriale) e alla natura del necessario presupposto extragiuridico che lo precede e giustifica - su quest'ultimo tema si terranno in considerazione alcuni interessanti studi di antropologia (parte I, capitolo 3).

Acquisiti questi primi elementi di principio, sul tema del rapporto tra ordinamento giuridico e istanza identitaria si passerà ad un'indagine sistematica: la netta separazione tra diritto ed etica, che sembra caratterizzare (anche solo in tendenza) la nostra epoca, sconta un carattere di ineluttabilità come vorrebbe Emanuele Severino? Anche le teoriche più sensibili a porre un freno alla dinamica nichilista (Schmitt stesso) non finiscono comunque per costruire surrogati tutt'altro che risolutivi? Qui sarà utile recuperare il recentissimo dibattito del mondo giuridico statunitense, che si interroga vivacemente sul presunto contrasto tra libertà e comunità, soprattutto sull'onda della pandemia (parte I, capitolo 4). In tutto questo, non si potrà certo ignorare l'influenza che lo sviluppo tecnologico sta avendo sul diritto e sul modo di intendere il diritto, tanto che l'etere potrebbe perfino rappresentare un'ulteriore costruzione simbolica da affiancare, quale terzo incomodo, al principio ctonio e al principio marino di cui ci parla Schmitt - si vedrà in che modo (parte I, capitolo 5).

Se il progetto argomentativo qui esposto risulterà efficace, sul finire della prima parte del lavoro ci ritroveremo con una pur parziale idea di cosa debba intendersi per spazio pubblico e delle sue moderne dinamiche di costruzione, così tanto influenzate dall'avanzata nichilista. Potranno, dunque, essere categorizzati gli elementi necessari perché possa realizzarsi uno spazio pubblico che rifiuti la prospettiva nichilista, quello che i tedeschi chiamano *Verfassung*: elementi sostanziali e strutturali, per la cui individuazione ci saranno utili il pensiero di Rudolf Smend e di Giovambattista Vico - soprattutto

nell'interessante lettura che ne ha dato Gaetano Azzariti in un suo recente libro (parte I, capitolo 6).

Recuperate determinate dinamiche che sembrano caratterizzare il meccanismo di edificazione degli ordinamenti giuridici nell'età moderna, la seconda parte del lavoro avrà l'obiettivo di verificare e collaudare i meccanismi così rilevati nel processo di integrazione europea, che è forse il più significativo esempio di costruzione di un nuovo spazio pubblico nella nostra epoca. Ancor più significativo dal punto di vista teorico, implicando tale costruzione un procedimento di assimilazione di una pluralità di precedenti ordinamenti. Su questa linea, la seconda parte dovrà innanzitutto chiedersi se il complesso dei trattati europei possieda un "tono costituzionale", cioè se le modalità di integrazione che essi disegnano abbiano una qualche rilevanza pubblica (parte II, capitolo 1). Una risposta affermativa è in realtà tutt'altro che scontata.

La prospettiva di analisi che questo lavoro proverà a seguire si basa su una scomposizione bidimensionale dell'ordinamento europeo: da una parte, un'istanza forte di assimilazione degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri (parte II, capitolo 2) e, dall'altra, una pluralità di formule di resistenza, tradotte in specifici strumenti giuridici, anche di natura pretoria (parte II, capitolo 3).

La sfida europea è poi tutta qui: uno scontro tra la *reductio ad unum* e il contraltare identitario. Forse la soluzione non è il prevalere dell'una prospettiva sull'altra, ma la costruzione di un modello ordinamentale che entrambe provi a contemplare.

Alcuni ultimi avvertimenti per il lettore, prima di avanzare e scorrere le pagine. La tesi vuole essere innanzitutto una riflessione di teoria generale del diritto pubblico, nel tentativo però di calare le risultanze teoriche acquisite nella prima parte in tema di costruzione e decostruzione dello spazio pubblico moderno nel complesso ordinamentale europeo, così da verificarne e svilupparne la rilevanza pubblicistica. Il tema è ampio e non si pretende di averlo disciolto: proprio per questo, se ne vorrebbe proporre innanzitutto una lettura "aperta", cioè dubitativa, alluvionale, piena di inferenze e contaminazioni. Una lettura che non si conchiuda sull'esistente né su facili soluzioni, ma che ne stimoli di nuove, che solleciti un approccio scientifico su temi che spesso sfuggono all'ordinata lettura dello studioso, che tiri fuori la scienza giuridica dall'angolo dell'osservazione passiva in cui è stata ricacciata. Proveremo a farlo.

Parte I

Genesi

1. La costituzione annichilita, tra matrice politica e svolgimento giuridico: sforzi di bilanciamento.

Siamo spesso dimentichi di quanto il diritto rechi in sé una radicale (diremmo forse perfino costitutiva) carica esoterica. Cioè di come esso in un certo senso si componga di immagini allusive, di concetti che presuppongono ben più ampie teorizzazioni, in definitiva di un complesso sistema di ragionamento che perfino nelle sue derivazioni procedurali sottende formanti storici e filosofici che non sono comunemente accessibili. Il giurista è, dunque, un iniziato, che esprime pienamente la sua natura solo quando smette i panni del mero narratore di disposizioni e norme, del tecnico disinteressato e passivo, e si interroga sulla forza creatrice del diritto, quale cioè potenza ordinante dello spazio umano e ancor più quale cifra di legittimazione della sovranità¹. Ma siamo nel tempo della *ἐπιστήμη*; il tempo in cui prevale una tendenza all'isolamento della scienza giuridica, quasi che il discorso sul diritto non trovi altro orizzonte se non nella logica che guida gli ingranaggi normativi di un dato ordine costituito, nelle gerarchie e nelle competenze, non certo nei dati storico-materiali, non certo nell'intuizione simbolico-politica. E questa inclinazione non è tanto una questione di gusto corrente, di indirizzo temporaneo, ma una precisa impostazione teoretica, vissuta più o meno consapevolmente. Da Kelsen in poi, l'approccio "puro" al diritto è divenuto la principale maniera di intendere e analizzare il fenomeno giuridico, soprattutto nel complesso «disorganico e mutevole delle società moderne»². L'incedere positivista, fondato su un metodo di analisi di disposizioni e norme che avanza solo per consequenziali giudizi di validità, ignorando ogni possibile giudizio di valore³, appare evidentemente funzionale in un mondo in cui «il senso del diritto non è più ricavato dalla parola di un Dio o dall'eterna natura o dall'universale ragione. Esso si

¹ Si veda su questo G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari 2021, 86 ss. AZZARITI, nello scritto citato, sottolinea con forza la necessità di «impedire che il diritto si riduca a puro gioco interpretativo, a mera forma del dominio, nella consapevolezza che invece esso ha un indiscutibile fondamento storico-materiale e può rappresentare uno straordinario strumento di civilizzazione e riscatto». È forte in questo autore la denuncia di una de-storicizzazione del diritto, che rientra in una più ampia crisi della modernità, da cui bisogna trovare una via d'uscita. Prima di tutto, essa passa attraverso la denuncia di tutte quelle «concezioni che si accontentano di essere pragmatiche, ma senza visione, magari utili, però solo per l'immediato. Diventa doveroso riscoprire la complessità degli ordinamenti sociali, giuridici e politici in nome di una conoscenza che non sopporta riduzioni o asservimenti a logiche monocausali. Occorre ricercare una nuova epistemologia storico-critica che non cada, però, nel vizio di una compiaciuta idealizzazione del proprio sviluppo».

² Così N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2005, 16, riferendosi agli studi sul tema di Angelo FALZEA.

³ Sulla distinzione tra giudizio di validità e giudizio di valore come formula di lettura del positivismo giuridico, in antitesi al naturalismo, si segnala N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino 1996, 133 ss.

racchiude per intero nella volontà, che, interpretando il mondo, vi dispiega la propria energia e si sforza di asservirlo ai propri scopi»⁴. In questo contesto, in cui il diritto appare sganciato da ogni possibile fondamento extra-giuridico, l'unico sensato metodo di analisi si limita alla disposizione, al suo contenuto, al procedimento con cui nasce e si afferma il comando, ai presupposti logici di esso.

In una prospettiva più propriamente giuspubblicistica, alcuni hanno sottolineato come i germi di questa tendenza siano rinvenibili nei caratteri propri delle costituzioni nate dopo il secondo conflitto mondiale⁵. Un costituzionalismo che ancora conservava evidentemente una forte connotazione valoriale, un retroterra etico espresso da un complesso sistema di diritti, garantiti e difesi nel contesto della sovranità statale; sovranità qualificata ancora come “popolare”, quindi nella sostanza emanazione del principio maggioritario, ma propriamente “ingabbiata”, limitata da forme e procedure, da una preponderante emanazione rappresentativa che ne vuole contenere le distorsioni⁶. Ancora, a ciò si è accompagnato, in quel medesimo periodo storico, un ampio ricorso alla sottoscrizione di carte internazionali, intese a trasferire in un contesto sovranazionale la difesa di quegli stessi diritti, sganciati appunto da ogni retroterra propriamente calato nelle singole culture nazionali.

Ma forse si può andare ancora più indietro. Nella Francia della rivoluzione, fu l'abate Sieyès ad introdurre l'opposizione concettuale tra costituente e costituito⁷, riconoscendo però al primo aspetto, propriamente politico-storico, una prevalenza sul secondo, di mera natura normativa, che non solo è soggetto alla volontà riformatrice del primo, al diritto di ogni generazione di «rivedere, riformare e cambiare la [sua] Costituzione»⁸, ma, in ragione di ciò, è vincolato ad una necessaria temporaneità. Ora, la teorica qui sintetizzata è stata da molti ricacciata nello stretto e angusto ambito delle contingenze storiche⁹. Nella

⁴ Ancora qui N. IRTI, *ult. cit.*, 24.

⁵ Su questa linea P. BIANCHI, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 50, n. Sp., mar. 2022.

⁶ Esempio plastico di ciò, il testo del primo articolo della Costituzione italiana del 1948, che recita «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. *La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione* [corsivo aggiunto]». Si veda, per un commento sistematico al testo, N. URBINATI, *Costituzione italiana: articolo 1*, Roma 2017.

⁷ La prima formulazione di tale opposizione concettuale risale allo scritto del citato Emmanuel Joseph SIEYÈS dal titolo *Qu'est-ce que le Tiers État?* del 1789. Per una ricostruzione delle dinamiche di questa opposizione sotto un profilo storico-politico si veda P. COLOMBO, “*Riforma legale*” e “*potere costituente*” nelle *costituzioni rivoluzionarie francesi*, in *Il Politico*, n. 3/1985, 461-479. Per un inquadramento di natura giuridica, C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova 1969, 64 ss. e P. BARILE, *Potere costituente*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1966.

⁸ Così l'art. 28 della Costituzione francese del 24 giugno 1793: «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future».

⁹ Si veda, *ex plurimis*, M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, 27 ss. e la lettura che di questo autore fa A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 75 ss.

sostanza, si è pensato che un potere costituente così qualificato potesse avere un senso nel contesto dell'opposizione con il sistema dell'assolutismo monarchico, con l'obiettivo di reclamare alla dimensione popolare (volontà collettiva¹⁰) il vertice del sistema di potere, che si estrinseca nella possibilità di mutare l'ordine delle cose giuridiche, adattarle all'elemento volubile che sta nella progressione e nei mutamenti del tempo. C'è di certo una parte di verità in questo. Il sistema giuridico dell'antico Regime aveva come tendenza primaria quella alla conservazione di uno specifico ordine sociale. Era il vecchio re Luigi che esercitava la *iurisdictio* seduto sotto la quercia di Vincennes, riconoscendo a ciascuno ciò che gli era proprio, secondo l'ordine naturale e teologico¹¹. La rivoluzione del 1789 si pose l'obiettivo di demolire e ricostruire tale ordine, percepito ormai come ingiusto. Il potere costituente che crea *ex nihilo* un nuovo ordinamento, non eterno ma eternamente sottoposto alla volontà cangiante di quello stesso potere. Eppure, qui si inaugura una prima sottile linea disgregatrice. È vero che la tradizione francese ci lascia la monumentale costruzione di un potere costituente onnipotente e svincolato, che, saldato a determinati elementi nazionalistici, fornirà basi solide per le deviazioni totalitarie (la linea che va da Sieyès a Schmitt). Ancora di più, però, per quello che qui si discute, in quella prima spartizione fondamentale (costituente e costituito) è presente anche un primo distacco funzionale tra ciò che il diritto prescrive e ciò che ne legittima le prescrizioni. Se l'ordinamento costituito non è saldato alla presupposta forza costitutiva, ma vi è unito da un mero rapporto di limitata funzionalità, non conta più tanto individuare i suoi elementi fissi, sottoposti alla volontà cangiante del potere costituente, quanto piuttosto le regole del mutamento, i principi che presiedono al divenire di questo in altro (la linea che va da Sieyès a Kelsen). E cos'è questa se non astrazione? cos'è questo se non nichilismo? Il grande sforzo del costituzionalismo del secondo dopoguerra fu allora quello di tenere insieme questa originaria ripartizione, provando ad addomesticare le conseguenze più estreme di questa natura composita del concetto di costituzione ovvero della prevalenza di una prospettiva sull'altra, dando spazio ad un'idea dinamica, che sottolineasse la necessità di ordinare giuridicamente l'istanza politica, quella che legittima il potere organizzando lo spazio. Ogni potere che sia sovrano, infatti, «non può prescindere dalla Costituzione»¹².

¹⁰ Qui il riferimento è al pensiero di Jean-Jacques ROUSSEAU in *Du Contrat social* del 1762.

¹¹ Riferisce della leggendaria pratica di Luigi IX il suo biografo, Jean de JOINVILLE nella sua *Histoire de Saint Louis* (1309). Per un giudizio organico sulle implicazioni giuridiche del modello di giustizia dell'*Ancien Régime* si veda P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, Torino 2011, 5 ss.

¹² O. CHESSA, *Sovranità*, in C. CARUSO - C. VALENTINI, *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna 2021, 49.

Ecco, il concetto di costituzione (meglio esprimerlo con la lettera iniziale nella versione minuscola) richiama allora una prima immagine arcana (esoterica appunto) e al contempo arcaica (che attiene all'origine) del diritto. Tale parola, infatti, già semanticamente, esprime il senso di qualcosa che è chiamato a fondare e, per estensione quindi, a edificare e costruire. Il diritto si esprime essenzialmente e originariamente in tale sua vocazione alla costruzione; come manifestazione dell'urgenza costitutiva e fondativa del potere, edificante un preciso ordine delle cose, che è necessariamente giuridico perché realizzato da comandi e interazioni tra comandi, ingranaggi normativi legittimati in seno ad un preciso spazio e ad un preciso tempo di validità. Allo stesso modo, nel medesimo concetto di costituzione, si esprime anche il punto di caduta di tale dinamismo, la struttura realizzata di quella forza in potenza, l'ordinamento come ordinata costruzione normativa, come gerarchia e competenza: la πόλις¹³. È come se all'interno del medesimo concetto sia presente la sua scaturigine potenziale e la sua manifestazione in atto.

Già solo ad una prima analisi nominalistica, dunque, la parola costituzione restituisce una declinazione plurale dei suoi significati, che si realizza «in un aspetto costituente (*ordo ordinans*), in un aspetto costituito (*ordo ordinatus*) e in un terzo aspetto che entrambi ricomprende e che ne rappresenta la sintesi (*ordo ordinans et ordinatus*)»¹⁴. Come ben ha fatto notare Franco Modugno in un suo risalente saggio, il discrimine teorico rispetto all'arcano "costituzione" sta appunto nel voler dare prevalenza ad uno di questi aspetti, declinando dunque altrimenti l'elemento generativo dell'ordinamento. Ad intendere, infatti, la costituzione come forza ordinante e dunque quale potere costituente, si fa ovviamente riferimento ad un elemento che precede l'ordinamento, inquadrabile giuridicamente solo a posteriori, quando cioè si manifesta nel comando fondamentale che darà vita a gerarchia e competenza, ma che reca a priori una natura pregiuridica, quindi storico-materiale. L'aspetto costituito è invece quello più propriamente normativista, tutto sbilanciato sul giuridicamente rilevante, cioè sulle manifestazioni esteriori del fenomeno che siano inquadrabili secondo diritto; tanto più che il momento generativo (l'originaria manifestazione giuridica della forza costituente) è intesa quale mero presupposto logico di gerarchia e competenza.

¹³ Approfondire il significato del termine greco πόλις è fondamentale per inquadrare il concetto di spazio pubblico. Nella ricostruzione che ne fa Ines CIOLLI, essa rappresenta innanzitutto la formula per indicare un'istituzione politica, che si identifica in uno specifico territorio e nell'insieme di valori della vita politica associata che su di essa si costruiscono. Questa doppia declinazione è particolarmente significativa, sottolineando la stretta connaturazione che nella tradizione europea occidentale lega l'elemento fisico-spaziale all'elemento politico-comunitario, che tornerà poi forte nella ricostruzione schmittiana. Si veda I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli 2010, 16 ss.

¹⁴ Così F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Varese 1977, 200.

Ora, seguendo la teorica di Modugno¹⁵, tali componenti non si presentano come entità separate, ma in una formula di continuità logica, in quanto «l'idea dell'istituzione, della creazione di alcunché, implica al tempo stesso, l'oggetto istituito e creato, come pure, riflessivamente, la prosecuzione, la persistenza e lo sviluppo della istituzione e creazione»¹⁶. L'intuizione di questa struttura prospettica sta nella capacità di riporre sul medesimo piano le varie tendenze storiche della dottrina giuridica sul tema. Da una parte, la sensibilità istituzionale e quella storico-decisionista¹⁷, che pongono l'accento sull'elemento di fatto precedente (la società e i suoi modelli di organizzazione) che si realizza giuridicamente nella costituzione, e, dall'altra, la sensibilità più propriamente normativista¹⁸, attenta al dato dispositivo e che rinviene nella Costituzione la regola logica presupposta all'ordinamento giuridico. Questi due opposti sembrano sottolineare solo due differenti modi di essere della costituzione, che invece si realizza in una dimensione che è propriamente dinamica e che questi due modi di essere ricomprende e organizza. La norma fondamentale, come comando logicamente presupposto all'ordinamento, si determina quale elemento di passaggio tra il fatto di forza precedente e il suo mutarsi in comando giuridico. Ma, nel momento in cui diviene elemento di trasformazione tra fatto preesistente e determinazione logica fondamentale, essa presuppone, al di là della veste giuridica che andrà ad assumere e ben prima del fatto della forza che genera il comando primo, l'elemento costituito; costruttrice e costruita allo stesso tempo. In altri termini, «la norma fondamentale, come principio o fondamento dell'*ordo ordinans*, non può non germinare dallo stesso dato originario istituzionale - che è l'unica entità che ad essa preesiste - con il costituire l'ente o l'istituzione che è per essere ordinata»¹⁹. Tale dato originario «è in sé la situazione storica determinata di un ente o gruppo sociale. [...] la stessa norma fondamentale presuppone sempre una determinata situazione storico sociale nella quale si enuclea»²⁰. Nella costituzione è dunque presente un fattore storico di realizzazione che si esprime in una potenzialità di farsi ordinamento, in una forza che è tendenza di realizzazione, più propriamente δύναμις. Questo è il potere costituente, che si enuclea da un dato originario di tipo istituzionale e storico, che è già di per sé stesso

¹⁵ Per una lettura organica della posizione di Modugno sul concetto di costituzione si veda G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, far positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, in Studi in onore di Franco Modugno, Napoli 2011, 2771 ss. Molto utile anche la riflessione di F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma 2011.

¹⁶ F. MODUGNO, *ult. cit.*, 201.

¹⁷ Va di certo citato in quest'ottica il pensiero di Santi ROMANO, autore de "*L'ordinamento giuridico*", pubblicato per la prima volta nel 1918 e riedito con un poderoso apparato di note e commenti nel 1946. Per una lettura critica delle posizioni romane e del concetto di "crisi dello stato", si veda P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, 7 ss.

¹⁸ Il riferimento è alla tradizione della dottrina pura del diritto di Hans KELSEN.

¹⁹ F. MODUGNO, *ult. cit.*, 202.

²⁰ F. MODUGNO, *ult. cit.*, 202.

ordinamento in potenza e che, nella scelta giuridica prima, si ordina secondo la logica di quella forza tendenziale e iniziale. Una sorta di biblica *ruah*²¹, che ne contiene le potenzialità materiali e ne guida la realizzazione in concreto. In questa dinamica, dunque, l'elemento sovrano, che si ordina nel diritto, conserva comunque una natura politica originaria che in un certo senso compone e anima le formule positive ad essa serventi. Allo stesso tempo però (e questo è bene sottolinearlo), tale elemento resta giuridicamente leggibile, giuridicamente pensabile e giuridicamente indagabile perché teleologicamente ispirato ad erigere un sistema per l'appunto normativo²².

Assai chiara in questi ragionamenti è l'eco della distinzione mortatiana tra costituzione in senso formale e costituzione in senso materiale. Sempre nella prospettiva di un medesimo ordinamento, la regola, come costruzione formale, è in un certo senso animata e sostenuta da un'istanza materiale, che per Mortati ha quali ispiratrici e interpreti le forze politiche dominanti. Queste ultime, organizzate intorno ad un comune scopo, fondano e sostengono la costituzione formale, ne provocano i mutamenti e gli adattamenti, sempre utili però al perseguimento del fine primo e fondante dell'intera struttura dell'ordinamento positivo. La loro azione si realizza in termini propriamente giuridici e resta giuridicamente indagabile. Infatti, tali forze trovano nell'ordinamento «lo strumento normale di esercizio del [proprio] potere, senza però esaurirsi mai in questo: operando come scopo, non si esaurisce mai nel mezzo, ma alimenta le trasformazioni del medesimo e si fa eccezionalmente valere immediatamente, fuori o contro le prescrizioni della costituzione formale, quando ciò sembra imposto dalle esigenze in esso racchiuse»²³. In questo senso, tale potere, soprattutto quando esso realizza un mutamento specifico di rilevanza costituzionale, si estrinseca, a parere di Mortati, in una forma propriamente giuridica e cioè nella «necessità istituzionale, intesa quale fonte di diritto a sé stante, fornita della forza di derogare all'ordine legale, allorché le esigenze di vita dell'istituzione lo esigano»²⁴. La sostanza materiale della costituzione è svolgimento quantistico della struttura formale e la prima può perfino arrivare a mutare le dinamiche della seconda, ove ne rilevi una necessità che sia costituzionalmente rilevante. L'eco di questi ragionamenti si trova già in opere più risalenti del Mortati. In particolare, nel famoso saggio del 1946 a commento della

²¹ È il termine ebraico che indica il vento o il respiro. Il sostantivo, di chiara natura onomatopeica, nell'Antico testamento ricorre quale espressione dello spirito divino, che anima di vita le cose. *Ruah haQodesh* (in ebraico רוּחַ קֹדֶשׁ) è l'espressione usata nella Bibbia per indicare lo Spirito Santo.

²² Così, ancora, F. MODUGNO, *ult. cit.*, 206: «pur ripetendo di per sé dal dato originario istituzionale la sua natura di fatto che si impone, *ut sic*, nella sua effettività, è partecipe, ad una, della natura coesenzialmente normativa di quel fatto originario, in quanto si pone come attività o processo rivolto al fine di istituire o costituire un ordinamento, la cui norma fondamentale è generata immanentemente nello stesso processo».

²³ C. MORTATI, *ult. cit.*, 76.

²⁴ C. MORTATI, *ult. cit.*, 77

Costituzione di Weimar, il giurista calabrese sottolinea come il “successo” di un nuovo assetto costituzionale sia tutto nella concordanza tra i programmi che questo si pone e il mantenimento di un certo equilibrio sociale, cioè di un precedente elemento di coesione comunitaria e politica. Infatti, «una nuova costituzione (almeno quella che non possa limitare il suo compito ad un semplice rimaneggiamento dei rapporti tra gli organi supremi) deve considerarsi non come l’inizio, ma come la fase terminale, di assestamento, di un processo di trasformazione del precedente sistema di relazioni sociali, l’espressione di un riordinamento, su nuove basi, dei rapporti fra le classi, in altre parole, lo *stabilimentum* di una precedente decisione politica»²⁵. Appare plasticamente in Mortati la matrice politica della costruzione giuridica, la quale non risulta separata e autonoma, né unica istanza creatrice dell’ordinamento, ma forza successiva e ordinante di un elemento pre-posto e generativo, pur se caotico e di natura fattuale. Senza armonia tra questi aspetti, il progetto costituzionale rischia di vacillare (qui, a parere del costituente democristiano, una delle ragioni del “fallimento” della costituzione weimariana). Senza la possibilità di un continuo e dinamico rinnovamento di questa armonia, sia in una prospettiva politica (intervento quantistico delle forze dominanti) che giuridica (revisione costituzionale), il progetto costituzionale rischia di rispondere con maggiore difficoltà alle esigenze proprie della comunità che vuole rappresentare.

In un certo senso, allora, tornando all’iniziale dimensione plurale del concetto di costituzione, entrambe le tesi appena esposte ci restituiscono una consapevolezza di fondo. Il fatto che, per spiegare l’ordinamento nella sua declinazione normativa e dunque già ordinata, sia necessario rilevare un elemento ordinante di natura dinamica e propriamente politica (anche se non antiggiuridica), che si incarichi di dare scopo e volume alla sovrastruttura degli ingranaggi normativi. E ciò risulta vero anche in una prospettiva storico-giuridica, con la forte caratterizzazione “sociocentrica” del costituzionalismo novecentesco europeo²⁶. Lo sforzo, però, resta quello di tenere comunque insieme queste

²⁵ C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Milano 2021, 54. Tale testo è una ristampa di C. MORTATI A cura di, *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, Firenze 1946.

²⁶ Si riprende qui l’espressione presente in M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma 2018, 75 ss. Secondo lo studioso, infatti, il costituzionalismo novecentesco, sulla linea della Rivoluzione francese (comunque impostata su un modello di tutela individuale delle libertà), nettamente più sensibile all’istanza sociale rispetto alla tradizione costituzionale americana, supera l’elemento dialettico individuo/Stato, subordinando l’ordinamento ad una connessione pre-giuridica, chiamata a realizzare uno specifico ideale comunitario. Basti pensare alle tante norme “programmatiche” presenti nella nostra costituzione (tra tutte, il secondo comma dell’art. 2), come anche alla mutazione lessicale nell’attributo proprio dei diritti del singolo, che nei vecchi testi statutari sono meramente “garantiti” e che invece si scoprono oggi “inviolabili”. Da Weimar in poi, «è la società, con la complessa trama delle relazioni tra i singoli, e tra essi e le loro associazioni, a porsi al centro della costruzione della comunità politica, e non più lo Stato, o il singolo isolato com’era nel liberalismo del XIX secolo» (così nell’opera su citata, 78). Si veda dello stesso autore M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999.

due dimensioni: per Modugno, dicendo che l'istanza costituzionale politica reca già in sé, quasi in maniera deterministica, l'ordinamento in fatto, come se i due elementi si contengano a vicenda e si legittimino vicendevolmente; per Mortati, dicendo che l'istanza politica si muove nei limiti dell'ordinamento stesso e perfino quanto ne provoca il mutamento, non ne cambia lo scopo finale, la meta ultima che sostanzia l'intera necessità edificante il complesso sistema positivo. Come detto, questa urgenza normalizzante di una definizione di costituzione a matrice politica si inserisce in un tentativo di "addomesticamento" delle conseguenze teoriche dell'impostazione propria della tradizione giuridica francese sul tema, ma ancor più prova a frenare la citata tendenza a sganciare la tutela dei diritti da una dimensione nazionale, meglio di etica comunitaria, trasferendola ad una dimensione sovranazionale, se non propriamente internazionale. Dare dignità all'elemento politico costituente (propriamente rinvenibile nella dinamica statale) evita di sottrarre questi diritti alla matrice storica e conflittuale che li ha generati, sfuggendo al rischio di trasformarli in meri enunciati da applicare individualmente, senza più la capacità di ordinarli gerarchicamente e di darne differenti gradi di valore e priorità, nella sostanza perdendo la capacità di bilanciarli efficacemente - ma ci torneremo²⁷. Salvare, dunque, la matrice politica sia dal rischio di una sua eccessiva prevalenza, sia dal rischio del suo annichilimento.

2. Il pensiero di Carl Schmitt come possibile chiave interpretativa delle presenti dinamiche di costruzione e decostruzione dello spazio pubblico.

Per recuperare il discorso ad una dimensione propriamente simbolica, cercando di mettere ordine in questa rete di esigenze e tendenze giuridiche, filosofiche e storiche che sembrano sovrapporsi, sarà utile riprendere quel famoso passo schmittiano, in cui il giurista renano commenta i primi versi dell'Odissea di Omero. Schmitt ne tratteggia una vera revisione terminologica, che è poi l'elemento peculiare della sua speculazione, ispirata propriamente ad una prospettiva euristica, che recupera e sublima il dato formale, per tramutarlo appunto in dettaglio intuitivo. Questo il testo.

*Ἄνδρα μοι ἔννεπε, Μοῦσα, πολύτροπον, ὃς μάλα πολλὰ πλάγχθη, ἐπεὶ Τροίης ἱερὸν
πτολίεθρον ἔπερσε· πολλῶν δ' ἀνθρώπων ἴδεν ἄστεα καὶ νόον (νόμον) ἔγνω, πολλὰ*

²⁷ Si veda il prossimo paragrafo 6.2.

δ' ὁ γ' ἐν πόντῳ πάθεν ἄλγεα ὄν κατὰ θυμόν, ἀρνύμενος ἦν τε ψυχὴν καὶ νόστον
ἐταίρων²⁸.

Per dar senso compiuto alle espressioni qui riportate, Carl Schmitt insiste per sostituire il termine greco νόον (al nominativo νόος), che intende la capacità di comprendere e conoscere di qualcuno, il suo intelletto, con νόμον (al nominativo νόμος), che indica invece il diritto ovvero, secondo alcuni, la legge. Dice Schmitt che «non si potrebbe [...] parlare del νόος di “molti uomini”, perché il νόος è l'universale umano, che è comune non a molti uomini, ma a tutti gli uomini pensanti in quanto tali, mentre l'idea di confinamento, di recinto e di localizzazione sacrale contenute nel vocabolo νόμος esprimono appunto gli ordini che dividono e distinguono, e la cui specificità deve essere stata il vero oggetto della curiosa osservazione di un marinaio “sottoposto a mille prove”»²⁹. Seguendo tale impostazione linguistica, nella versione rinnovata da Schmitt, in poche righe, Odisseo e il suo multiforme ingegno vengono posti davanti a due differenti elementi: da una parte, le città e il loro diritto; dall'altra, il mare. Su questa opposizione il giurista renano costruisce una specifica dialettica giuspubblicistica, creando una categorizzazione che, una volta disvelata nel suo significato propriamente simbolico, può rappresentare un'utilissima prospettiva interpretativa³⁰. I due elementi, la terra e il mare, sono posti in totale contrapposizione, perché evocativi di un diverso modo di pensare e definire il diritto.

2.1 Le costruzioni simboliche del νόμος nel pensiero schmittiano.

Il νόμος è il modo tellurico di manifestarsi del diritto. Esso non è un'istanza preordinata, né una regola statica e logica posta alla base dell'ordine costituito. Al contrario, in quel solo termine sono sottesi degli specifici processi e delle azioni dinamiche, che permettono di acquisire *ab origine* la sovranità su un dato spazio, di spartire lo stesso secondo regole di giustizia, di disciplinare le forme future dei rapporti produttivi su di esso. Nella ricerca di Schmitt tutti questi significati affiorano pian piano dal dato semantico, quasi fossero stati a lungo inabissati dietro le dimenticanze del linguaggio. Il νόμος, infatti, rientra tra quei sostantivi qualificabili come *nomina actionis*, cioè parole che sottendono nella forma nominale il senso dinamico del verbo a cui sono etimologicamente legati. E qui l'etimo a cui si rimanda è il verbo greco νέμειν, che può valere per prendere o conquistare; ma anche

²⁸ Così la traduzione di Enzo Cetrangolo (1990): «Parla, Musa, tu dell'eroe scaltro a me: di lui/che andò tanto vagando poi che di Troia la rocca/sacra abbatté; di molti uomini vide le terre e conobbe/la mente (il diritto); e molto l'animo suo patì sul mare/per tenere sé stesso e i compagni vivi al ritorno».

²⁹ C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano 1991.

³⁰ Non solo giuspubblicistica, ma anche politica.

per spartire o dividere; ed infine per coltivare o produrre. Da ciò «consegue che νόμος designa anzitutto l'appropriazione, per la quale il tedesco ha *Nahme*; quindi "l'azione e il processo del dividere e del distribuire, un giudizio (Ur-Teil) ed il suo risultato", in altri termini il diritto e la proprietà - cioè la parte di ciascuno rispetto ai beni - che esso fonda; infine "il lavoro produttivo", che normalmente presuppone la proprietà»³¹. Pur forse con un approccio troppo economicista, appare chiaro come l'elemento fondativo di questo primo ordinamento sia di tipo materiale e strettamente legato ad una determinazione spaziale, che possiamo dire essere concreta, perché legata al valore della terra appresa e alla produzione che su essa si sviluppa; ma che poi trascende, acquisendo la dimensione di uno specifico spazio immateriale condiviso, in cui diritti e interessi trovano tutela e garanzia. Ecco perché il poeta accosta al νόμος degli uomini la loro ἄστυ, che è la città non nella sua generalità, ma nella sua vocazione umana e commerciale, ben distinta dall'ἀκρόπολις, la città che conserva nell'altezza la sua sacralità³². L'uno concetto definisce l'altro, perché l'uno non sarebbe conoscibile senza l'altro. La città è creata pensando giuridicamente le sue regole e dunque anche i suoi confini, come anche il diritto si edifica nella condivisione di una congerie di regole e comandi da parte di una ben individuata comunità. Questo legame permette dunque a Schmitt di spiegare il fatto fondativo dell'ordinamento come un *Landnahme*, un vero e proprio atto di apprensione, materiale, concreto, fisico. Non estraneo nemmeno ad una dimensione violenta, che il giurista renano non esclude, prendendo a riferimento un altro famoso passo della più antica sapienza greca, il frammento 169 di Pindaro, che con riguardo al diritto sovrano, cita l'episodio di Eracle che primo fonda un nuovo ordinamento rubando i buoi di Gerione e facendoli propri. Trasformando, dunque, un atto in sé violento in una nuova legge.

Νόμος ὁ πάντων βασιλεύς / θνατῶν τε καὶ ἀθανάτων / ἄγει δικαίων τὸ βιαιότατον /
 ὑπερτάτα χειρὶ. / τεκμαίρομαι ἔργοισιν Ἡρακλέους / ἐπεὶ Γηρῶνα βόας /
 Κυκλώπειον ἐπὶ πρόθυρον Εὐρυσθέος / ἀνατεί τε καὶ ἀπριάτας ἔλασεν³³.

La presa di possesso è l'atto fondativo che trasforma la violenza originaria in diritto. È fondativo proprio perché restituisce l'ordine delle cose che lo precede e così dà vita ad un

³¹ Così L. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, Bologna 2020, 164. Sul tema si segnala anche E. CASSINI, *Introduzione a Carl Schmitt*, Genova 2016 e B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A critical Analysis*, Oxford 2017.

³² Stando a F. MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*, Torino 2009, il termine ἄστυ, inteso come "città bassa" è attestato in Erodoto, mentre per ἀκρόπολις, oltre la traduzione letterale di "città alta", si può intendere l'idea di "fortezza" o di "rocca" (così nell'Odissea e in Eschilo).

³³ Così la traduzione di Giuseppe Fraccaroli (1913): «La legge Re di tutte mortai cose ed eterne con le mani superne rende giusta la forza e la corregge. E lo argomento dalle gesta d'Eracle, che d'Euristeo sulle ciclopiche porte di Gerione le vacche menò non richieste».

altro *ordo*, con nuovi obiettivi, con un nuovo fine³⁴. Ecco allora che il *πόλεμος* diviene un elemento essenziale nel ragionamento schmittiano, forse perfino fondativo. È certo l'idea che alla base dell'ordinamento debba porsi una forza creatrice che agisce in concreto nella storia, che si afferma con un atto violento, che è mito di fondazione, espressione della detta forza, l'*ordo ordinans* che è punto d'origine e carattere eterno del diritto stesso³⁵. È Romolo che uccide Remo, mentre scava con l'aratro il *pomerium* di Roma. Sangue e terra. Come se il diritto scaturisca quale elemento ordinante di quella violenza e dunque come limite ad essa, forza contraria e opposta, ma comunque legittimante. Nel nuovo ordine creato, la violenza, l'atto di sopraffazione e apprensione, diviene per l'appunto legale, anzi nuova legalità. Ma, ancora di più, l'elemento del conflitto resta il formante storico del diritto. La ragione giuridica resta un freno alla violenza, ma, proprio in ragione di ciò, da tale violenza viene formata. Senza tale elemento materiale, le norme perdono la loro ispirazione storica e si appiattiscono su testo e forme; soprattutto si perde la ragione di bilanciamento tra diritti e doveri, una gerarchia di valori che non può che essere storicamente fondata. Ancora, questa dimensione del conflitto è sempre collettiva, perché impone una condivisione dei fini e prevale in ragione della forza del gruppo. Per Schmitt, dunque, il *Landnahme* resta "l'archetipo di un processo giuridico costitutivo"³⁶, la reazione violenta all'atto di occupazione dello spazio, e tutto ciò che viene dopo ne è consequenziale espressione: «questa è, per lo Schmitt del 1950, la forma originaria (arcaica) del 'politico': non più soltanto decisionismo o teologia politica, ma soprattutto binomio *Ordnung/Ortung*, "ordinamento" e "localizzazione", quindi "occupazione di terra", tracciamento del *limes*, posizionamento dei cippi; in breve: delimitazione feroce di una precisa sovranità geo-locale»³⁷. Qui sta il punto. Il *νόμος* che si realizza nello spazio è politico nella sua essenza primaria; è politico perché si genera e realizza funzionalmente all'istanza politica genetica, crescendo e sviluppandosi su linee e per ragioni che solo in parte gli appartengono, di cui non possiede la piena potestà. È connaturata a questa lettura una qualche forma di subordinazione della ragione giuridica alla politica. Il diritto deve in

³⁴ Per un commento del passo in senso schmittiano si veda, G. MEUTER, *Carl Schmitts "nomos basileus,, oder, Der Wille des Führers ist Gesetz: über den Versuch, die konkrete Ordnung als Erlösung vom Übel des Positivismus zu denken*, Neubiberg 2000. In Italia, interessante l'analisi a più voci presente in I. DIONIGI A cura di, *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano 2006. Si veda anche M. GIGANTE, *Nomos Basileus*, Napoli 1993, che legge il *vóμος* come espressione assoluta della divinità, quella stessa che agisce con violenza, ma che trasfigura quel suo atto in giustizia. Su questa medesima linea G. AGAMBEN, *Homos sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995, secondo cui «il *nóμος* sovrano è il principio che, congiungendo diritto e violenza, li rischia nell'indistinzione» (così a pag. 37). Un ultimo commento da citare è quello di G. PANNO, *Mediazione della parola nel pensiero di Hölderlin: tragico e legge*, in *Estetica*, n. 1/2004, 42 ss., in cui si analizza la lettura che il poeta tedesco diede del passo pindarico.

³⁵ Vedi M. BALESTRIERI, *La legge e l'arcaico. Genealogia comparata dell'ordine moderno*, Milano 2017, 163 ss.

³⁶ C. SCHMITT, *ult. cit.*

³⁷ Così M. BALESTRIERI, *ult. cit.*, 168.

qualche modo rispondere all'istanza politica essenziale che ha imposto il nuovo ordinamento territoriale e che è la ragione del mutamento da una mera collettività alla comunità. I singoli che la compongono, dunque, si realizzano non nella loro individualità ma in quanto appartenenti ad un gruppo, in quanto integrati nell'elemento politico. Questo significa leggere l'individuo nella sua concretezza ed effettività, cioè per come egli vive nel qui ed ora "il grado di intensità dell'unità", la sua partecipazione all'unità politica, che è anche unità storica e materiale. Il politico è un elemento potentissimo, proprio perché comporta il massimo grado di assimilazione degli individui, che in esso finiscono per riconoscersi e ancor più concepirsi, sia esso la nazione, lo stato, il partito, il sindacato, l'associazione, anche solo e semplicemente un elemento etico condiviso³⁸. In questo senso, l'elemento politico, nell'ambito della dottrina schmittiana, va indagato anche quale fattore di differenziazione, poiché esso, esaltando il senso di assimilazione di una comunità, traccia il solco con chi a quella comunità non appartiene: la manifestazione dell'opposizione tra amico e nemico³⁹. Tale opposizione, in realtà, per il nostro Autore, non è esclusiva. Egli registra una pluralità di sfere culturali che segnano le linee di distinzione tra gli individui, che sono appunto bene e male (sfera morale), giusto e ingiusto (sfera giuridica), costi e benefici (sfera economica), verità ed errore (sfera scientifica), valore e disvalore artistico (sfera dell'arte), credenza e incredulità (sfera religiosa). Ma Schmitt, pur solo in chiaroscuro, sembra comprendere che tali sembianze solo apparentemente godono di autonomia sostanziale e si rivelano invece elementi destrutturati della detta istanza politica, che rimane fondativa perché tutte queste istanze raccoglie. La crisi della società moderna sta proprio nella destrutturazione dell'organico politico, nell'idea cioè che queste linee di faglia possano essere misurate, studiate e concepite come autonome e isolate. Per Schmitt la tendenza politica di una comunità è quella che in realtà conta, è l'unica che risolve ad unità tutte le altre. Per provarlo, nel

³⁸ Su questo si veda l'analisi di A. VON BOGDANDY, *Il "pubblico" nel diritto internazionale alla luce del concetto di politico di Schmitt. Un contributo alla teoria generale del diritto pubblico*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018. Interessante anche l'analisi di A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, Firenze 1998.

³⁹ Ben si spiega il concetto in S. MANCINI, *La religione nello spazio pubblico europeo*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2/2013, 70 ss.: «Schmitt concepiva lo stato borghese di diritto come debole e privo di forza materiale, mentre la sua concezione della democrazia era essenzialista ed assoluta. La democrazia di Schmitt non si fonda sull'eguaglianza, bensì sull'omogeneità e sulla distinzione costitutiva tra amico e nemico. "Amico" e "nemico" non hanno un contenuto sostanziale, sono piuttosto opposizioni capaci di unificare i membri di un gruppo. [...] Il binomio amico-nemico è la categoria politica fondamentale schmittiana: solo identificando e combattendo il nemico lo stato può salvaguardare i principi e i valori della democrazia. [...] L'essenza della democrazia è di salvaguardare l'unità politica di un popolo, che può costituirsi solo se vi è una chiara identità tra governanti e governati. [...] Il pluralismo (che Schmitt vedeva come la conseguenza di un processo storico comune alla maggioranza degli stati industrializzati) pone alla democrazia una sfida particolarmente pericolosa. Se lo stato ammette che gli individui possano avere appartenenze multiple, egualmente rispettate e potenzialmente confliggenti, lo stato soccombe alla società civile». I riferimenti sono qui soprattutto a C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Milano 1984. Per una lettura critica del concetto schmittiano di "democrazia identitaria" si veda G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari 2005.

ragionamento viene richiamato il concetto di *Ernstfall*, parola tedesca che letteralmente in italiano suona come “caso serio” o “caso critico” e che meglio potremmo rendere come “caso di eccezione”, ben distinto dal “caso di emergenza”, che corrisponde al tedesco *Notfall*. Al tempo eccezionale della crisi, è il politico che emerge come collante comunitario, l'unica istanza a cui gli individui guardano per riconoscersi. Tale sovranità del politico è dunque il fondamento unico e reale della *Gemeinschaft*, tanto che si può dire che la comunità è una società in condizioni d'eccezione.

Sono recentissime alcune letture del concetto schmittiano di politico applicato alla storia delle religioni. È l'egittologo tedesco Jan Assmann a dedicare un intero capitolo del suo ultimo libro sulla nascita del monoteismo ebraico alle teorie del professore renano, usando un eloquente titolo, “*Religione totale: politica, monoteismo, violenza*”⁴⁰. Assmann indaga il rapporto tra religione e violenza, rifacendosi proprio al meccanismo rilevato da Schmitt. In sostanza, le religioni monoteistiche, in particolare cristianesimo e islam, sono ispirate ad una dimensione apocalittica, cioè all'idea che la storia umana sia indirizzata verso quel momento ultimo del tempo in cui ci sarà la rivelazione finale o totale (appunto in greco *αποκάλυψις*). Questo elemento in un certo senso incombente nelle dottrine di queste due religioni genera una necessità di assimilazione, cioè di distinzione tra credenti e non credenti, espressione di quella dialettica tra amico e nemico che Schmitt indica proprio come eloquente espressione della vocazione totalizzante del politico. Un assolutismo della differenza che non esclude la violenza; soprattutto un concetto che elimina ogni forma di cosmopolitismo, come anche la dimensione globale dell'umanità. È proprio quest'ultimo concetto, l'umanità globale, che Assmann individua quale elemento contrario. Egli riconosce la fondatezza del meccanismo rilevato da Schmitt, ma postula la necessità di non assecondarlo, di non estremizzarlo, ma di opporvi l'idea che si possa costruire una convivenza universale, perché se il politico lo si fonda su una dimensione globale scompare il nemico, scompare l'opposto dialettico e di conseguenza quel rischio di degenerazione violenta. A prescindere dalla possibile critica di merito ad Assmann, che di certo sarebbe di troppo in questo lavoro, ciò che interessa sottolineare è come lo storico citato concettualizzi e astragga la riflessione schmittiana, trasformandola in un oscuro e immobile monumento, che nulla può ispirare se non disprezzo. Ma segnaliamo già qui un elemento che più avanti proveremo a dispiegare: non è l'approccio “pandettistico” quello che permettere di comprendere fino in fondo l'abisso che Schmitt ha guardato. E per spiegarlo ci viene in aiuto Franco Cardini, storico fiorentino che con queste parole critica la tesi di Assmann che abbiamo appena riportato: «Schmitt pone in rapporto lo *Ernstfall*

⁴⁰ Si tratta di J. ASSMANN, *Verso l'unico Dio. Da Ekebnaton a Mosè*, Bologna 2018, 191 ss.

con la “sfera” del politico al quale assegna il primato sulle altre sfere: il che, nel mondo moderno - con il suo “processo di secolarizzazione” - è possibile, laddove non lo è in altre culture e non lo era nel nostro Medioevo nel quale il primato spettava a Dio e alla teologia. Ma Assmann evoca la prospettiva attuale (a nostro avviso fallace e sviante) del possibile “scontro di civiltà”: e alla luce di esso configura un *Ernstfall* religioso “che metta in movimento le dinamiche della polarizzazione” in vista di una “religione totale”, contro la quale egli auspica la cultura della “tolleranza”. In verità, quel che sul serio sembra minacciare oggi il mondo non è la “rivelazione totale” [...], bensì la perniciosa alleanza tra la “secolarizzazione”, il primato dell’economico e del tecnologico e la volontà di potenza che - invochi o meno Iddio - nulla ha di religioso e tutto di mondano e materialistico»⁴¹. Diviene chiaro come il meccanismo descritto da Schmitt non sia un ottimo, ma la manifestazione delle contingenze presenti, già in profonda decadenza. Quel ragionamento, quei concetti hanno senso se storicizzati, se letti quale fenomenologia della crisi in atto e dunque recupero di elementi di resistenza. Un piccolo spunto questo, le cui implicazioni saranno chiare più avanti.

Tornando a noi, se il νόμος si fonda su questa relazione originaria tra ragione giuridica e appropriazione spaziale, se ne postuliamo la natura propriamente tellurica, che ne diviene carattere essenziale, emerge allora un opposto, l’elemento che nega questa natura, che rende impossibile ogni legame con lo spazio: il mare. Dice Schmitt che nel mare «non è possibile seminare e neanche scavare linee nette. Le navi che solcano il mare non lasciano dietro di sé nessuna traccia. [...] Il mare non ha carattere, nel significato originario del termine, che deriva dal greco *charassein*, scavare, incidere, imprimere. Il mare è libero»⁴². Mentre, in realtà, in *Terra e Mare*, del 1942⁴³, il nostro Autore sembra costruire un sistema di pensiero basato su due νόμοι controposti, uno per l’appunto terrestre ed uno marino, nel più tardo *Der Nomos der Erde*, siamo nel 1950, egli sembra rivendicare una più netta impossibilità di applicare al mare ogni forma di creazione giuridica e civile. Nel mare c’è la negazione totale di ogni localizzazione: non esiste, dunque, diritto d’asilo, proprietà, luoghi consacrati. Esso è in definitiva un non-luogo, letteralmente l’Utopia; esattamente quella che Tommaso Moro prova a teorizzare per la sua Inghilterra in quel sedicesimo secolo che vede affermarsi la vocazione navale e marinara del regno dei Tudor⁴⁴. Nel mare ogni individuo vive affrancato da ogni presupposto di appartenenza, da ogni categoria

⁴¹ F. CARDINI, *Le dimore di Dio. Dove abita l’eterno*, Bologna 2021, 100.

⁴² C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano 1991.

⁴³ Per la traduzione italiana si veda C. SCHMITT, *Terra e Mare*, Milano 2002. Il titolo originale dell’opera è “*Land und Meer*”.

⁴⁴ Parliamo del libello pubblicato nel 1516 in Inghilterra da Tommaso Moro, con il titolo di “*Libellus vere aureus, nec minus salutaris quam festivus de optimo rei publicae statu, deque nova insula Utopia*”.

civile, da ogni fardello passato. Nel mare l'uomo è nudo. Vale solo l'uguaglianza della condizione, cioè il rapporto forte e pericoloso del singolo con una natura ostile. Potremmo dire allora che, in questo contesto, la ragione giuridica perde il suo carattere edificante e ne acquista uno meramente regolatorio. Non serve che il diritto segni i confini della πόλις, che dunque pacifichi la violenza primeva, che stabilisca legittimazione e gerarchia del potere, così che in quello spazio ogni uomo, ogni cittadino possa trovare la sua libertà. No, ecco, sul mare il diritto assicura le forme e i modi degli incontri e degli scambi, che non possono non essere fluidi e che per questo sono inevitabilmente esposti al pericolo e al naufragio. Sul mare, le regole sono valide nei confini della loro funzionalità, staccate, dunque, da ogni valore, da ogni ontologia; la loro deontologia basta a loro stesse. Nel mare il diritto appare svincolato da ogni elemento extragiuridico e si manifesta nella sola dimensione strumentale e relativa.

Per Carl Schmitt, Terra e Mare rappresentano due opposti tra loro escludenti, l'uno antitetico all'altro. La costruzione tellurica del νόμος è un potente formante civile, l'unica a potersi esprimere in un'istanza sintetica, in un'urgenza ordinante che è politica e storica, che si fa organizzazione e gerarchia in un dato spazio di condivisione, che dunque evita i rischi della disgregazione, la paura della frammentazione, il caos sociale. La costruzione marina del νόμος, se di essa si possa poi parlare, è invece basata su mere regole di convivenza, chiamate a presiedere i rapporti umani in una misura che è propriamente individuale, in una dimensione che è fattuale e fortemente legata all'immediato. L'unica formula di coesione è data dal vicendevole riconoscimento delle dette regole, meglio nella comune legittimazione riconosciuta ad esse, in un formante che meglio si direbbe consuetudinario. Non è mancato chi ha colto in questa differenziazione schmittiana un substrato di natura propriamente geopolitica, con il mare quale figura del mondo anglo-americano e la terra come elemento euro-asiatico. Anche dopo la seconda Guerra mondiale, Schmitt continuerà ad opporsi ostinatamente alla possibilità di unificazione mondiale da parte degli Stati Uniti, come anche al ragionamento per blocchi contrapposti (Washington contro Mosca)⁴⁵. Proprio il principio giuridico dei grandi spazi, che Schmitt teorizzerà nel suo *Völkerrechtliche Großraumordnung* del 1941⁴⁶, si fonda sulla necessità di affermare una pluralità di centri di influenza politica, giuridica e culturale. Lo stato-guida esprime influenza sugli stati-satellite, inserendoli nel proprio sistema di sicurezza, integrandoli nel proprio modello politico-culturale, assicurandogli dunque una forma di

⁴⁵ Per un interessante inquadramento del tema si veda S. CARLONI, *Terra e mare. Riflessioni di geopolitica e geodiritto a partire da Carl Schmitt*, Lecce 2013, 57 ss.

⁴⁶ Per la pubblicazione italiana si veda C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale con divieto di intervento per potenze estranee* (1941), in C. SCHMITT, *Stato, grande spazio, nomos*, Milano 2015.

protezione. Una lettura che sembra palesarsi in tutta la sua tragicità nella guerra russo-ucraina, che ben potrebbe leggersi come il tentativo del Cremlino di riaffermare il proprio dominio sullo spazio culturale, economico e sociale di Kiev, sempre più sbilanciata invece verso l'occidente europeo e americano. Ciò che a noi interessa però è come in questa dicotomia si riscontrino poi due essenziali e arcaiche formule di costruzione dell'ordinamento: una fondata sull'elemento spaziale, che si esprime non tanto e non solo in un'idea di confinamento territoriale del complesso di norme e regole, ma nella costruzione di un preciso spazio pubblico fondato su un retrostante elemento extra-giuridico, che può essere politico certo, ma anche meramente culturale, e che diviene totalizzante, perché misura per ogni cittadino dell'appartenenza ad un gruppo; una fondata sulla funzionalità del diritto, strumento sganciato da ogni formula sostanziale, ma propriamente orientato a regolare i rapporti tra gli uomini. Queste due formule, però, non sono semplicemente espressioni statiche e dunque inconciliabili, ma vivono nella storia e duellano. La chiave esoterica della costruzione schmittiana sta proprio nell'inserimento di esse sul piano inclinato della storia, quello che inevitabilmente e inesorabilmente conduce l'una, la formula terrestre, a fluire e sfiorire nell'altra, la formula marina.

2.2 La teorica schmittiana come fenomenologia del tramonto: oltre le tradizionali letture giuridiche.

Ragionando su questo modello, la dottrina ha isolato alcuni aspetti critici. Innanzitutto, uno che riguarda il fondamento extra-giuridico che si pone alla base delle due ricostruzioni⁴⁷. Nella formula terrestre, l'atto di apprensione alla base dell'ordinamento si esprime come principio violento, di per sé ispirato a quella che appare come un'istanza di dominio, il *Führerprinzip*, che influenza nei fini la costruzione giuridica. Questo significa che la costituzione, legittimando ed estrinsecando tale istanza genetica o comunque essendo sottoposta ad essa, perde la sua dimensione di "controcondotta"⁴⁸, cioè perde il

⁴⁷ Si veda su questo L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli 2007, 195 ss.

⁴⁸ È sempre L. RONCHETTI, ult. cit., 115 ss. a richiamare lo sviluppo del concetto di costituzione come "controcondotta". Partendo da una suggestione presente in M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano 2005, la citata autrice arriva ad affermare che «la Costituzione dovrebbe [...] caratterizzarsi - nella prospettiva adottata in questo ragionamento - per la corrispondenza ai principi politici ispirati all'apposizione di limiti liberatori dall'oppressione della legge del più forte: la Costituzione sarebbe un atto normativo assiologicamente orientato ai principi politici storicamente affermatasi in secoli di lotta contro il potere accentrato e assoluto per ottenere la sua massima diffusione. Questa lotta, nelle sue varie forme, è stata una "condotta", un agire, "contro" il potere di fatto, il potere del più forte: contro un potere accentrato ed escludente, basato sulla violenza e sulla sopraffazione, si è prodotto un agire che pretendeva di dare al popolo il potere di decidere sulle forme della propria convivenza. Il soggetto costituente è tale solo se mosso da una controcondotta: per opporsi al potere accentrato deve

ruolo di elemento di resistenza e confinamento del potere, proprio della tradizione liberale. La costituzione come garanzia e difesa della dignità dell'individuo di fronte al potere dell'istituzione. Nella sostanza, il modello schmittiano del νόμος non è estraneo ad una possibile e rischiosa degenerazione in forme autoritarie se non perfino totalitarie, data l'assoluta subordinazione dell'ordinamento alla sua matrice politica. In realtà, questa prospettiva critica, non è paradossalmente estranea nemmeno alla formula marina, pur se, in quest'ultimo caso, il problema si profila in una modalità ribaltata. Qui, infatti, il fondamento extra-giuridico rischia di sembrare superfluo, così da far divenire il diritto puro strumento, davvero in mano alle contingenze, o meglio al temporaneo fattore dominante. In entrambi i casi, pur per ragioni differenti, il diritto rischia di degenerare in puro *instrumentum regni*. Quindi si potrebbe dire che la tendenza degenerare è sottesa ad entrambe le alternative, solo che in un caso è in potenza e nell'altro è in atto. Un secondo aspetto critico da rilevare riguarda il generale inquadramento della ricostruzione del giurista renano. È quella che Natalino Irti ci dice essere l'ambiguità di base del grande libro di Schmitt: «il *nomos* della terra è semplice fatto storico o categoria logica? Fatto proprio ed esclusivo del diritto europeo; o forma necessaria per la stessa pensabilità del diritto? Nel primo caso, il libro appartiene alla storiografia giuridica; nel secondo, esso traccia la linea fra giuridico e non-giuridico, fra ciò che può dirsi diritto e ciò a cui lo strappo delle radici rifiuta il nome di diritto»⁴⁹. L'autore abruzzese, in realtà, predilige la prima impostazione, negando il valore di modello logico per l'impostazione tellurica suddetta. Eppure, qualche dubbio rimane.

In questo forse è necessario allargare lo sguardo e provare a leggere il complesso edificio del pensiero schmittiano da prospettive ulteriori. Cercare di ritrovare la dimensione più arcana della simbologia del giurista renano, nascosta soprattutto in *Der Nomos der Erde*,

trattarsi di una condotta ispirata alla diffusione del potere, fondata, quindi, sulla pari libertà» (così a pag. 117).

⁴⁹ N. IRTI, *ult. cit.*, 125. Nelle pagine del libro citato, IRTI sembra cogliere la fondamentale inquietudine al fondo del pensiero schmittiano. Egli ne sottolinea una dimensione evolutiva, che passa dalla teorizzazione della "decisione" come fondamento del nuovo ordinamento che sorge nello stato d'eccezione, che non è norma ma che instaura un ordine concreto, fondato sulle reali contingenze dei rapporti sociali, che si traduce infine nel principio del radicamento tellurico. Dice IRTI che in questi passaggi «c'è la profonda e dolorosa ricerca del senso del diritto, di un senso che non coincida con la nuda volontà di posizione normativa. Anche c'è lo spaurimento dinanzi al nichilismo; alla perdita di unità e di concretezza, che possono essere difese e salvaguardate solo dal rapporto tra *Ordnung* e *Ortung*. [...] Se il senso del diritto è nelle radici terrestri, allora lo strappo da esse, la separazione tra ordinamento e singolarità del luogo, ci getta nel nichilismo» (così N. IRTI, *ult. cit.*, 125). Da qui il dubbio su menzionato del giurista abruzzese: tale radicamento è strumento di resistenza alla dinamica nichilista, alternativo elemento di fondazione di un sistema veramente salvo da ogni dinamica secolarizzante, ovvero è mera chiave interpretativa di natura storica, utile a riprodurre le dinamiche del modello europeo di costruzione dell'ordinamento?

così da cogliere le «note del grande libro che i giuristi non sapranno mai ascoltare»⁵⁰. In verità, l'opera di Schmitt va inquadrata come una fenomenologia del tramonto. Schmitt ci offre la cruda descrizione del Calvario della cultura giuridica europea, che scivola in maniera destinale verso lo sradicamento. Il rapporto fondamentale tra *Ordnung* e *Ordnung*, che sopra abbiamo descritto, si infrange nella caotica costruzione pattizia dell'odierno diritto internazionale, la tendenza marina dell'attuale cultura giuridica. Questo tocca anche il conflitto, che trova nel radicamento spaziale un freno, un confine, infranto dalla dimensione totale della Guerra mondiale, in cui ogni regola è piegata ad una logica "occasionale" del rapporto tra amico e nemico, lasciando così scomparire le categorie del *iustum bellum*, della guerra legale, il confronto con il *iustus hostis*. Infine, lo stato, come "agente primo della secolarizzazione", che ha sostituito il νόμος antico e quello della cristianità medievale, per divenire uno strumento capace di neutralizzare la guerra civile interna e per regolare la guerra esterna, secondo un modello in cui ogni stato agisce per tutelare lo spazio della sua influenza, in un contesto di patti e alleanze momentanee e non ispirate a nessun fondo comune condiviso. Quello che il giurista di Plettenberg descrive con estrema lucidità è il piano inclinato della storia, quello che sta progressivamente e inesorabilmente tagliando i legami tra gli ordinamenti moderni e il loro radicamento spaziale. Ma qui dobbiamo intenderci bene. Nota Cacciari come lo spazio schmittiano non è solo radicamento materiale, ma anche spirituale. Il νόμος terrestre si definisce per conformità alla presupposta etica dello spazio, cioè della πόλις. La regola segue rigorosamente il principio etico presupposto, vera base della comunità. Esso rappresenta il comune senso della giustizia, la divina Δίκη. Divina appunto, perché il diritto non è un fattore di cui gli uomini possono disporre. Infatti, «i molti *nomoi* dell'uomo non garantirebbero di per sé alcun ordine – e alcuna *Ordnung* – se non derivassero dal Nomos divino. La loro vera radice è perciò quella che li collega alla cosmica Dike. *Arbor inversa*. Se è così, allora, obbedire alle leggi della città deve significare, in uno, che gli dei (della città) sono: *nomizein theous* (formula già erodotea). Non vi è Nomos se questo *nomizein* viene meno»⁵¹. Ecco allora che l'apprensione fondativa schmittiana non è la prepotenza dei bruti, non è la prevalenza del più forte, ma il tentativo di ristabilire un ordine preposto, l'espressione di una giustizia riequilibrante, la rivoluzione nel suo proprio significato etimologico, cioè uno stabilire di nuovo ciò che era ovvero ciò che vorremmo che fosse. Solo in questo senso la violenza diviene in qualche modo accettabile, il conflitto

⁵⁰ Questa l'espressione presente in M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano 1994, 105, che sottolinea l'elemento simbolico che fortemente pervade i testi schmittiani e che rischia di sfuggire ad una lettura che si riduca ad una mera prospettiva giuridica.

⁵¹ Così M. CACCIARI, *ult. cit.*, 110.

diviene elemento simbolico, aggregante e non distruttivo e disgregante. È l'immagine che ci restituiscono gli *escolios* di Nicolás Gómez Dávila, in cui è scritto:

«L'Umanità è in pericolo quando dimentica il più solenne avvertimento della storia:
la civiltà è un uomo armato di frusta tra animali famelici»⁵².

Questa riflessione porta con sé due conseguenze, che possono rispondere alle osservazioni critiche di cui prima abbiamo dato conto. Innanzitutto, la prevalenza politica nella formula tellurica non è mera espressione del potere dominante affermatosi con la forza, ma principio simbolico, istanza di giustizia pre-posta all'ordinamento, che viene imposta e affermata con l'atto di forza primigenio, con l'apprensione genetica. Non ogni atto di violenza, dunque, può legittimare la costruzione dell'ordinamento, ma solo quello che sia conforme espressione della *δίκη*, del senso di giustizia che anticipa l'organizzazione umana. Ecco allora che il radicamento del νόμος non sta solo nel suo collegamento con una generica istanza politica, ma nella concreta espressione della congerie etico-politica che genera il gruppo umano in cui è immerso. E qui c'è tutta la forza del gesto di Antigone, che muore per rispettare la legge divina e non i decreti di Creonte. Anche quello di Antigone è un atto di apprensione; la violenza della sua morte non segna una sopraffazione ma un'illuminata testimonianza di un νόμος che pretende di essere ristabilito, contro il potere che reclama di essere al di sopra del senso di giustizia della πόλις⁵³. La medesima distinzione che nell'antica Atene di Platone separava il termine νόμος, la legge divina, dagli ψήφισματα, i decreti dell'assemblea, quelli decisi dai cittadini riuniti, frutto solo delle discussioni umane e serventi solo alle logiche del pubblico consenso, si direbbe oggi allo stomaco, agli umori contingenti. Questo è l'abisso in cui infila gli occhi il giurista renano. Lo sfiorire delle antiche leggi, che per destinate tendenza perdono ogni legame con il presupposto divino-etico-politico che le ispira, lasciate alla mercé del formalismo e senza più la capacità di fare sintesi e quindi di costruire lo spazio pubblico. Il diritto come categoria logica e non ontologica. Perfino la costruzione dello

⁵² Questo è uno dei più potenti aforismi di Nicolás Gómez Dávila, scrittore e filosofo colombiano, autore degli *Escolios a un texto implícito*. Egli costruisce il suo pensiero in maniera alluvionale, con una serie infinita di piccoli "commenti a margine" di un più strutturato e organico pensiero che resta non esplicitato. Si veda l'ultima edizione italiana N. GÓMEZ DÁVILA, *Escolios a un texto implícito*, vol. I e II, Roma 2017.

⁵³ Si veda su questo M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e Mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna 2018, 96 ss. Così il testo: «Massimo Cacciari sostiene che il conflitto tra Creonte e Antigone non si svolge nella sfera del diritto, dell'etica o della politica perché Antigone non rivendica né un nuovo diritto né un nuovo ordine politico. [...] Tuttavia, seppure inconsapevolmente, Antigone con la sua contestazione propone un nuovo modello di ordinamento, una nuova gerarchia delle fonti, una nuova costituzione della città, fondata sui *nomoi* degli dei e non sulle leggi degli uomini. [...] Chi si oppone a una legge in nome di un principio asseritamente superiore può certamente difendere una propria visione dei valori in giuoco senza finalità ulteriori; ma quella opposizione, per il fatto stesso di essere proposta, e quindi discussa, entra nella sfera pubblica ed è quindi inevitabilmente destinata a incidere sull'ordine della *polis* e sulle leggi che regolano la sua vita» (pag. 112 ss.).

stato è il sintomo di questa dissoluzione, la disgregazione di ogni istanza simbolica. Il mostro terrestre, il Toro Behemot, sta perdendo il duello con il Leviatano, il mostro marino. Quel mare in cui il profilo divino-etico-politico è legato essenzialmente alla legittimazione dei singoli, alla dignità degli individui in contatto; lo stesso, proprio non avendo un ruolo di aggregazione sintetica, finisce per essere disciolto dalle onde, vista anche la sua inutilità nell'economia del sistema ordinamentale che viene creato. Nel mare si realizza lo sradicamento dalla nostra storia, dalla materialità del passato. E senza la memoria il diritto perde il suo valore sistematico, il suo ruolo di garanzia e difesa, per divenire mera disposizione, non regola di organizzazione ma regola contrattuale. Sul mare non si può costruire uno spazio pubblico. Ecco perché il νόμος della terra di Schmitt non è mera descrizione storiografica delle vicende del diritto europeo, ma categoria logica di ricostruzione storico-filosofica dello spazio pubblico. Davanti alla corsa sfrenata del diritto verso lo sradicamento, al giurista spetta di tornare all'origine e recuperare così il senso primigenio dell'appartenenza, del solido ancoraggio. Le categorie schmittiane spiegano con lucidità il tempo presente; altro discorso è capire se esse siano sufficienti ad offrire soluzioni, a tentare un'inversione o se al contrario non fungano altro che da κατέχον, ciò che trattiene, in questo caso, le onde marine che vorrebbero sommergere la terra.

Potremmo dire, invero, che questa tensione fondativa del diritto è la grande questione alla base del costituzionalismo moderno. Abbiamo detto prima del tentativo di addomesticare, nelle costituzioni del secondo dopoguerra, il potere costituente, quello etico-politico appunto. Memori delle degenerazioni della Guerra totale, i giuristi dell'epoca pensarono bene di imprigionare la forza fondativa dell'ordinamento entro le strette maglie del formalismo, delle procedure, dei limiti. Imprigionarla sì, ma non cancellarla. Quasi che quelle catene potessero anche tutelare il radicamento fondativo dell'ordinamento, il conflitto ispiratore, la materialità della storia nazionale, le istanze più nascoste e inconsapevoli del sentimento di giustizia di un popolo, che sono anche però le più forti e le più condivise. Il costituzionalismo moderno non è più controcondotta, non è più resistenza e limite al potere, almeno non solo questo. È innanzitutto equilibrata costruzione di compromesso tra radicamento e pluralismo⁵⁴. Costituzionalismo di sintesi, nel senso hegeliano di *Aufhebung*. A quel tempo (nel 1948 per gli italiani), con l'idea di dover evitare la degenerazione dell'istanza radicata su quella plurale; oggi posto davanti, invece, al problema inverso: evitare che sia l'istanza plurale a prevalere, in un processo di

⁵⁴ Alla fine resta questo il grande tema della riflessione giuspubblicistica del nostro tempo. Si veda su questo R. BIFULCO, *L'Europa e il «Constitutional Pluralism»: prospettive e limiti*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2018.

secolarizzazione che, alle sue estreme conseguenze, rischia di rendere incapace il diritto di costruire e organizzare la società. Tenere insieme Terra e Mare, nel dovuto bilanciamento.

3. Per una definizione di spazio pubblico: due precisazioni.

Recuperati al nostro ragionamento questi primi elementi fondativi e queste prime categorie arcaiche, si può tentare di dare una prima definizione del concetto di spazio pubblico, in una prospettiva che provi a declinare contemporaneamente la nozione sia in senso ctonio che in senso pelagico. Lo spazio pubblico deve essere allora inteso come il luogo (vero e proprio τόπος) in cui si incontrano differenti soggetti a cui sono imputate specifiche situazioni giuridiche comunemente ritenute meritevoli di tutela e che, in quel medesimo spazio, si rapportano con il potere pubblico, latore dell'interesse collettivo, a volte in opposizione con il legittimo interesse del singolo. Tale luogo non può che presupporre l'esistenza di un elemento preordinato di appartenenza e riconoscimento, che legittimi la dimensione di tutela del singolo e la stessa sovranità pubblica, in un processo di continuo modellamento, ispirato teleologicamente. Il luogo comune, dunque, presuppone un νόμος comune, che a sua volta si radica su un ἦθος comune.

3.1 Spazio pubblico e territorio.

Va precisato che, da questa prima definizione, si deve dedurre che la dimensione spaziale non è qui intesa nel limitato senso di una esplicazione fisica. Lo spazio pubblico vuole essere propriamente un concetto giuridico e il suo legame con la materialità di un dato territorio, di un preciso confinamento, attiene ad una dinamica propriamente fattuale che, stando a Schmitt, può incidere all'origine (atto di apprensione iniziale) e nel momento dinamico di costruzione del sentimento politico, su cui certo influisce la comune convivenza degli individui nel medesimo luogo. Il territorio allora è più propriamente uno degli elementi che concorre alla creazione dell'intendimento politico della comunità che edifica il proprio spazio pubblico. In realtà, molto più chiaro può apparirci questo discrimine se procediamo ad un breve recupero in chiave storico-giuridica di tale concetto.

In epoca medievale, come ci spiega Marchetti⁵⁵, il concetto di territorio era strumentale a quello di estensione e determinazione del potere. La formula più utilizzata dai *doctores* del diritto comune recitava *iurisdictio cohaeret territorio*. La *iurisdictio*, cioè il complesso dei poteri

⁵⁵ P. MARCHETTI, *De Iure finium*, Milano 2001

pubblici astrattamente esercitabili, si trasferisce dal vertice universale, cioè l'Imperatore, alla base, suddividendosi in un complesso sistema di gerarchie e privilegi, di statuti e università, di cui bisognava definire il confine di competenza. Il dimensionamento territoriale era una delle forme in cui si esprimeva tale confinamento, ma ve ne erano delle altre. Le forme di autonomia privilegiata, quali ad esempio quella delle università degli studi o delle corporazioni cittadine, si fondavano su un concetto di appartenenza essenzialmente legato allo *status personae*. Ancora, la stessa *potestas* vescovile non si determinava come potere su uno spazio territoriale, vista la difficoltà di definirne propriamente i confini, ma sulle persone, su quella porzione del popolo di Dio al Vescovo affidata. La *iurisdictio* si manifestava dunque in maniera plurale, in nome di un particolarismo che non seguiva le linee ferme di una frontiera, ma si adattava alle necessità dei confini geografici e umani. Essa influenzava e modificava lo spazio naturale, caratterizzandolo (la legge della terra) e al contempo venendone condizionata. Nell'idea della giurisdizione come pertinenza del territorio si impone un modello di territorializzazione che non è induttivo, ma pienamente deduttivo. L'ammissione che non si possa pensare il territorio e quindi ricostruirne le regole di realizzazione senza tener conto delle sfumature specifiche con cui la "giurisdizione" si manifesta in quel dato spazio. In un certo senso, l'elemento antropico di modificazione dello spazio, che si esprime appunto nel potere politico, a quell'epoca era da considerarsi al pari dei caratteri naturali dello spazio stesso, che con essi andava armonizzato e conservato (garantito, forse meglio)⁵⁶. Dice sempre Marchetti, «il dichiarato legame della giurisdizione al territorio (o se si vuole alla popolazione che su quel territorio abita) non rappresenta nient'altro che l'affermazione della centralità di alcune condizioni di esistenza (sul piano giuridico, economico o sociale) che non possono essere facilmente alterate, sia nei loro limiti di estensione, sia nei loro contenuti»⁵⁷. È come se l'analisi giuridica del territorio e le regole del confinamento non possano sfuggire al dato empirico di uno spazio al pari segnato da elementi fisici e antropici, da geografia e potere. Manca completamente a questa concezione l'ombra faustiana della modernità. La necessità di "neutralizzare" giuridicamente lo spazio per renderlo più docile ai progetti di funzionalizzazione economica, amministrativa e sociale, per cui gli elementi fisici (evidenze geografiche) e antropici (appartenenza, tradizione, diritti reali acquisiti) divengono oggetto della trasformazione, quando non vengono liquidati come ostacoli ad essa.

⁵⁶ Su questo si veda anche L. MANNORI, *La nozione di territorio tra antico e nuovo regime. Qualche appunto per uno studio sui modelli tipologici*, in M. CAMMELLI A cura di, *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna 2007, 46 ss.

⁵⁷ P. MARCHETTI, *ult. cit.*, 95

Prendendo in prestito le parole di Carlo Galli, il problema del moderno sta tutto «nell'invenzione del soggetto come nuovo punto di osservazione della realtà, [che] trova la propria collocazione e spiegazione all'interno del presentarsi dell'ordine non come un dato ma come un problema – cioè come assenza della trascendenza e della sua mediazione tradizionale, e al contempo come esigenza di nuova mediazione»⁵⁸. Se non si parte da questo dato originario, risulta più difficile realizzare come per territorio oggi non si debba intendere un dato, fisico o culturale, ma un “orizzonte di riferimento”⁵⁹, l'esito di un reale processo di ideazione e costruzione, teleologicamente ispirato ad un fine politico o economico o sociale. E questo peculiare presupposto teoretico resta il fondo comune a tutte le diverse concezioni di territorio che la dottrina giuridica ha nella modernità proposto, pur declinato differentemente e diversamente qualificato.

È il solito Carl Schmitt a coglierne con efficacia e lucidità le implicazioni. Nella sua ricostruzione tellurica del νόμος (trattata nel precedente capitolo), il giurista di Plettenberg recupera alla terra tutto il suo ingombrante peso. Come detto, il *Landnahme*, primigenio atto di apprensione spaziale, diviene il dato fondativo dell'ordinamento giuridico, la manifestazione in concreto di una specifica sovranità geo-localizzata. Questo atto fondativo è l'archetipo di quella genetica istanza politica che costruisce (e su cui si costruisce) l'ordinamento giuridico. La localizzazione è per Schmitt lo specchio dell'istanza sintetica e di appartenenza che presiede alla costruzione della πόλις, come spazio pubblico organizzato giuridicamente. E se l'impalcatura del diritto non la si pone anticamente con i piedi per terra, essa sfugge, declina, prova ad auto-fondarsi e ad auto-justificarsi nella mera forma. Un diritto fondato sulla terra, cioè sull'istanza politica primigenia e dunque sul più arcaico senso di giustizia di una comunità, su un ἦθος extra-giuridico, diviene l'essenziale elemento di mediazione al fondo dello spazio pubblico, costruisce e unisce. In questo senso l'elemento spaziale è più di un semplice dato fisico-naturale che influenza la costruzione dell'ordinamento: partecipa della costruzione del presupposto politico della costituzione. All'opposto troviamo Hans Kelsen e la sua teoria pura del diritto⁶⁰. In questo caso l'elemento territoriale non ha altra valenza se non quale confine della validità e della cogenza delle norme. In questa seconda visione, allora, il territorio «viene dematerializzato, assunto come entità noetica, privato di ogni valore identitario e culturale e ridotto a “Geltungsbereich von Rechtsnormensystemen”, e quindi a mera

⁵⁸ C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna 1996, 4

⁵⁹ Così in G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 2, riprendendo la definizione di A. CORBOZ, *Le Territoire comme palimpseste*, in *Diogene*, 1983, n. 121, 14 ss.

⁶⁰ Hans KELSEN pubblicò il suo *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* per la prima volta nel 1934.

derivazione logica della normatività»⁶¹. Kelsen costruisce un modello auto-fondativo di ordinamento, basato su presupposti logici e rapporti di razionalità tra norme e fonti. Il territorio è qui mera categoria di organizzazione, confine di validità e principio di pianificazione. Questi i due poli opposti, la dicotomia genetica, entro cui muovere il ragionamento giuridico sul territorio⁶². Un punto di partenza necessario, ma non sufficiente, perché entrambe queste speculazioni, nella loro radicalità, generano delle distorsioni. Da una parte, il riferimento tellurico di Schmitt, che voleva essere elemento catecontico davanti alla secolarizzazione, ha visto il prevalere non del politico, ma delle ideologie totalitarie, nelle tragiche vicende del secolo breve. Dall'altra, la norma sradicata sta divenendo solo funzionale alla brutta prevalenza delle logiche di potere.

Esistono in realtà delle declinazioni mediane, che hanno avuto la loro più concreta espressione nelle esperienze costituzionali del secondo Dopoguerra; giudicate utili proprio perché finalizzate a temperare la doppia necessità di bilanciare la prevalenza del politico (più in generale dei contenuti tellurici, cioè stabili, della nuova comunità in costruzione) sulle forme di garanzia e dignità del singolo (la costruzione dell'ordinamento, tutta formule di tutela)⁶³. Immediatamente viene alla mente il pensiero di Rudolf Smend, che in realtà precede di molti anni la pubblicazione del grande libro schmittiano⁶⁴. Nella sostanza, il professore di Göttingen sosteneva essere la Costituzione un dinamico processo di integrazione, di cui il territorio rappresenta la componente materiale. Tale materialità si realizza non solo nel dato naturalistico, ma ne implica uno di tipo culturale, che concorre, dunque, ad un'integrazione che si potrebbe definire "spirituale"⁶⁵. In qualche modo, non si nega la funzione normativistica del territorio, come limite delle competenze dello Stato (o dell'ente territoriale) e come *principium individuationis* dei soggetti sottoposti ad una data sovranità, ma si impone anche un'attenzione sulla sua configurazione quale luogo di emersione degli interessi di una data collettività⁶⁶. Infatti, i soggetti che condividono un dato spazio creano inevitabilmente tra essi un rapporto di tipo politico, meglio, per usare termini smendiani, sono accomunati dalle ragioni "del

⁶¹ G. SCACCIA, *ult. cit.*, 5

⁶² Li sintetizza bene IRTI in una sua efficace espressione: «l'essere dell'*Ordnung* schmittiano nasce da un dato luogo; il dover essere kelseniano sceglie 'qualche luogo'». Si veda N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2006, 119; l'espressione viene citata anche in C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 6

⁶³ Su questo si veda L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 4 ss.

⁶⁴ SMEND pubblica per la prima volta il suo *Verfassung und Verfassungsrecht* a Monaco nel 1928.

⁶⁵ Richiama la teoria smendiana L. ANTONINI, *ult. cit.*, 4 ss.

⁶⁶ Altro riferimento alla teorica di SMEND come chiave di lettura del concetto di "territorialità" presente nella Costituzione italiana lo fa B. CARAVITA, *Territorio degli enti territoriali minori*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1994, 2 ss.

comune destino politico”⁶⁷. Ed è in realtà questa concezione mediana di territorio (forse meglio, sintetica, nel senso hegeliano del termine, per riprendere il concetto espresso nel primo paragrafo) che sembra emergere in filigrana anche nella Costituzione italiana del 1948.

Il territorio, per come inteso nella nostra Carta, si realizza in spazio di condivisione politica. Di certo non un dato fisico specifico e definito, confinato e concreto, ma relativo, perché funzionale alla garanzia dei diritti, fine ultimo della sovranità. Proprio perché strumento di coesione politica, vero e proprio fattore di pensabilità del potere sovrano, il carattere relativo del dato territoriale si declina nel concetto di decentramento e nella necessaria presenza delle autonomie locali. L’art. 5 della Costituzione postula la necessaria concorrenza tra Stato e autonomie, incasellate dunque in una pluralità di territori sovrapposti, certo con quello statale, ma anche tra di essi, capaci di individuare comunità politiche, ognuna con la sua autonomia e dunque con le sue competenze, legislative o amministrative. Alcuni hanno allacciato tale modello ad una ragione storica di contrasto⁶⁸. Il superamento cioè dello Stato accentrato, visto come facilitatore dell’emersione di derive totalitarie, le quali hanno sempre avversato l’istanza autonoma. Ciò è certo vero. Per quel che a noi interessa, però, va soprattutto sottolineato come, in questa prospettiva, il territorio divenga strumento di delimitazione dell’autonomia politica, nazionale o periferica che sia. Pertiene, dunque, alla comunità, ai cittadini che sul territorio vivono e che in esso condividono l’appartenenza politica. È come se dalla delimitazione dello spazio sorgesse l’istanza politica e il complesso di interessi che l’ente che su quel territorio è stanziato deve garantire o comunque rappresentare. Da questo possiamo dedurre essenzialmente tre conseguenze: (1) la condivisione dell’elemento territoriale è sufficiente a caratterizzare politicamente la comunità ivi stanziata, a prescindere dal fatto che essa possa essere percorsa da difformità che pertengano a elementi di differenziazione ulteriori, culturali, religiosi o di appartenenza; (2) la tutela che l’ente esponenziale del dato territorio deve assicurare a chi ivi risiede si sostanzia come generale, cioè proiettata ad una tutela ampia e generica degli interessi di ognuno; (3) essenziale che ognuna degli enti esponenziali in cui si declina la sovranità nazionale sia legato ai propri cittadini da formule di rappresentanza ispirate alla democraticità⁶⁹. Sta di fatto allora che il concetto di territorio non solo è relativo, ma votato ad una costitutiva artificialità, che può perfino

⁶⁷ «des gemeinsamen politischen Schicksals». Questa l’espressione presente in R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1955, 169.

⁶⁸ Così fa, ad esempio, C. SALAZAR, *ult. cit.*, 8

⁶⁹ Così in B. CARAVITA, *ult. cit.*, 2

essere rettificata con strumenti precisi, che la Costituzione apertamente disegna all'articolo 131 e 132.

Ecco, pur non scivolando del tutto in un modello propriamente normativistico, la nozione di territorio, per quanto naturalmente votata alla creazione della comunità politica, prescinde comunque totalmente da ogni elemento extra-giuridico di costruzione. Non si riconosce alle autonomie una pre-esistenza rispetto alla Costituzione, né si dà conto di quei dati storico-culturali che essenzialmente sono alla base della costruzione della *Gemeinschaft*. Forse se ne può rinvenire qualche traccia nell'art. 9, lì dove il concetto di territorio si “smaterializza” trasformandosi in valore: nell'economia della disposizione, «esso contribuisce [solo] ad arricchire la dimensione dell'identità nazionale che attinge a storia e memoria solo in quanto “incorporato” nei beni ambientali, storici, artistici e culturali tutelati dalla norma»⁷⁰. Ed è forse tale ultima costruzione la più aderente al concetto di “costituzionalismo di sintesi” che abbiamo provato a delineare nelle prime pagine di questo lavoro. Si mantiene una lettura del territorio come strumento di costruzione dell'intendimento politico comunitario, ma lo si rende permeabile ad elementi funzionali di bilanciamento ed efficace ripartizione delle competenze all'interno dell'ordinamento.

Nel complesso di sfumature emerse da questa trattazione, ciò che deve interessare è soprattutto l'elemento di distinzione tra il più ampio concetto di spazio pubblico e il più circoscritto elemento territoriale, che ad esso concorre, perfino in maniera funzionale, ma che rimane comunque un accidente secondario e servente rispetto al fondo identitario che si esprime nella costruzione ordinamentale. In quella separazione tra costituente e costituito, il dato fisico dell'estensione territoriale si pone in relazione con entrambi i poli: per il primo è elemento originario fattuale di apprensione e fattore incrementale della comunanza politica; per il secondo è confine e limite di efficacia.

Lo aveva ben compreso Giorgio Lombardi nella sua riflessione sul concetto di “frontiera”, che egli definiva «non già come lo spazio di validità della norma, o il limite fisico di essa, ma come l'ambito entro il quale si esprime una aggregazione idonea a esprimere una struttura sociale tale da riconoscersi secondo i criteri dell'eguaglianza e della sovranità»⁷¹. L'elemento comunitario-identitario, che nella speculazione del professore

⁷⁰ C. SALAZAR, *ult. cit.*, 9

⁷¹ Così in G. LOMBARDI, *Scritti scelti. A cura di E. PALICI DI SUNI e S. SICARDI*, Napoli 2012, 559. Per una ricognizione sistematica dell'opera di G. LOMBARDI si veda anche T. CERRUTI - A. POGGI - M. ROSBOCH, “Spazio e frontiera”. *In ricordo di Giorgio Lombardi*, Torino 2022.

torinese derivava soprattutto dagli accedenti della storia⁷², precede e ingloba il mero dato geografico e materiale, edifica lo spazio pubblico e ne fonda l'elemento giuridico. Ecco perché diviene essenziale comprendere in cosa consista questa istanza fondativa e ideale e come possa essere concettualizzata.

3.2 Lo spazio pubblico e la sua istanza fondativa.

Una seconda questione di approfondire con riguardo alla definizione di spazio pubblico con cui abbiamo aperto questo capitolo sta nella difficoltà di inquadrare propriamente la dimensione e la sostanza di quella istanza extra-giuridica fondativa e qualificante, che è poi identità della forza costituente e parametro della legittimità della struttura ordinamentale costituita. Come già specificato, abbiamo tentato di definire questa istanza, originaria e necessaria per creare lo spazio pubblico, con la parola greca *δικη*, che esprime il senso di equità e giustizia, come anche, più in generale, la condizione e il costume degli individui⁷³. È però negli studi di Hertha von Dechend che tale termine disvela un occulto significato, tanto inedito quanto capace di chiarire alcune dinamiche della costruzione sociale. Proviamo a recuperarlo. L'elemento essenziale che, secondo l'antropologa di Heidelberg, ha determinato lo sviluppo delle civiltà antiche è la necessità per l'uomo di ordinare lo spazio che ha intorno. Per creare un ordine delle cose bisogna categorizzarle, definirne il senso, comprenderne la misura, così da prevederne le implicazioni. La saggezza antica si ricompone intorno al concetto di *συμμετρία*, cioè di commensurabilità: «il principio di commensurabilità ha trovato nei tempi antichi applicazioni molto più numerose di quanto avvenga oggi: non vi era pressoché alcun fenomeno o alcun oggetto che non fosse “misurabile” rispetto a qualsiasi altra cosa»⁷⁴. Quell'uomo arcaico, solo e impotente innanzi alla natura che lo circonda e lo annichilisce, cerca affannosamente lo strumento che gli permetta di dominarla. Ed è allora che guarda al cielo. Il movimento del sole e quello degli astri, il circuitare dei pianeti nella volta celeste sembrano seguire tempi e spazi che si ripetono uguali, che si rincorrono in forme replicate. Per usare la famosa espressione del *Timeo* platonico, la civiltà nasce dall'intuizione che la natura, che le cose

⁷² Lo sottolinea M. ROSBOCH, *Frontiere e confini “porosi” nel tempo e nello spazio: centro, periferia e autonomie regionali alla luce del pensiero di Giorgio Lombardi*, in *Politica.eu*, n. 2/2021.

⁷³ Secondo F. MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*, Torino 2009, il termine *δικη* corrisponde all'italiano norma, costume, uso, maniera, come anche a giustizia e diritto (così soprattutto nell'*Odissea*). Da sottolineare la formulazione *δικη ἐστὶ*, che sta per “è diritto”, cioè “è giusto” (così in Eschilo). Ancora, *δικη* che sta per “con giustizia”, “rettamente” (nell'*Iliade*).

⁷⁴ H. VON DECHEND, *Il concetto di simmetria nelle culture arcaiche*, in G. DE SANTILLANA - H. VON DECHEND, *Sirio*, Milano 2020, 81.

del mondo “procedono secondo il numero”⁷⁵, cioè che possono essere capite e ordinate, controllate e sfruttate proprio in quanto misurabili. Proprio per questo, «quando l’ignoto Einstein proto-urrita (vissuto probabilmente in qualche luogo vicino a Susa) prese coscienza di ciò che dicevano i numeri, e capì che essi potevano esprimere lo “scheletro del mondo”, avvenne una scoperta che ha avuto un effetto maggiore di qualsiasi altra successiva: il mondo cessava di essere semplicemente un mondo, diveniva un κόσμος»⁷⁶. Molto si potrebbe dire su quanto la misura del tempo, cioè l’osservazione del movimento ciclico degli astri nel cielo, come anche la successione delle stagioni e i processi lunari, siano quindi divenuti una forma di conoscenza sacrale, tramandata attraverso l’antica sapienza mitologica, che altro non era se non il tentativo di esplicitare quei complicati processi in forme sensibili⁷⁷; ma, ai fini del nostro studio, ciò che si deve facilmente dedurre da questo discorso è come la forma ordinata del mondo non si esprima solo nella “misurabilità” del rapporto tra uomo e natura, ma attenga anche alla “misurabilità” dei rapporti tra uomo e uomo. La comunità umana si fonda su relazioni che devono essere “misurate”, cioè che devono essere ispirate ad una istanza di proporzionalità, che, ben sottolinea la von Dechend, nell’antichità doveva dirsi innanzitutto razionalità (cioè λόγος) e non uguaglianza. Per i pitagorici il concetto di giustizia si esprimeva in rapporti di reciprocità, ma sarà Aristotele a predicare la necessità di qualificare tale concetto; infatti, a suo parere la reciprocità va resa «in base a una proporzione e non come ritorsione perfettamente uguale al danno patito». Già lo stagirita si chiedeva, dunque, se davvero corrispondesse a giustizia tarare i rapporti umani in funzione di una cieca reciprocità (la biblica legge del taglione) ovvero se essa vada adattata a ragioni di redistribuzione e commutazione. Alle origini del senso di giustizia vi è insomma l’idea che i rapporti umani debbano essere ispirati ad una forma di proporzione e quindi di limite, che in realtà può essere declinata in formule differenti e capaci in definitiva di esprimere il principio fondativo della comunità nascente, sia da un punto di vista sociale che istituzionale. Illuminante, in questo senso, il passo di Plutarco citato dalla stessa autrice tedesca, che narra del leggendario Licurgo, colui a cui la tradizione attribuisce la creazione dell’ordinamento istituzionale e politico di Sparta:

«Licurgo bandì da Sparta ogni proporzione aritmetica, essendo questa democratica e a favore della massa; introdusse, invece, la proporzione geometrica, in quanto confacente a una oligarchia e a un governo sovrano che governa in forza della

⁷⁵ L’espressione greca è «κατ’αριθμὸν ἰουσα».

⁷⁶ H. VON DECHEND, *ult. cit.*, 85.

⁷⁷ Davvero sconvolgente la lettura di questi fatti presente in G. DE SANTILLANA - H. VON DECHEND, *Il mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Milano 2003.

legge. La prima, infatti, dà a ciascuno una parte uguale in forza del numero, ma la seconda dà in base a una proporzione dei rispettivi meriti o demeriti. Essa non confonde tutte le cose insieme, ma le seleziona, ben discriminando il buono e il cattivo, di modo che ciascuno ha quello che più gli si adatta, non in ragione della quantità o del peso, ma a seconda che egli sia virtuoso o malvagio. La stessa proporzione, mio caro Tindaro, la introdusse Dio, con ciò che chiamiamo $\delta\iota\kappa\eta$ e $\nu\acute{\epsilon}\mu\epsilon\sigma\iota\varsigma$; e ci insegnò a tener conto che ciò che è giusto è uguale e non che ciò che è uguale è giusto. Poiché Dio cancella, per quanto possibile, quella eguaglianza che alletta molti e che si risolve molte volte nella più grande delle ingiustizie; e usa quella proporzione che rispecchia i meriti di ognuno, definendola geometricamente secondo la legge e la proporzione»⁷⁸.

La fondazione dell'ordinamento spartano (dello spazio pubblico spartano) si fa risalire a questo atto di apprensione primigenia che ristabilisce il senso di giustizia della comunità, fissando la cifra dei rapporti umani su una formula di proporzionalità geometrica, cioè sul rifiuto di una uguaglianza formale tra i consociati, la cui condizione sociale e la corrispondente dotazione di "diritti" va valutata in base ai rispettivi "meriti e demeriti". Il tutto rafforzato dal riconoscimento della natura divina di questo principio, tanto che l'atto impositivo di Licurgo altro non è che l'attesa conformazione dei meccanismi comunitari al più vasto ordine cosmico stabilito dalla divinità. La misura dell'antico $\kappa\acute{o}\sigma\mu\omicron\varsigma$ non è mai intesa come una creazione umana, ma come l'intuizione di un ordine pre-esistente che la trascendenza ha stabilito (Platone asserisce che $\alpha\delta\epsilon\iota\ \acute{o}\ \theta\epsilon\acute{o}\varsigma\ \gamma\epsilon\omega\mu\epsilon\tau\epsilon\tau\epsilon\iota\tilde{\nu}$)⁷⁹) e che l'uomo saggio non solo intuisce e legge, ma ad esso ancor più orienta la sua esistenza e le strutture sociali che crea. Con gli occhi di Schmitt, quella costruzione terrestre dell'ordinamento, che fonda lo spazio pubblico come luogo di composizione della comunità, esiste se afferma il principio fondativo che presiede ai rapporti tra i consociati e che tutti ritengono giusto in quanto mutuato da un'etica preposta, che è parametro e garanzia della vita comune. La proporzione nei rapporti umani ha a che fare con la condizione dei singoli, la condizione dei singoli concerne i loro diritti e i loro doveri nei confronti dei vicini, i diritti e i doveri riguardano la liceità e l'illiceità di dati comportamenti e tutto questo presuppone un sistema giuridico che esprima una sovranità pubblica superiore rispetto al singolo. Appartenenza e riconoscimento, appunto.

⁷⁸ Plutarco inserisce Licurgo nel suo "Βίοι Παράλληλοι" (le Vite parallele), trattando la storia del mitico re spartano in combinazione con quella del re romano Numa Pompilio.

⁷⁹ È il solito Plutarco che, nelle sue *Quaestiones morales*, attribuisce la detta frase a Platone.

Ecco, il senso della greca *δίκη* rimanda, secondo Von Dechend, ad una formula dinamica di misurazione, che ritorna nell'etimologia dell'espressione, la quale farebbe riferimento al concetto di "via" e dunque di movimento⁸⁰. È lo sviluppo delle regole a partire dai punti fissi, dagli elementi fondativi e immutabili, dal principio di proporzionalità dei rapporti. La giustizia che non può essere intesa se non come svolgimento di un arcaico comune ed essenziale riconoscimento tra individui, che si realizza in una dimensione storica e materiale e che soprattutto si risolve nei confini di uno spazio giuridico, certo fisico, relativamente geografico. A questa intuizione fondamentale sembrano connessi i processi di costruzione degli ordinamenti giuridici: la coincidenza tra ordinamento e sua localizzazione rappresenta la circostanza fondante e costitutiva di ogni diritto, di ogni νόμος che, tornando a Schmitt, è la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo⁸¹.

Ma quanto ci sembra inattuale questa costruzione. Ad ogni libera coscienza appare evidente che la chiara continuità logica tra istanza etica primaria e costruzione positiva dell'ordinamento è sempre più sfumata: il sole del tramonto schmittiano sembra calare sempre più inesorabilmente e lo spazio pubblico si mostra come una dimensione in lenta decostruzione. Ma è proprio questa tendenza diabolica (disgregante, nel senso etimologico del termine) che mette in dubbio il momento essenziale del discorso giuspubblicistico, il quale diverrebbe oltremodo inutile e impossibile se la discesa su questa strada buia continuasse senza speranza.

4. Il nichilismo come orizzonte di decostruzione dello spazio pubblico.

Un certo dibattito si è aperto e non sono mancate letture recenti che hanno provato a interrogarsi sulla questione e a dare una nuova impostazione di lettura al fenomeno. Tra i vari scritti sull'argomento, di un certo interesse sono quelli di Ciro Sbaìlò⁸², che in maniera affascinosa recuperano nuovi percorsi di senso, pur con esiti che un po' si discosteranno dai risultati di questo lavoro. Secondo l'autore appena citato, sussiste un "legame originario" tra spazio pubblico e ἐπιστήμη; quell'idea che postula la possibilità di «modellare lo spazio pubblico in base ad un progetto che lo trascende»⁸³. Questa dinamica

⁸⁰ Dice H. VON DECHEND, ult. cit., 95, «l'altra parola greca di grande importanza è *δίκη*, che ha la stessa connotazione di Tao. La *δίκη* è "il cammino della vita di ciascun essere naturale e anche il corso regolare dell'universo". [...] *δίκη* significa cammino».

⁸¹ Questa la definizione data in C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, Milano 1991, 59.

⁸² In particolare, C. SBAILÓ, *Sul sentiero della notte. La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*, Pisa 2020.

⁸³ C. SBAILÓ, ult. cit., 10.

non può che manifestarsi nel tempo, nel fatto cioè che si possa distinguere tra lo stato attuale delle cose e il loro stato futuro. Lo spazio dei rapporti pubblici, dunque, non sfugge alla logica progettuale del divenire e sembra avviato anch'esso sul "sentiero della notte", concetto ripreso dalla speculazione di Emanuele Severino.

4.1 La prospettiva filosofica di Emanuele Severino.

È proprio partendo dal pensiero del filosofo bresciano che Sbailò prova a leggere le vicende del diritto pubblico, piegandone le categorie alla comprensione delle dinamiche giuridiche, che con sorpresa appaiono calzanti. Severino suggerisce all'Occidente una via per comprendersi, che non è un salto verso l'ignoto, ma un attento cercare *in interiore Europae*. Ritornare a Parmenide⁸⁴, ritornare a quel pensiero antico, originario e non primitivo, di cui tutta la filosofia europea è solo una nota a margine. Il precetto parmenideo vuole che non si possa pensare il non essere; cioè che non si possa affermare che il nulla si ponga come una reale alternativa all'essere⁸⁵. Egli respinge con orrore l'idea che ciò che esiste esca fuori dal nulla e finisca poi per ritornarvi. Severino recupera questa intuizione e ne fa proprie le conseguenze più estreme: «l'essere, tutto l'essere, è; e quindi è immutabile»⁸⁶; ogni essere è dunque eterno. Il divenire è elemento del reale e si realizza nell'entrare e nell'uscire degli essenti dal cerchio dell'apparire. Uscire dal divenire non significa dunque il negarsi dell'essere, ma il suo non mostrarsi, come il sole sulla linea dell'orizzonte, quando cala e poi puntualmente si rialza. Ciò che va sottolineato è come questa teorica sia lontana ed estranea al pensiero occidentale. L'errore originario dell'Occidente è la violazione del principio parmenideo che vieta di pensare il non essere. Se esiste il nulla, il divenire diviene il passaggio dal nulla all'essere e dall'essere al nulla. «Questa scoperta è la radice del nichilismo occidentale, che si esprime nel destino della tecnica, nella creazione incessante delle condizioni per l'efficace perseguimento degli scopi, a prescindere dagli scopi, in quanto il pensiero del nulla comporta l'esigenza di salvare gli essenti dal divenire, ma tale salvezza può aversi solo "agganciando" gli essenti agli Immutabili, i quali però vengono a loro volta raggiunti dal "nulla", in quanto essenti, per cui la ricerca si sposta a un livello sempre ulteriore e più rarefatto, fino ad arrivare al relativismo contemporaneo, dove l'immutabile viene cercato nella legge del continuo

⁸⁴ Questo è il titolo del saggio alla base del pensiero di Emanuele Severino. *Ritornare a Parmenide, Poscritto e Risposta ai critici* sono stati pubblicati in "Rivista di filosofia neo-scolastica" rispettivamente nel 1964, 1965 e 1968.

⁸⁵ Dice Parmenide (fr. 2, v. 3) «ὄπως ἔστιν τε καὶ ὡς οὐκ ἔστι μὴ εἶναι», cioè «l'essere è e non gli è consentito di non essere».

⁸⁶ E. SEVERINO, *Essenza del nichilismo*, Milano 1982, 29.

mutare e dell'assoluta relatività di tutte le verità e di tutti i valori»⁸⁷. La fede nel divenire e la presupposta teorizzazione dell'esistenza del nulla inevitabilmente dà avvio ad una dinamica distruttiva, che da una parte fonda il discorso pubblico, inteso come spazio in cui dare "dignità" all'apparire degli enti (alle opinioni degli uomini) - a quella πόλις che è la dimensione originaria dell'uomo; dall'altra impone la disperata ricerca di un fondamento, di un orientamento a cui convertire la realtà, che però risulta sottoposto ad una indefettibile falsificazione, che sgancia principio e azione. Severino identifica nella "tecnica" l'elemento destinale per l'orizzonte filosofico-politico dell'Europa e, più in generale, dell'Occidente (termine che esprime una qualificazione assai incerta e discussa in realtà)⁸⁸. Almeno da Parmenide in poi, la mente dell'uomo europeo non è stata più capace di concepire l'essere come unico ed eterno, ma ne ha piuttosto offerto una rappresentazione binaria, dialettica, oppositiva, intesa dunque a distinguere tra ciò che è e ciò che non è. Il sentiero della notte parmenideo⁸⁹ è tutto fondato su questa idea di passaggio dall'essere al nulla: il divenire che si propone come elemento onnipresente della realtà, così distorcendola. Infatti, se le cose mutano, non conta più ciò che esse sono, ma ciò che potranno diventare, conta la regola del loro mutamento; non la loro ontologia ma la legge che le può trasformare. L'astrazione è la misura della tecnica, che rappresenta lo strumento elevato a espressione massima di potenza. Il fenomeno giuridico non è estraneo a questo processo, ma partecipa della secolarizzazione sganciando sempre più la norma da ogni possibile fondamento trascendente e trasformandola in mera espressione della volontà politica. Il nichilismo si realizza in una cesura tra l'elemento dispositivo di una norma e il retroterra valoriale che essa esprime (o dovrebbe esprimere). È il positivismo kelseniano che impedisce ogni giudizio di valore su una norma, permettendone unicamente un giudizio di validità. Tutto ciò, evidentemente, non ha mancato di produrre conseguenze anche nell'ambito più strettamente pubblicistico del fenomeno giuridico. Come abbiamo visto, lo studio dello spazio pubblico come luogo

⁸⁷ C. SBAILÓ, *ult. cit.*, 73. Notevole la chiarezza e l'efficacia con cui l'autore riesce a descrivere in questo passaggio il meccanismo nichilista.

⁸⁸ Per un primo approfondimento del pensiero di Emanuele Severino si suggerisce E. SEVERINO, *Essenza del nichilismo*, Milano 1982 o ancora E. SEVERINO, *Sul divenire*, Modena 2014. Per le implicazioni della dottrina del filosofo bresciano nel campo del diritto pubblico si suggerisce C. SBAILÓ, *Perché l'Europa è condannata a vincere. Premessa allo studio delle ricadute del pensiero di Emanuele Severino nella dottrina giuspubblicistica*, in DPCE online, 2020/4

⁸⁹ Parmenide, in uno dei pochi frammenti rimasti del suo poema in esametri dedicato alla Natura, il II in particolare, traccia due differenti strade per ricercare la verità: la prima, che egli definisce della persuasione e che segue la verità - Πειθοῦς ἔστι κέλευθος - Ἀληθεῖη γὰρ ὀπηδεῖ -, predica l'innegabilità dell'essenza dell'essere, l'impossibilità che egli divenga il nulla, in quanto quest'ultimo non ha essenza; la seconda, che egli definisce il sentiero impercorribile - παναπειθέα -, il sentiero della notte, predica l'essenza del non essere, aprendo all'idea che le cose che sono possano divenire nulla. È proprio partendo da Parmenide che Severino riscrive la storia del pensiero occidentale, che ha percorso, sino alle estreme conseguenze, quella strada oscura che il maestro greco aveva inteso come impraticabile.

(vero e proprio τόπος), si lega logicamente e inevitabilmente all'idea che debba esistere un elemento preposto e preordinato di appartenenza e riconoscimento. Abbiamo detto che il luogo comune presuppone un νόμος comune, che a sua volta si radica su un ἦθος comune⁹⁰. Ecco, l'avanzamento della tecnica travolge questo concetto, perché dissolve la stabilità di questo principio e lo sostituisce col continuo mutamento delle condizioni. Il mutare è la regola propria della tecnica e lo spazio pubblico non sfugge alla logica progettuale del divenire. Per dirlo brutalmente, all'idea che tutte le cose mutino (passino dall'essere al nulla) segue il fatto che il fondamento delle stesse sia inafferrabile e che dunque si finisca per intendere il divenire stesso quale fondamento. La sostanza del nichilismo occidentale (che non ha risparmiato il diritto⁹¹), che si esprime nel destino della tecnica, nella creazione incessante delle condizioni per l'efficace perseguimento degli scopi, a prescindere dagli scopi. In questa prospettiva appare ancora più chiaro come il tentativo schmittiano di legare il νόμος all'*Erde* sia stato l'estremo e ultimo sforzo di preservare il diritto dalla secolarizzazione kelseniana. Una missione suicida! Soprattutto perché il filosofo renano non nega il piano inclinato dell'astrazione, ma ne indica solo una forma di resistenza.

4.2 Da Parmenide a Zenone: resistere o assecondare il nichilismo.

Nel donare una prospettiva allo studio dello spazio pubblico in questa nuova epoca, Sbailò impone allora una necessaria premessa di pensiero, metodo e coscienza. Solo un approccio disattento ne sosterrebbe l'innocuità; ne ignorerebbe la capacità di disciogliere e chiarire gli equilibri del nostro tempo. L'idea di partenza è che il pensiero occidentale sconti quel travisamento iniziale, quel tradimento delle parole di Parmenide, che ha convertito il pensiero al culto del nulla. Una dinamica decadenziale che accompagna fin dalle origini il pensiero greco e che descrisse con lucidità Giorgio Colli quando si trovò ad indagare la nascita della filosofia, svelandone la dimensione propriamente retrospettiva. Per il giurista torinese, allievo di Gioele Solari, la filosofia «sorge come un fenomeno di decadenza, in quanto “l'amore della sapienza” sta più in basso della “sapienza”. Amore della sapienza non significava infatti, per Platone, aspirazione a qualcosa di mai raggiunto, bensì tendenza a recuperare quello che già era stato realizzato e vissuto»⁹². Ciò che è stato non può che essere declinato al passato e dunque il recupero non è mai ritorno, ma pura

⁹⁰ Tornano qui di interesse le pagine, già citate di M. CACCIARI, *ult. cit.*, 105 ss.

⁹¹ Un approfondimento sul tema si trova in A. PUNZI, *Esiste una via d'uscita dal nichilismo?*, in Studi in onore di Franco Modugno, Napoli 2011, 2723

⁹² G. COLLI, *La nascita della filosofia*, Milano 1975, 13-14.

contemplazione e astrazione. In questo passaggio, la sapienza perde la sua carica mistica e “maniacale”, restando priva dell’elemento divino e misterico per diventare totalmente umana. Colli individua con chiarezza quel percorso di progressiva secolarizzazione, che recide le radici sacrali della sapienza greca, facendone prima enigma mortale e poi sistema del “logos”, che perde nel tempo il suo contenuto dogmatico, per diventare pura dialettica, confronto agonistico tra idee e tesi contrapposte, sempre e comunque da confutare. Giorgio Colli considera Parmenide l’ultimo dei sapienti. Il fondatore della scuola di Elea comprende il potenziale distruttivo del processo di astrazione e prova a contrastarlo, negando totalmente la possibilità del “non essere”. Infatti, «la legge parmenidea comanda di rispondere “è”. La strada del “non è” non si deve seguire, è proibita, poiché è solo seguendo la strada della negazione che è possibile sviluppare le argomentazioni nichiliste, devastatrici della dialettica. [...] L’ “è” significa la parola che salvaguarda la natura metafisica del mondo»⁹³. Parmenide introduce un elemento di resistenza innanzi all’affermazione incontrovertibile, destinale dirà poi Severino, del nichilismo. Offre una via di salvezza in quel sentiero della Persuasione⁹⁴, che richiede però consapevolezza e coraggio. In piena antitesi a questo percorso, Colli pone il più grande tra i discepoli parmenidei, Zenone. Intento a difendere la teorica del suo maestro, egli coltiva la dialettica come arma di confutazione delle tesi avversarie, cosicché, piuttosto che seguire il monito del maestro che invitava ad abbandonare la strada della dialettica, espressione massima del non essere, egli persegue quella via fino in fondo, ben oltre la sua applicazione singolare e quasi casuale. Con Zenone «la dialettica cessò di essere una tecnica agonistica per diventare una teoria generale del “logos”»⁹⁵, così che sarà lui a compiere il più grave atto di insubordinazione e disobbedienza. Fino a un certo punto, però. Zenone ha guardato negli occhi l’abisso ineluttabile che il suo maestro gli aveva disvelato davanti e di quella ineluttabilità deve aver percepito la potenza. La stessa struttura di contrasto che Parmenide prova ad affermare è alla fine una costruzione artificiale e viepiù dogmatica. Fallace anch’essa, come un piccolo e solido scoglio davanti, però, al nero mare in tempesta. Per salvare la radice divina, Zenone radicalizzò e massimizzò la spinta dialettica, così da «imporre agli uomini un nuovo sguardo sulle cose»⁹⁶. Ecco, se facciamo nostra la consapevolezza di Sbailò, l’idea cioè che al fondo di ogni ragionamento sulle prospettive, il senso e il ruolo del diritto pubblico ci sia la questione del nichilismo, come dinamica ineluttabile e destinale, da ciò non può che discendere un ulteriore e ancor più opprimente

⁹³ G. COLLI, *ult. cit.*, 88.

⁹⁴ Così Parmenide chiama la via dell’essere nel fr. 2, v. 4: «Πειθοῦς ἐστι κέλευθος».

⁹⁵ G. COLLI, *ult. cit.*, 90.

⁹⁶ G. COLLI, *ult. cit.*, 92.

interrogativo: essere Parmenide o essere Zenone? Costruire elementi di resistenza o assecondare i processi in corso?

La secolarizzazione è quindi un elemento ineliminabile del pensiero occidentale, che si auto-alimenta e con pervasività si mostra in ogni ambito civile: non escluso quello giuridico e, in particolare, giuspubblicistico. In qualche modo, questo processo è ben visibile nella dinamica che ha portato dal diritto naturale al diritto positivo: lì è evidente il tentativo di sganciare la norma, elemento che ordina lo spazio pubblico, da un qualsiasi fondamento trascendente per renderla prodotto esclusivo della volontà politica. Vista la mancanza di un valore extragiuridico su cui poggiare la sovrastruttura del diritto, si ricorre per necessità alla proceduralizzazione: «la giuridicità di un atto è pari alla ricostruibilità con le regole che presiedono alla formazione delle norme [...]: ne consegue che la proceduralità – ovvero la tecnica giuridica – comincia ad avvolgere anche l'ambito assiologico. Infatti, un'idea politica per prevalere sull'altra ha bisogno della tecnica giuridica per essere credibile. Il potenziamento di quella è dunque incrementato dalla battaglia politica, che alla fine rimane soggiogata dallo strumento di cui s'è servita. Non è certamente casuale, in questo senso, la crescita del ruolo dei giuristi e della giurisdizione nello spazio pubblico»⁹⁷. L'avanzare di questo processo e, in un certo qual modo, anche la consapevolezza della sua ineluttabilità, si ritrova tutto nel serrato confronto tra i già citati Hans Kelsen e Carl Schmitt, la vera teogonia del diritto pubblico moderno, che letta alla luce della riflessione di Sbailò acquisisce nuove e interessanti prospettive. Nella dottrina kelseniana «si compie la parabola nichilista della scienza giuspubblicistica europea», mentre in Carl Schmitt si coglie pienamente «l'inesorabilità di quella parabola già nel suo formarsi»⁹⁸ e il suo conseguente rifiuto. Kelsen, novello Zenone, costruisce un sistema che tenta di portare alla luce la natura puramente volontaristica del diritto. Perfino l'elemento fondativo dell'ordinamento, la *Grundnorm*, non è elemento ipostatico, ma mero presupposto di comprensione del sistema. Essa è pura condizione di procedibilità, un assioma da cui poter dedurre nuove preposizioni, secondo regole prestabilite. È pura volontà di potenza. Ancora, Kelsen recide ogni possibile distinzione tra disposizione e norma (tra la regola e la sua applicazione). L'interpretazione non è elemento dell'applicazione, ma della creazione. La sentenza altro non è che “norma individuale”. In buona sostanza, il modello kelseniano è un distillato di nichilismo, l'accettazione di una tendenza, o forse semplicemente l'epifania di un fenomeno congenito oramai maturo.

⁹⁷ C. SBAILÓ, *ult. cit.*, 56-57.

⁹⁸ C. SBAILÓ, *ult. cit.*, 107.

Schmitt coglie bene il senso della costruzione kelseniana e tenta di opporvi un rifiuto. Se Kelsen ha compreso di non poter fondare lo spazio pubblico su un principio ulteriore ed esterno, chiamando un mero algoritmo a presidiare gli argomenti di deduzione, Schmitt, da par suo, non accetta questa impossibilità. Egli, «decidendo il fondamento proprio a partire dalla sua assenza, interpreta quell'assenza come una "chiamata", come una "colpa" da sanare attraverso la "decisione"»⁹⁹. La neutralità scientifica è per Schmitt l'elemento di decostruzione dello spazio pubblico europeo e la decisione politica, sintesi di legalità costituzionale e legittimità popolare, è il rimedio a questo scivolamento verso il nichilismo. E questa decisione non è meramente giuridica, ma evidentemente essa è l'espressione di un intendimento che è teologico: al giurista spetta una missione che è ultra-scientifica. Come Parmenide, Schmitt rinviene un elemento di resistenza al nichilismo in quel legame ineliminabile tra l'*Ordnung* (l'ordinamento) e l'*Ortung* (la localizzazione, lo spazio)¹⁰⁰. Il primo non può essere pensato senza il secondo. La Terra è collegamento sacrale, elemento di relazione tra gli dei che νομιζειν e gli uomini più, che quei νόμοι rispettano. Eppure, perfino la dimensione ctonia della πόλις è stata travolta dalla secolarizzazione, in quel passaggio di emancipazione della legge, che da elemento di giustizia è divenuta mero decreto, mero comando. Ancor di più con le nuove interazioni economiche, avidi di spazi sempre meno ristretti, sempre più globali. Sul recupero di quell'elemento spaziale, che è spirituale prima che giuridico, si gioca la prospettiva aurorale schmittiana, forse meno dogmatica di quella parmenidea, ma non certo meno potente e suggestiva.

In buona sostanza, facendo nostra questa prospettiva, possiamo affermare che Kelsen e Schmitt forniscono due differenti costruzioni, alternative certo, ma chiamate a rispondere ai medesimi quesiti ed in qualche modo insistenti sullo stesso piano inclinato, sulla stessa inesorabile dinamica nichilista propria della civiltà occidentale. L'uno assecondando la corrente e l'altro provando a contrastarla, pur senza scomporne la mitologia. Eppure, i temi di quel loro confronto sono ancora vivi oggi, in un tempo in cui, come fa notare Sbailò, la tendenza alla secolarizzazione non sembra sopita, ma, al contrario, pare aver raggiunto una sua maturità. Il fondamento puramente volontaristico della norma giuridica sembra essersi rafforzato, dimostrato in un certo qual modo dalla sempre più centrale tendenza creativa delle Corti, le quali sono portate ad enucleare dalle disposizioni della legge (che dovrebbero portare *in re ipsa* un fattore volontaristico specifico) norme sempre più svincolate dalla traccia originaria, ponendo le proprie decisioni-interpretazioni su un piano poetico e non meramente ermeneutico. I diritti vengono enucleati dunque a partire

⁹⁹ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 110.

¹⁰⁰ Ne abbiamo parlato nel paragrafo 2 di questa prima parte.

dai bisogni individuali, quasi a crearli all'occorrenza della singola volontà individuale. Infatti, «de Corti, per arginare la volontà che vuole devono potenziare se stesse. Esse devono sempre di più svincolare la loro decisione dalla disposizione varata dal legislatore, prima distinguendo la disposizione dalla norma, ovvero individuando la *ratio* da cui la disposizione nasce ma che la disposizione stessa non può più contenere, per effetto dei mutamenti sociali, che l'hanno trasformata in un mero e rigido involucro, che rischia di ferirne la vitalità. Ma la stessa norma non viene considerata più immutabile, bensì espressione storicamente determinata – quindi, “relativa” – dei principi ai quali il giudice deve, in ultima analisi, rifarsi. Ne consegue una crescente centralità della volontà interpretante del giudice, in un gioco speculare di reciproca legittimazione con la volontà interpretante dell'individuo»¹⁰¹. In un certo senso, sostiene Sbailò, vi è in questo una ulteriore manifestazione del processo di secolarizzazione del diritto. Ma si può dire di più.

La crisi pandemica ha accelerato determinate tendenze o comunque ne ha messo a nudo le fragilità. Già Schmitt aveva compreso come la dinamica nichilista, applicata allo spazio giuridico-economico globale, si realizzi tra monadi, prescindendo da ogni istanza comunitaria: Severino la chiama la “globalizzazione della frantumazione” (riprende il concetto anche Natalino Irti)¹⁰². Possiamo però realmente fare a meno di una dinamica simbolica e dunque unificante del diritto, rassegnandoci alla sola dinamica regolatrice? Al confronto con la fenomenologia della crisi, il diritto votato alla mera astrazione mostra tutte le sue debolezze. Non è un caso che molti studiosi, nel periodo della più acuta crisi pandemica, si siano fatti carico di esternare un certo disagio di efficacia delle scienze giuridiche davanti alle contingenze di questo tempo.

4.3 Il dibattito americano.

Un interessante esempio di questo è di certo il dibattito, anche aspro, scatenato nel mondo accademico, non solo americano ma anche europeo, da Adrian Vermeule, professore di diritto costituzionale alla Harvard Law School, con la pubblicazione, il 31 marzo 2020, di un breve saggio, intitolato “*Beyond Originalism*” sulla prestigiosa rivista americana “*The Atlantic*”¹⁰³. Si ragiona in quel testo di ermeneutica costituzionale, tema che negli Stati

¹⁰¹ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 136.

¹⁰² L'istanza nichilista è di per sé parziale e settoriale, parcellizzazione non solo sociale ma scientifica e culturale. Manca un «principio superiore [...] che sia capace di inserire i saperi parziali in un organismo d'insieme» (così N. IRTI, *ult. cit.*, 58). A descrivere il fenomeno, Irti richiama le efficaci parole di Severino: “globalizzazione della frantumazione” (E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano 1998, 60).

¹⁰³ A. VERMEULE, *Beyond Originalism*, in *The Atlantic*, 31 marzo 2020. Questo l'abstract iniziale del saggio: «*The dominant conservative philosophy for interpreting the Constitution has served its purpose, and scholars ought to develop a more moral framework*».

Uniti viene sempre esaminato in una peculiare prospettiva all'indietro. È dai fini dell'interpretazione che si risale agli strumenti, partendo dall'idea che l'interpretazione giuridica è sempre un irrinunciabile atto politico. E questo ancor più quando si ha a che fare con la Costituzione¹⁰⁴. Il testo della Carta fondamentale, infatti, anche in una forma breve come quella statunitense, costituisce sempre un sistema di principi che animano l'ordinamento. Ora, ci dice Vermeule che si può interpretare una Costituzione in funzione della massimizzazione della libertà individuale, mutuando dal testo (oltre la lettera del testo) principi e diritti che possano dinamicamente adattarsi all'evoluzione ed al cambiamento della società; tanto da far corrispondere tale libertà individuale, da salvaguardare rispetto al potere dell'autorità, allo spazio di realizzazione dell'individuo. Questo approccio comporta un'espansione senza freni dell'autonomia individuale, che finisce per essere un fattore disgregante della società, perché non inteso a rafforzare i legami comunitari, ma a privilegiare lo sviluppo del singolo. In opposizione a questa declinazione il nostro autore ci descrive l'affermazione negli Stati Uniti della "scuola originalista". L'originalismo si pone l'obiettivo di contenere il modello espansivo della libertà individuale, limitandosi ad una interpretazione della Costituzione che faccia riferimento al significato che ad essa volevano dare i Padri fondatori che la scrissero. Antonin Scalia, *justice* alla Corte Suprema e maggior rappresentante di questo movimento, di cui lo stesso Vermeule fu stretto collaboratore, usava spesso l'immagine della *empty bottle*: la Costituzione non è una bottiglia vuota da poter riempire a nostro piacimento, bensì un testo "morto", da cui non è possibile dedurre principi e diritti differenti rispetto a quelli che per essa erano stati voluti¹⁰⁵. Un modello di resistenza, dunque, che oggi sembra maggioritario nel mondo giuridico statunitense¹⁰⁶.

Siamo di nuovo alla dicotomia tra Zenone e Parmenide ovvero tra Kelsen e Schmitt. La disgregazione nichilista la si può assecondare o contrastare. Eppure, Vermeule fa un passo oltre, che abbiamo visto essere già in Colli e nello stesso Sbailò. Entrambi questi modelli infatti giocano sulla medesima logica progressiva della libertà, l'uno in favore, l'altro in attrito. L'originalismo ha esaurito il suo compito di resistenza ed è evidentemente insufficiente ove si voglia ridefinire un approccio nuovo ed alternativo al diritto e all'interpretazione costituzionale. È essenziale secondo Vermeule superare

¹⁰⁴ Per meglio inquadrare il tema dell'interpretazione costituzionale si veda M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014.

¹⁰⁵ Su questo G. F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2016

¹⁰⁶ Maggioritario ed effettivo dopo le nomine del Presidente Donald Trump alla Corte Suprema. Si veda su questo P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017.

definitivamente la dialettica tra libertà e autorità. Egli sostiene la necessità di sviluppare un “*moral constitutionalism*”, cioè un modello ermeneutico che permetta di leggere, nelle ambiguità della Costituzione scritta, dei principi morali sostanziali e oggettivi di cui l'autorità si faccia promotrice. Regole, gerarchia, solidarietà tra gruppi e sussidiarietà sono gli elementi interpretativi desumibili dalla Carta fondamentale, intesi come principi che devono ispirare l'azione dell'autorità, anzi di più, di cui essa si deve fare garante. In questo senso, la misura del potere pubblico non si costruisce più nel rapporto con la libertà del singolo, che non può essere prevaricata, ma in funzione di quegli stessi scopi di moralità da raggiungere. Non più un potere limitato, ma adeguato, poiché «protect liberty is not an end in itself»¹⁰⁷.

A solo qualche giorno dalla pubblicazione dell'articolo, la stessa rivista *The Atlantic* si trovò ad ospitare due prese di posizione molto critiche nei confronti dello scritto di Vermeule. Toni accesi di bocciatura arrivarono dalla penna di Randy E. Barnett, accademico della Georgetown University. Nel suo scritto dal titolo *Common-Good Constitutionalism reveals the dangers of any non-originalist approach to the Constitution*¹⁰⁸, egli riconduce con forza la posizione di Vermeule nei parametri della stretta dicotomia tra originalismo e *living constitutionalism*, tradendo in questo l'impostazione dello studioso. Il *Common-good Costituzionalism* si estrinseca in una lettura morale della Costituzione, in tutto assimilabile metodologicamente alle teorie ermeneutiche di Ronald Dworkin, che le praticava in chiave progressista¹⁰⁹. Da essa consegue, secondo Barnett, che il giudice, quando si trova ad interpretare la Costituzione per darne applicazione, dovrà tener conto delle opinioni morali che hanno ispirato il legislatore e dunque tener presente un ampio spazio di discrezionalità che lo stesso legislatore esercita nel rispetto di un principio di ragionevolezza che guardi agli usi, ai costumi e alle tradizioni di un popolo, alla preservazione della pace sociale e dell'ordine (qui cita la posizione di James B. Thayer, 1893¹¹⁰). Secondo Barnett, dunque, l'impostazione di Vermeule vuole superare l'originalismo, che è inteso comunque come un elemento di rottura dell'ordine contingente. L'originalismo mantiene una carica rivoluzionaria, perché permette di affermare principi e di riconoscere diritti nel presente pur se essi sono nati in una società

¹⁰⁷ Così nel saggio citato.

¹⁰⁸ R. E. BARNETT, *Common-Good Constitutionalism reveals the dangers of any non-originalist approach to the Constitution*, in *The Atlantic*, 3 aprile 2020.

¹⁰⁹ Ronald M. DWORKIN è stato un giurista americano famoso per la sua “teoria dell'uguaglianza”, espressa nel suo famoso scritto R. M. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano 2002. DWORKIN sostiene che su ogni essere umano pesa la responsabilità morale delle scelte di vita che compie e che le doti naturali dell'intelligenza e del talento, essendo moralmente arbitrarie, non dovrebbero incidere sulla distribuzione delle risorse nella società.

¹¹⁰ In particolare, J. B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893.

passata e dunque diversa. Vermeule invece afferma un elemento di conservazione, che tende a identificare la giustizia con la tutela di un dato e determinato ordine nel tempo. L'elemento temporale, cioè sociale e etico, piega il senso della Carta, che resta subordinata ad un elemento extra-giuridico a cui lo stesso giudicante non può sottrarsi. Barnett conclude bocciando come autoritaria questa posizione. L'elemento di discrezionalità da ricondurre al legislatore, tarato su una valutazione di tipo morale, si scontra evidentemente con le istanze minoritarie della società, che rischiano di essere schiacciate dalla preponderanza di una istanza morale rispetto ad un'altra. In buona sostanza, l'impalcatura di Vermeule non è sufficiente per superare lo scoglio del pluralismo, su cui già Kelsen e Schmitt si erano arenati: «there seems to be something authoritarian in the water of Harvard Law School»¹¹¹.

Non meno caustico il commento di Garrett Epps¹¹², professore di diritto costituzionale all'Università di Baltimora, che parla apertamente di autoritarismo, collegando le posizioni di Vermeule da una parte ad un certo estremismo di stampo cattolico, che vorrebbe declinare nel secolo la *civitas dei* agostiniana (un concetto questo che in verità è assolutamente in contrasto col pensiero cattolico, ma tant'è!¹¹³) dall'altra ad una forma illiberale di Stato, pienamente in contrasto con lo stesso ordinamento costituzionale americano, che ha come carattere fondante una certa sfiducia per le regole forti. Epps muove a Vermeule la più brutale delle accuse che possano formularsi oltreoceano: bolla, infatti, la teoria del professore di Harvard come “anti-americana” (più di uno i riferimenti al leninismo e addirittura al franchismo spagnolo), in quanto surrettizio tentativo di creare una utopia «where grateful “subjects” (formerly called “citizens”) kiss the rod that saves them from their foolish heart’s desires is eerily familiar»¹¹⁴.

Una terza e più recente critica è arrivata dall'italiano Angelo J. Golia, che critica lo scivolamento antipositivistico di Vermeule¹¹⁵. Scrive Golia che «no one would seriously contest that no law can operate without some implicit or explicit vision of the good to which law is ordered. But one of the achievements of modern law (and the legal formalism coming with it) as a technique to address social conflict lies in ruling out moral arguments

¹¹¹ Così il finale dello scritto di BARNETT.

¹¹² G. EPPS, *Common-Good Constitutionalism Is an Idea as Dangerous as They Come*, in *The Atlantic*, 3 aprile 2020.

¹¹³ L'idea di “realizzare il paradiso in terra”, cioè di poter anticipare nel mondo il “Regno di giustizia” che Cristo ha promesso, è una prospettiva che appartiene soprattutto alla tradizione luterana e del protestantesimo anglosassone. Basti pensare al “*Paradise lost*” di John Milton (1667) o ai versi dell'inno “*Jerusalem*” di William Blake (1804) in cui si afferma che «and was Jerusalem builded here among these dark satanic mills».

¹¹⁴ Così il testo di EPPS.

¹¹⁵ A. J. GOLIA, *A Road to Redemption? Reflections on Law & Leviathan*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2022-04

as directly relevant in legal reasoning and adjudication. For (modern) law to be law, it has to maintain some - however fictitious - distance from morality, by filtering, translating, and (mis)interpreting moral arguments through concepts, doctrines, and principles that are - have to be - internal to law and cannot be collapsed into any common good»¹¹⁶. Nella sostanza, Golia rileva le possibili distorsioni di una lettura totalmente politica del diritto e i concreti rischi che essa degeneri. Non è un caso che egli individui nella più ampia opera di Vermeule una certa sottovalutazione delle istanze illiberali: è come se l'Autore desse per scontato l'assetto democratico e pluralista degli Stati Uniti d'America, quasi fosse un ineliminabile presupposto.

In qualche modo, tutte queste critiche sono impegnate a sottolineare la pericolosità dell'inserimento di un elemento di valore nell'esercizio della giurisdizione. Il metodo ermeneutico deve contare su una neutralità di fondo, che lo rende accettabile e equidistante rispetto alle istanze che vengono dal basso, alle spinte sociali che il diritto si trova a contenere e rimestare. In una realtà plurale e relativa, queste spinte sono molte e spesso tra loro in contrasto. La neutralità, intesa come creazione di un procedimento specifico di interpretazione e deduzione giuridica esente da ogni possibile influenza di elementi extra-giuridici, diviene una forza che armonizza quegli elementi. È la secolarizzazione del diritto, l'avanzamento di quello che abbiamo sottolineato essere il nichilismo giuridico. Davanti a questa necessitata neutralità del diritto ("astrazione" la chiamerebbe Natalino Irti¹¹⁷), ogni elemento morale diventa fuori posto, perché imporrebbe di pensare al metodo come strumento e non come fine. In questo diviene inaccettabile la posizione di Vermeule per la critica su ricordata. Nella logica della neutralità, poco importa che si segua la teorica originalista ovvero quella del diritto vivente. Entrambe giocano sul medesimo piano logico, perché finalizzate rispettivamente a depotenziare la richiesta di diritti o a massimizzarla, in una prospettiva di progressiva ridefinizione e adattamento alle necessità di convivenza della società.

Ciò che la critica non sembra cogliere, nel frenetico tentativo di affibbiare a Vermeule l'etichetta di uno dei tanti -ismi, è che egli ragiona di una prospettiva diversa e ulteriore. Orientare il diritto alla secolarizzazione, sia come elemento di resistenza sia come elemento di favore, pone una questione in termini di coesione sociale e di istanza unitaria. L'elemento artificiale è di per sé disgregante, perché votato a sottolineare le differenze e non a far emergere gli elementi di comune appartenenza. Il nostro autore si domanda dunque se è sostenibile la creazione di uno spazio pubblico che non abbia aspirazioni di

¹¹⁶ A. J. GOLIA, *ult. cit.*, 11

¹¹⁷ Di nuovo il riferimento è all'opera di IRTI in tema di nichilismo giuridico.

giustizia, che non rifletta cioè un dato riconosciuto di comune intendimento pre-statale e in qualche modo pre-sociale. Per dirla in termini europei, se si può creare un ordinamento senza riconoscerlo ispirato da una forza costituente preposta, che non può non esprimere valori e principi condivisi. È come se l'ordinamento giuridico americano si trovasse oggi al bivio: avendo sciolto ogni elemento identitario e di comunanza politica (anche in considerazione del profondo conflitto istituzionale che gli USA stanno vivendo) e non possedendo una precisa elencazione di diritti nella propria costituzione, ha la necessità di ritrovare l'istanza politica a cui appoggiare la sovrastruttura giuridica. Si stessero innamorando oltreoceano del costituzionalismo sociale europeo?

Riportato il ragionamento nella giusta dimensione, di esso va innanzitutto sottolineata l'estrema attualità. La crisi pandemica ha portato al limite la frizione tra libertà del singolo e interesse collettivo, tanto che alcuni osservatori sono arrivati addirittura a parlare di una maggiore efficacia di contenimento del virus per i paesi con sistemi autoritari, sottolineando una difficoltà delle democrazie occidentali nel bilanciamento tra questi due estremi. Di certo una semplificazione eccessiva. Va notato però che l'applicazione delle misure di contenimento del Covid-19 sono state più efficaci e generalizzate negli Stati con una maggiore coesione interna. L'Italia, ad esempio, è riuscita ad applicare strettissime limitazioni della libertà di circolazione, tra l'altro attraverso strumenti giuridici conformi ai principi di bilanciamento presenti nella sua Costituzione, senza particolari forme di coazione e comunque con un sistema di sanzioni alquanto leggero, affidato alle ordinarie forze di polizia e non certo ai militari. Non uno sforzo da poco, contando che quelle misure hanno riguardato milioni di persone contemporaneamente. In qualche modo, i forti intendimenti comunitari e la non indifferente rete di coesione sociale dell'Italia hanno legittimato una stretta non indifferente sulla libertà di movimento, secondo una procedura giuridica ben codificata dalla Costituzione (art. 16 Cost.) - pur con qualche accorgimento in corsa¹¹⁸ -, facendo giudicare quelle misure adeguate alla situazione emergenziale. Non è un caso che, con l'affievolirsi della pandemia (già nella primavera 2021), si sono

¹¹⁸ Le restrizioni alla libertà di movimento previste nel periodo più acuto della pandemia da Covid-19 sono state imposte attraverso lo strumento del decreto legge. In particolare, in esso si prevedevano una serie di specifiche forme di restrizioni della libertà di circolazione, che potevano poi essere adottate a seconda del mutare degli eventi con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. I primi atti di questo genere (parliamo del d.l.n. 6/2020 e del d.l. n. 9/2020) furono fortemente criticati dalla dottrina perché lasciavano un'ampia fascia di discrezionalità alla Presidenza del Consiglio nell'individuare le misure di restrizione via via da applicare, concretizzando in rischio di una violazione della riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost. La questione fu risolta nei decreti successivi, che svilupparono un sistema di maggiore garanzia per le restrizioni connesse allo sviluppo del contagio. Per una analisi sistematica delle citate criticità si veda M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino 2022.

moltiplicate le voci da parte della politica e della società civile che chiedevano la rettifica di quelle stesse misure.

Ecco, questo elemento organico, questa istanza di tutela dell'individuo non semplicemente nella sua singolarità ma oltremodo nelle formazioni sociali cui appartiene, con più difficoltà trova tutela in un sistema ordinamentale che massimizza il valore dell'individualità. Un discorso, forse, più facile da comprendere per la vecchia Europa, ma che con difficoltà si fa tradurre oltreoceano. Vermeule nella sostanza non solo propone un recupero di questa dimensione, ma ne teorizza una rinnovata centralità. Lo spazio pubblico può essere ricostruito solo intorno ad un sistema di garanzia delle istanze comunitarie, che sono al fondo della creazione dell'*ἦθος* condiviso di una nazione e che hanno la necessità di strumenti costituzionali che ne codifichino la prevalenza. Non l'annullamento della libertà del singolo, ma un adeguato bilanciamento tra istanze concorrenti e non contrapposte.

In questo senso, il sistema del *common-good constitutionalism* non può declinarsi in forme progressive e di continuo adattamento, né può concepirsi sradicato dalla dimensione spaziale. Esso si definisce in un'idea di tutela nel tempo di alcuni elementi di appartenenza. La giustizia non intesa più come collettore del progresso, ma come elemento di certezza. L'autorità che perde la sua funzione programmatica e strabordante, per assumere un ruolo di garanzia di un dato ordine e di un dato equilibrio. Il giudice, che interpreta la Costituzione, è pienamente inserito in questo sistema ed esercita la *iurisdictio* con «respect for the authority of rule and of rulers; respect for the hierarchies needed for society to function; solidarity within and among families, social groups, and workers' unions, trade associations, and professions; appropriate subsidiarity, or respect for the legitimate roles of public bodies and associations at all levels of government and society; and a candid willingness to "legislate morality"»¹¹⁹. In questo senso, secondo Vermeule, l'autorità si rapporta con le libertà del singolo in una doppia ottica. Si limita quando ha a che fare con la libertà personale e i diritti inviolabili, ma allo stesso tempo si conforma a ben codificati interessi collettivi, in un bilanciamento che lascia che il potere si adegui alle istanze organiche di una comunità.

Vermeule insomma rimodella al fondo il sistema stesso del costituzionalismo moderno, considerando i diritti e le libertà non come trincee per la difesa dagli attacchi dello Stato, ma come strumenti di realizzazione, prima che personale, comunitaria: l'edificazione di un ordine, che egli definisce morale, che non è in continua progressione e accrescimento

¹¹⁹ Queste le parole di VERMEULE nel saggio citato.

in funzione della realizzazione singolare, ma è elemento dato e collettivo, da difendere, da garantire. Questa costruzione, non certo inedita, demolisce il moderno modo di concepire il rapporto tra il potere ed i singoli; esalta la Costituzione come forza ordinante, ma a monte, come garante di una costruzione comunitaria, e non a valle, presidio delle libertà dell'individuo. La moderna *Gesellschaft* si edifica su rapporti e legami artificiali, fondati sulle necessità e plasmati dalle contingenze. La giustizia, forza ordinante della società (*ubi societas, ibi ius*), è un'aperta dialettica tra libertà individuale e autorità, tale per cui ove la prima si espande, la seconda indietreggia. E quella libertà possiede in nuce gli elementi che costituiscono lo spazio inviolabile della nostra realizzazione, che è incontenibile, che è progressiva e inarrestabile. Incontenibile perché essa è un limite invalicabile per il potere sovrano, fosse anche esso riconosciuto come democratico. Progressiva e inarrestabile, perché suscettibile di una continua espansione, fin dove voglia arrivare l'auto-realizzazione del singolo. Questa sovrastruttura si inceppa però quando incontra l'emergenza. I legami giuridici e sociali, gli stretti vincoli costruiti con tenacia, sembrano tesi oltremisura, pronti a rompersi, a frantumarsi. L'autorità si riespande, prova ad affermare la sua forza legale, detta regole, impone divieti, costringe le libertà in maniera consistente. E nonostante i patti siano venuti meno, i confini del potere siano stati sorpassati, tutto si tiene. Nei mesi della pandemia, milioni di persone hanno sacrificato la propria libertà senza che venisse schierato un solo soldato in strada. E non certo per la paura di una multa, ma riconoscendo quel potere come legittimo ed adeguato. La comunanza di destino che si realizza nella *Gemeinschaft*²⁰. Questo elemento comunitario è tutt'altro che superato, ma finisce per essere ignorato se ci poniamo sullo stesso piano logico del nichilismo, sia a favore che in attrito.

4.4 Il piano inclinato del nichilismo.

Possiamo dire che entrambe le alternative che abbiamo disvelato ragionano del medesimo piano ideale e si pongono dunque come mere opzioni interne al nichilismo stesso. Sbailò ben sottolinea come questa dicotomia abbia infine ingabbiato il ripensamento delle categorie giuridiche di spazio e tempo, perfino quando se ne è tentata la decostruzione attraverso un approccio "qualitativo" al problema dello spazio giuridico. Nei moderni critici del nichilismo lo spazio qualitativo viene proposto come «alternativa – in una logica bivaloriale - rispetto a quella occidentale moderna, considerata inesorabilmente in

²⁰ La dicotomia tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft* - che potremmo tradurre come comunità e società – si rifà alle teorie del sociologo tedesco Ferdinand Tönnies, che conia tale distinzione come strumento concettuale di analisi sociologica (la sua opera che riprende nel titolo queste due parole uscì nel 1887).

declino»; al contrario, secondo Sbailò, essa «non è alternativa a quella occidentale, ma ne rappresenta piuttosto un'articolazione destinale»¹²¹. L'elemento ctonio diviene dunque una possibile declinazione del nichilismo, funzionale a volte rispetto alla costruzione giuridica, ma comunque pensata nel medesimo orizzonte dell'ἐπιστήμη. Consapevoli del carattere irreversibile del nichilismo e di quanto esso sia un elemento ineliminabile del discorso sulla scienza giuspubblicistica in Occidente, questa parte del globo, secondo Sbailò, è oggi posta in una nuova e inaspettata posizione di centralità. Vivendo una fase matura del processo di secolarizzazione giuridica, essa possiede di certo alcuni elementi di ricostruzione e valutazione che potrebbero avere un'utilità per visioni giuridiche altre, che questi processi hanno oggi solo in embrione. In questo momento storico è richiesto all'Occidente, grazie agli anticorpi che ha sviluppato, di gestire gli effetti culturali e sociali del successo della sua visione del mondo. Il fenomeno nichilista diviene dunque elemento di potenza, tale da fagocitare (secolarizzare) perfino i propri contrasti interni e «da maneggiare con cura»¹²², visto le possibili catastrofiche conseguenze che esso può avere nella sua declinazione sociale. L'esperienza europea e, più in generale, occidentale rispetto a queste dinamiche può divenire un elemento da valorizzare in una logica di spazio pubblico globale, da rifondare alla luce di esso.

Posizioni queste che richiamano, con una certa sintonia, l'analisi sul geodiritto di Natalino Irti, il quale vede nel nichilismo giuridico uno strumento ordinante, efficace in una realtà sociale pervasa e orientata dall'opzione economica. La costruzione del mercato globale, che «riduce i luoghi a un “dovunque”, tutti fungibili e sostituibili, tutti misurati dal grado di profitto»¹²³, è in disarmonia con il concetto di confine e di appartenenza. A ciò si aggiunge il fattore tecnologico, che costruisce perfino «un non-luogo, uno spazio astratto e artificiale, che non risiede nella fisicità di alcun punto terrestre»¹²⁴. Irti sottolinea allora come le forme di resistenza tellurica, incarnate dalla Stato nazione, giochino un ruolo nuovo, offrendosi alla scelta economica globale, così che «all'ordine giuridico del mercato subentra il mercato degli ordini giuridici»¹²⁵. I soggetti globali possono scegliere di quale ordinamento statale servirsi per portare avanti i propri affari nella maniera più conveniente, così che tali ordinamenti si ritrovano in concorrenza, a lusingare e sollecitare le scelte delle imprese. Qui torna il tema dello spazio qualitativo ridotto a opzione del nichilismo, che però il giurista abruzzese porterà a conseguenze ulteriori.

¹²¹ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 164.

¹²² “Nihilismo: maneggiare con cura” è il titolo efficace che Sbailò sceglie per le conclusioni del suo libro.

¹²³ N. IRTI, *ult. cit.*, 120.

¹²⁴ N. IRTI, *ult. cit.*, 120.

¹²⁵ N. IRTI, *ult. cit.*, 123.

Mercato globale e fattore tecnologico sono votati alla “s-confinatezza” e richiedono dunque un diritto che allo stesso modo possa svincolarsi dai luoghi e dagli spazi confinati, «sciogliersi dai *nomoi* terrestri e protendersi oltre la storica singolarità dei luoghi»¹²⁶. L’artificialità kelseniana, come la chiama Irti¹²⁷, cioè la forma giuridica pura del nichilismo, è la costruzione più funzionale a questo tempo, «dove giova, non la fedeltà ai luoghi, ma l’ardito oltre-passamento»¹²⁸. La scelta giuridica secolarizzante però non può rinunciare all’elemento fondativo del diritto. Il mercato globale non può creare da solo il suo proprio diritto né è munito di garanzie coercitive autonome. Dovrebbe esistere per questo uno spazio giuridico di dimensioni globali, con proprie istituzioni e strumenti di coercizione. Mancando ciò, sono comunque gli Stati a dettare l’ordine giuridico dell’economia, fosse anche tramite il diritto internazionale convenzionale o comunque nella applicazione dei rispettivi equilibri di forza. L’ultimo residuo ctonio ha ragione di essere solo in funzione dell’equilibrio nichilista, non negandolo ma esaltandolo perfino. Alla luce delle ultime osservazioni, si finisce allora per applicare le regole della secolarizzazione anche a quegli ultimi elementi che ad essa volevano resistere. Il processo di isolamento degli accidenti dalla loro immanenza, dalla loro dimensione ideologica lo abbiamo visto applicato anche al concetto di “spazio qualitativo”, il quale è dunque trasformato da elemento spirituale a elemento strumentale, a mero ingranaggio della catena nichilista. Con quali conseguenze?

Se il diritto rinuncia ad “essere” per farsi mero strumento, se arriviamo a distorcere la forza ordinante dell’istanza giuridica per renderla solo funzionale a qualcosa, neghiamo ogni potere di coesione all’esercizio della “*iusdictio*”. Ne neghiamo il fondante legame con il senso di Giustizia, che è espressione inevitabile di un’etica condivisa, di una partecipazione ideale legata ad un luogo e a una *Gemeinschaft*. Potremmo miseramente dire di non essere più in grado «di dar vita ad una nuova costituzione (nel senso di *Verfassung*, e cioè come autentico atto di una volontà popolare, di un ἦθος), poiché l’idea stessa di costituzione è connessa all’esistenza riconosciuta di uno spazio determinato, alla possibilità di un Nomos territorialmente definito»¹²⁹. È qui che naufraga ogni tentativo di salvare una lettura totalmente secolarizzata del diritto pubblico.

¹²⁶ N. IRTI, *ult. cit.*, 127.

¹²⁷ Per IRTI, la teorica kelseniana trasforma la norma in “meccanismo di artificialità”, che non ha confini né limiti, ma essa è semplicemente «chiamata a soddisfare funzioni: e perciò se ne calcolano adeguatezza e inadeguatezza, costi e benefici, perdite ed efficienze» (N. IRTI, *ult. cit.*, 47). Ben nota il giurista abruzzese come una norma “artificiale” perde sì di radicamento, ma rafforza in maniera estrema la sua capacità normatrice, in quanto essa diviene «misura del suo vigore applicativo» (N. IRTI, *ult. cit.*, 54). Si può così parlare di “potenza dell’artificialità”.

¹²⁸ N. IRTI, *ult. cit.*, 127.

¹²⁹ Questa la constatazione di M. CACCIARI, *ult. cit.*, 125-126.

5. Il fattore tecnologico: l'etere come nuova costruzione simbolica del νόμος.

Ciò che Schmitt non poteva immaginare al suo tempo (qualcosa in realtà intuì¹³⁰) è il fatto che ai due fattori di sviluppo originario dello spazio pubblico, sintetizzati nella figura della Terra opposta alla figura del Mare, potesse aggiungersene un altro, ancor più etereo e sfuggente di quello pelagico e con effetti ancor più disgreganti. La dimensione aerea delle nuove tecnologie ha permesso la nascita di strumenti di connessione tra gli individui che passano sopra la costruzione del potere pubblico statale e che difficilmente trovano delle utili formule espressive nei tradizionali strumenti pattizi di disciplina dei rapporti nella dimensione internazionale del diritto. Il fattore tecnologico rappresenta a tutti gli effetti un formante della società moderna, che influisce negli assetti giuridici e che entra di straforo nel discorso giuspubblicistico. Esso non solo si afferma in una dimensione globale, aggiungendo (o forse solo sovrapponendo) allo spazio pubblico nazionale un ulteriore campo di rapporti, economici e culturali (dunque giuridicamente rilevanti), che sfugge ad una compiuta regolamentazione statale, ma ancor più crea nuove soggettività e identità, sganciate dall'appartenenza, sia essa appunto statale o corporativa. In un certo senso, parlando in termini schmittiani, l'Aria sembra sviluppare esponenzialmente le questioni già poste dalla dimensione marina del νόμος. Non solo, come nel mare, anche in aria non possono disegnarsi confini, ma ancor più l'etere sembra negare lo stesso concetto materiale di spazio, annullando ogni distanza in un eterno e incomprimibile sconfinamento. In questo senso, se questa ulteriore dimensione non rappresenta tanto una terza autonoma formula di costruzione dello spazio pubblico, quanto piuttosto una forma rinnovata di sviluppo della dicotomia originaria schmittiana, sarà utile analizzare le implicazioni e le novità a cui il modello è sottoposto.

5.1 Il sistema giuridico digitale e il necessario vincolo esterno.

Per iniziare, gioverà richiamare un interessante episodio. Siamo nel 2015, quando, in occasione di *Talks at Google*, evento durante il quale l'omonima società californiana permette ai suoi dipendenti di dialogare con importanti personalità del mondo della cultura e della politica, Eric Schmidt, che della *Google Corporation* allora era amministratore delegato (oggi ne è presidente del consiglio di amministrazione), accolse nella sede del colosso digitale Henry Kissinger, già Segretario di Stato degli Stati Uniti d'America per

¹³⁰ *Land und Meer* si chiude con un'ultima parte intitolata "Dialogo sul nuovo spazio, in cui affiora proprio l'aria come terzo elemento.

l'amministrazione di Richard Nixon. Schmidt, nell'introdurre il suo ospite, si abbandonò ad un paragone certo immodesto (ma indicativo per il nostro studio), sostenendo come sia ben possibile una comparazione tra il libro da lui scritto, *How Google works*¹³¹, e il grande capolavoro di Kissinger, *World Order*¹³²: come in quest'ultimo scritto l'autore ha fornito una straordinaria chiave di lettura degli equilibri geopolitici tra le nazioni, così nel primo si vuole narrare delle logiche e delle nuove dinamiche dello spazio digitale¹³³. L'aneddoto è significativo, poiché tradisce una viva tendenza a rapportare e commisurare con le medesime categorie il "mondo reale" e il "mondo digitale". In un certo senso entrambi sono dei τόποι, degli spazi con una loro autonomia, ma in un rapporto di sovrapposizione (se non di opposizione). Il fattore tecnologico, infatti, ben oltre un mero ruolo funzionale all'ordinamento pubblico, si dispone quale vero e proprio elemento fondativo di uno spazio ulteriore ed estraneo ai processi normativi del primo. Anche quando la tecnica è strumentale alla più efficiente realizzazione di specifiche esigenze pubbliche ovvero quando essa è assimilata e funzionalizzata ai bisogni e agli equilibri propri dello spazio pubblico tellurico, mostra comunque la difficoltà di essere completamente ricondotta nei limiti della sovranità statale. Questo risulta particolarmente evidente se si pensa all'applicazione delle tecniche di valutazione e sfruttamento dei *big data* (di origine soprattutto commerciale) nell'ambito del consenso politico e in prospettiva elettorale. L'idea che si possano intercettare le inclinazioni politiche di un soggetto attraverso l'analisi delle molteplici tracce digitali generate dai sistemi di localizzazione, transazione e interazione digitale rappresenta certo uno strumento formidabile di orientamento politico, capace di definire e veicolare messaggi e stimoli in maniera pervasiva e personalizzata. Cosa che però comporta profonde ripercussioni in tema di diritto alla riservatezza e che,

¹³¹ E. SCHMIDT – J. ROSENBERG, *How Google works*, New York 2014.

¹³² H. A. KISSINGER, *World Order*, New York 2014.

¹³³ L'episodio è citato in A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, Milano 2020, 320 ss. Dello stesso autore va ricordato il recentissimo A. ARESU, *Il dominio del XXI secolo. Cina, Stati Uniti e la guerra invisibile sulla tecnologia*, Milano 2022. In quest'ultimo scritto, trattando del tentativo europeo di supplire all'egemonia cinese nella produzione di semiconduttori e chip, ARESU parla di due importanti realtà dell'industria tecnologica europea, che oggi stanno ricevendo un importante sostegno istituzionale e politico proprio con la finalità di riequilibrare lo scompenso geopolitico europeo rispetto a Stati Uniti e Cina, la Asml, con sede nel villaggio olandese di Veldhoven, e la tedesca Zeiss, localizzata a Oberkochen nel Baden-Württemberg: «Veldhoven, Oberkochen: due villaggi. Gli europei in questi luoghi improbabili, tutt'altro che al centro dell'universo, sono stati in grado di concepire qualcosa sul piano industriale e dell'alta tecnologia. Qualcosa che ha avuto un enorme impatto a livello globale dopo la Guerra fredda. Qualcosa che il Partito comunista cinese invidia. Nel periodo della marginalizzazione dell'Europa rispetto al mondo, gli europei non sono del tutto esclusi dalla competizione su ciò che conta veramente. Insomma, non siamo ancora morti. [...] L'Unione europea ha provato a raccontarsi come "potenza normativa", "potenza delle regole". E si poteva anche parlarne di queste cose, quando il mare del mondo era calmo. Ma a un certo punto, per non morire, devi andare a Veldhoven. E rilanciare sul piano industriale. Non diventerai mai leader nel campo dell'intelligenza artificiale - che esiste perché c'è la microelettronica, non in un mondo virtuale - parlando di norme o di etica. Non è quella dimensione a muovere la ricerca della precisione. È il potere terribile dell'innovazione che poi, certo, può essere discusso e terremotato nelle norme e nelle corti» (pag. 215 e ss.). Terribile per un giurista leggere queste considerazioni!

realizzandosi nella dimensione globale della rete, sfugge alla mera dimensione politica statale (nazionale), lasciando uno spazio di intervento anche a forze esterne, spesso con espliciti intenti destabilizzanti¹³⁴.

Ecco allora che lo spazio digitale, cioè il complesso di interazioni che la tecnica sviluppa, suggerisce e orienta su scala globale, anche quando è strumentale alle logiche dello spazio pubblico terrestre, non è mai pienamente funzionale ad esso né mai ad esso completamente sottoposto. Vive di prospettive ultronee rispetto al campo della sovranità del *vòμος* terrestre (come anche della sovranità sovranazionale e internazionale), si autoregola, spesso in contrapposizione con le regole dello Stato, crea rapporti che sfuggono alla lettura tradizionale che ne dà la scienza giuspubblicistica. A quel chiaro raffronto cioè tra diritto individuale e autorità dello Stato. Il discrimine appare così evidente. Il problema del governo della tecnica non si comprende pienamente se non è messo in relazione con l'autonomia dello spazio digitale rispetto al tradizionale spazio pubblico. Il primo non potrà mai essere pienamente strumentale al secondo e, nonostante gli ampi spazi di complementarità, il primo non potrà che sovrapporsi al secondo. In questa prospettiva, appare errato parlare di strumenti di controllo dello spazio digitale, quanto piuttosto più puntuale sarebbe definirli quali strumenti di resistenza: appare infatti così sovrumana e tutto sommato illogica la prospettiva di regolazione dello spazio digitale da parte dell'autorità statale, la quale rischia solamente di finire a rotolare con maggiore velocità lungo il piano inclinato del nichilismo. Diverso è ragionare su un controllo degli elementi di influenza dell'uno sull'altro, degli spazi di interazione che tra essi esistono.

La questione dei confini tra spazi di sovranità è stata sempre al centro della dialettica tra Stati nazionali, ma si ripropone in forme del tutto nuove quando ci confrontiamo con la necessità di individuare i limiti tra aree spaziali di influenza che agiscono su piani diversi e ben oltre il dato fisico-naturalistico della frontiera/distanza tra territori (qui appare chiara la differenza con il fattore marino di costruzione del *vòμος*, che comunque non elimina il dato fisico-spaziale). Le molteplici relazioni costruite dal fattore tecnologico, per sua natura globale, sfuggono ormai alla singola autorità giuridica dello Stato nazione, tanto che al dato fisico della separazione tra Stati si oppone il libero flusso di informazioni, dati ed economie caratteristico dello spazio globale digitale¹³⁵. Una vera e propria

¹³⁴ Si veda sul tema L. CALIFANO, *Autodeterminazione vs. eterodeterminazione dell'elettore: voto, privacy e social network*, in *federalismi.it*, 2019/16. Della stessa autrice, L. CALIFANO, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data*, in *federalismi.it*, 2017/9. Per una trattazione sistematica si veda J. CANNATACI - V. FALCE - O. POLLICINO A cura di, *Legal challenges of Big Data*, UK 2020.

¹³⁵ Sul tema G. LUEBBE-WOLFF, *Transnational Judicial Interactions and the Diplomatization of Judicial Decision-Making*, in C. LANDFRIED (a cura di), *Judicial Power. How constitutional Courts affect political transformation*, Cambridge 2019, 366 ss.

contrapposizione. E abbiamo allora, ad esempio, il settore finanziario che sfrutta un'area di operatività per l'appunto senza confini e capace di entrare in connessione ed estrarre valore da qualsiasi settore economico di qualsiasi paese in cui abbia interesse a farlo; abbiamo poi, però, il dato fisico, le persone, i corpi in carne ed ossa, su cui le barriere funzionano, tanto più visibili in un tempo in cui il fenomeno migratorio, sia esso umanitario ovvero economico, sta assumendo dimensioni importanti e richiede soluzioni impellenti. Si può dunque parlare al plurale di spazi pubblici che esprimono una sovranità istituzionale e giuridica statale e che si realizzano in dati confini, contrapposti ad uno spazio pubblico digitale di dimensione globale, che questi stessi confini supera e assorbe sistematicamente. Il confine territoriale può essere dunque concettualmente inteso come la realizzazione visibile di una condizione unitaria nel discorso politico e giuridico propria di una comunità; lo spazio digitale si declina, invece, in una molteplicità di singole relazioni, che tendono alla autoregolamentazione binaria o al massimo ad una più ampia regolamentazione di gruppo, ben oltre ogni legittimazione di tipo fisico-materiale o anche storico-filosofica.

L'inferenza tra le due sovranità spaziali appare anch'essa in una dimensione dialettica. Da una parte gli Stati nazionali tendono a regolamentare le interazioni dello spazio pubblico digitale, sia con sforzi unilaterali sia nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario e pattizio - si comprende bene come la prospettiva unilaterale con difficoltà riesca a fraporsi alla dimensione globale del fenomeno tecnologico, mentre una maggiore efficacia mostra il tentativo di regolamentare a livello multilaterale il fenomeno. Dall'altra, sono le stesse dinamiche dello spazio digitale a sottrarsi al sistema statale e interstatale di regolamentazione, creando una pluralità di "sistemi giuridici globali" che sfuggono al diritto nazionale e internazionale. Non si parla qui di un "leviatano globale", cioè di un gigantesco e sconfinato sistema giuridico che imita in chiave mondiale le organizzazioni degli Stati nazionali, quanto piuttosto di un sistema giuridico propriamente particolaristico, in cui si sviluppano una pluralità di sovranità interattive sì, ma confinate anch'esse, perché agenti nella dimensione "para-comunitaria" di gruppi di utenti che in esse si riconoscono. A tutti gli effetti degli "spazi confinati"¹³⁶, ma spesso non istituzionalizzati, informalmente organizzati, legittimati perché inseriti nel più ampio sistema di appartenenza digitale.

Ora, il fatto che lo spazio pubblico digitale si ordini secondo un modello frammentato, secondo dinamiche parcellizzate e che si atteggiino a una giuridicità che è sostanziale più

¹³⁶ L'espressione esatta è "*bordered spaces*", usata più volte in G. LUEBBE-WOLFF, *ult. cit.*, 366 ss.

che formale, che si orienta secondo la pratica e la consuetudine prima ancora che su regole certe, ecco tale suo particolarismo non ne segna una minorità. Non ne esclude il carattere intrinsecamente giuridico e non esclude il fenomeno ad una lettura secondo diritto. In qualche modo, non esiste molta differenza tra questo sistema giuridico digitale e l'ordine giuridico che si sviluppò nell'Europa nei mille anni successivi alla caduta dell'Impero romano d'occidente. In quel vasto periodo, come anche vale oggi per il mondo digitale, l'organizzazione giuridica si realizzava in una pluralità di ordinamenti, «con un recupero della produzione giuridica alla pluralità delle forze dell'esperienza»¹³⁷, con una costruzione incerta, alluvionale, perfino informe, ma congeniale ad un mondo complesso e articolato, con un meccanismo di fonti aperto (più di quanto non siano i moderni ordinamenti statali) ai apporti giurisprudenziali, dottrinari e soprattutto consuetudinari. Né più né meno di uno spazio pubblico digitale in cui il concetto di sovranità appare sfilacciato e deviato in un'infinità di rivoli, di declinazioni e dunque di circostanze ed esperienze, in cui l'elemento giuridico è frutto di un'intesa e di una consuetudine tra utenti, di regole concordate o frutto delle autorità di gestione dei singoli servizi di cui si usufruisce. Eppure, va comunque marcata una differenza tra il passato e il presente, che è appropriata diversità terminologica innanzitutto. Nel medioevo il fenomeno giuridico poteva dirsi “ordine”. Infatti, «la società medievale è giuridica, perché si compie e si salva nel diritto, giuridica è la sua costituzione più profonda [...]. A paragone delle risse della disordinatissima superficie contrasta l'ordine della secreta ma presente costituzione giuridica. Un ordine [che] si colloca al di là del potere politico e dei suoi detentori [...] collocato nel terreno fondo e sicuro delle radici supreme, dei valori. Un valore – immanente – la natura delle cose, un valore – trascendente – il Dio nomoteta della tradizione canonica [...] costituiscono un *ordo*, un *ordo iuri*»¹³⁸. Il sistema “disordinatissimo” degli ordinamenti confliggenti è calato in un ἦθος, in un comune e riconosciuto legame spaziale – la *christianitas* – che condivide valori superiori perfino alla volontà politica contingente. È la distinzione greca tra νόμος e ψήφισμα, tra la legge e i decreti dell'assemblea, la prima ispirata dagli dèi della πόλις, i secondi sottoposti ai volatili sentimenti del popolo¹³⁹. È il medesimo superstite rapporto che nel diritto costituzionale del secondo dopoguerra lega le Carte costituzionali e la legge.

Ecco, il complesso modello giuridico dello spazio pubblico digitale resta un sistema e non diventa un ordine, proprio perché manca di quell'istanza etica fondativa, del legame spaziale che prima di essere mera disposizione fisica, lo è di condivisione spirituale. Il

¹³⁷ Così in P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Milano 2021, 34.

¹³⁸ Così in P. GROSSI, *ult. cit.*, 27.

¹³⁹ Tale discrimine, già citato nel capitolo 2, è ben descritto in M. CACCIARI, *ult. cit.*, 111.

fattore tecnologico resta al fondo un elemento di natura strumentale, astratto perché non ontologicamente autonomo. La tecnica è pura astrazione, regola di trasformazione, che si impone, sul piano inclinato del nichilismo, come unica chiave di lettura della realtà. Ma certo non modifica la sua natura funzionale: non è un caso che quanti accedono allo spazio digitale non siano definibili in altro modo se non come meri “utenti”, non certo “cittadini”. In questo senso, tale spazio digitale resta al fondo meramente strumentale ad un ἦθος (come anche una pluralità di ἦθοι) che è estraneo, ulteriore e ultroneo rispetto ad esso. La sua finalizzazione è sempre vincolata all'esterno.

E qui vacilla un concetto che abbiamo dato per scontato fin ad ora in questo lavoro. Se lo spazio pubblico (rilevante ai fini dello studio della scienza giuspubblicistica) si realizza quale espressione visibile (fisica dunque) dell'ordinamento politico e civile di un popolo, cioè derivazione nel reale di un νόμος condiviso, lo spazio digitale manca di queste caratteristiche, perché mero sistema organizzativo globale, che non esprime un proprio fondamento etico, ma si realizza funzionalmente a νόμοι ulteriori e ad esso estranei. È realmente l'espressione destinale massima del nichilismo, in quanto pura espressione di potenza, svincolata da legami, confini e diritto, di cui ognuno (ogni utente) può usufruire. Il governo del fattore digitale, come dicevamo, resta dunque strettamente legato a formule di resistenza e alla regolazione delle finalità d'uso di questo strumento globale, con l'intento di tenere saldo l'ancoraggio fisico di questo ai preesistenti spazi giuridici statali.

5.2 Variabili geogiuridiche, geografiche e geopolitiche.

La geografia della tecnica non si manifesta dunque in uno spazio “confinato”, cioè spazio di esercizio della sovranità, limite e definizione del potere, al contempo spazio comunitario e nomogenetico. Al contrario, essa acquista la dimensione di uno spazio “connesso”, che vive di flussi, scambi, connettività, che superano le frontiere fisiche e si consacrano alla metafisica dell'illimitato¹⁴⁰. Da ciò evidentemente deriva che, in questo nuovo spazio di rapporti, la sovranità faccia più fatica ad esprimersi nella sola dimensione statale – sarebbe inadeguata a gestire un complesso di relazioni infinito nel tempo e nello spazio. Nell'ampia corrente delle connessioni digitali, la sovranità viene diluita e in qualche

¹⁴⁰ Interessante suggestione in questo senso è quella che viene da P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma 2016: il politologo indiano, naturalizzato statunitense, sostiene che la geografia politica non rappresenti più una chiave di lettura adeguata alla realtà geopolitica di oggi. Al contrario, una geografia di tipo funzionale, cioè fondata sullo studio di strumenti e infrastrutture di connessione, che siano aeroporti, porti, oleodotti o banda larga, potrebbe restituire un quadro più aderente alla complessa rete di rapporti propri del mondo globalizzato. Dello stesso autore si veda anche P. KHANNA, *La rinascita delle città-stato*, Roma 2017.

modo viene condivisa su più livelli e per il tramite di più autorità. Almeno a prima vista, il governo del fattore tecnologico implica un superamento dell'ottocentesco concetto dello Stato nazione, già andato in crisi nel secondo dopoguerra, e la costruzione di modelli di sovranità condivisa che superino la mera dimensione statale, facilitando la costruzione di processi di integrazione regionali, come in effetti è l'Unione europea¹⁴¹.

Eppure, tale prospettiva sembra sottovalutare il carattere funzionale della tecnica, che già prima abbiamo richiamato. In breve, il fattore tecnologico non può fondare un ordine giuridico, perché manca di un fondamento condiviso e si atteggia a mera dimensione funzionale. La regolamentazione dello spazio digitale può avvenire dunque soltanto ove esso venga agganciato ad un ulteriore vincolo ctonio, ad una dimensione spaziale che sia ancora capace di esprimere una sovranità legittimata dall'etica condivisa di un popolo.

Ora, non si può ignorare come l'esercizio della sovranità presupponga (necessiti di) una legittimazione, di un riconoscimento del potere nella sua istituzionalizzazione e nel suo esercizio. Ben oltre il dualismo bobbiano tra legittimazione della sovranità secondo la natura delle cose ovvero secondo il consenso¹⁴², nei moderni Stati costituzionali la sovranità "appartiene al popolo": «oltre che un fatto di imputazione-legittimazione, la sovranità del popolo segnala il fine dell'organizzazione politico-costituzionale: poiché il popolo si realizza a partire da e mediante la costituzione, i principi supremi sono ciò che permettono a una moltitudine di individui di diventare un popolo. Il processo di unificazione politica, detto altrimenti, si realizza lungo le traiettorie tracciate dai principi costituzionali, vivificati dal continuo riferimento alle forze egemoni della società e agli interessi che da quelle forze sono selezionati di volta in volta»¹⁴³. Questa declinazione già implica una resa alla scomposizione nichilista, perché in sostanza concepisce l'ordinamento costituzionale come una regola intesa a presiedere i processi di trasformazione e mutamento della società, del popolo come aggregazione di soggetti abbandonati al divenire. Ciò implica che il popolo possa esistere solo se si pensa giuridicamente; non è preesistente alla Costituzione, non è autonomo portatore di valori, ma si realizza se si riconosce sottoposto ad una comune regola di organizzazione e trasformazione. Ecco allora che, in questa modernità, la dimensione statale reca già nella

¹⁴¹ Parla di "sovranità condivisa" B. CARAVITA, *Letture di diritto costituzionale*, Torino 2020, 19. Nel contesto del mondo digitale e globale, «la sovranità è condivisa, vive in una sorta di gigantesco condominio, nel cui cortile si affacciano una pluralità di *player*, ognuno in grado di condizionare le scelte dell'altro in modo più o meno significativo». In questa prospettiva, la dimensione regionale (sovranaazionale) appare quella più adeguata a disciplinare lo spazio digitale - così sempre B. CARAVITA, *ult. cit.*, 65 ss.

¹⁴² Teoria sviluppata dal politologo torinese a commento della speculazione filosofica di Thomas Hobbes - si veda N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino 2004.

¹⁴³ Così A. MORRONE, *ult. cit.*, 78.

propria natura quell'impronta di astrazione che le impedisce di offrire un utile aggancio alla dimensione digitale. Ancor meno può mostrare questa capacità una dimensione sovranazionale, se non incardinata in un sistema di condivisione di valori – nel caso del sistema euro-unitario il richiamo dei trattati istitutivi al rispetto delle identità costituzionali dei paesi membri è di certo espressione di questo tentativo di ancoraggio ad elementi spaziali chiari e condivisi, che però ancora appaiono troppo sfumati¹⁴⁴. Se ne deduce così la sostanziale incapacità dello spazio pubblico moderno al governo del fenomeno digitale, se non attraverso il recupero di quel *vòμος* costitutivo che solo può rappresentare il retroterra stabile di resistenza al piano inclinato nichilista. In qualche modo, la spinta alla secolarizzazione, che trova manifestazione compiuta nello spazio digitale, non ha risparmiato in realtà lo spazio pubblico tradizionale, in una inversione del concetto di sovranità che vede il popolo ancillare alla regola (alla forza ordinante del diritto) e non la regola costruita in funzione del popolo (l'ordinamento come forza di razionalità e di sintesi della preesistente spinta comunitaria). In questo senso, il rischio è che sia lo spazio digitale a risucchiare lo spazio tradizionale, che cioè l'istanza ctonia, l'aggregazione originaria della potenza, l'istanza politica per eccellenza, sia infine surclassata da altre forze e altri elementi, da altre variabili di potenza.

Tra tutte, la forte presenza nella dimensione digitale di dinamiche essenzialmente privatistiche, che perseguono propri interessi specifici, non da ultimo economici¹⁴⁵. Il modello di business su cui si fondano le grandi società tecnologiche (le cosiddette *Big tech*) e la loro dipendenza dalla pubblicità le ha obbligate a sottostare alla necessità permanente di attrarre l'attenzione del pubblico, fomentando l'uso delle applicazioni. Nel già citato campo della propaganda politica si è osservato come la profilazione degli utenti al fine di potenziare l'efficacia dei messaggi elettorali risponda anche a logiche di massimizzazione dei profitti. Vi è un evidente interesse dei colossi societari che gestiscono i *social network* a generare dibattito, radicalizzazione e instabilità, perché questo importa maggiori interazioni, spinge gli utenti ad un interesse frenetico e sempre nuovo per i temi più disparati, che diventano più attrattivi se semplici, condensati, divisivi, settari. Problema ulteriore è quello che deriva dagli altri attori globali che utilizzano la rete per i medesimi propositi di instabilità, in funzione di altri interessi, anche geopolitici. Attività questa che indirettamente però favorisce il profitto economico delle Società tecnologiche, le quali

¹⁴⁴ Si guardi all'articolo 4.2 del TUE quando afferma che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale». Plurimi sono poi i riferimenti alle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri” nel testo degli allegati al TFUE. Ne parleremo diffusamente nella seconda parte di questo lavoro.

¹⁴⁵ Sulle dinamiche delle società tecnologiche nello spazio digitale si veda F. BALAGUER CALLEJON, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos*, 2019/3.

con più difficoltà procedono ad azioni di limitazione e repressione del fenomeno; di certo molto meno di quanto invece fanno per sanzionare attività che ritengono possano delegittimare la loro immagine pubblica, in funzione dell'ideologia più diffusa tra i loro utenti. Un sistema di preclusione e censura che sfugge ad ogni possibile controllo esterno e non si fonda, appunto, su elementi di garanzia specifici (se non apparenti e difficilmente assimilabili a forme di garanzie giurisdizionale, come pure qualcuno ha sostenuto), ma su valutazioni di tipo relazionale e di percezione, per evitare che alcune questioni si possano declinare in maniera diversa da quella generalmente accettata dalla maggioranza, così da far perdere credibilità e consenso al privato gestore.

Ancora, per quanto risulti difficile costruire formule di controllo giuridico da parte degli Stati nazionali sullo spazio digitale, ciò non toglie che il fattore tecnologico resti oggi lo strumento più forte della politica di potenza di alcune nazioni; di certo dei due grandi protagonisti dell'attualità geopolitica, gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Popolare Cinese. Lo spazio digitale rappresenta oggi il principale luogo di confronto e competizione tra le potenze mondiali: «oggi come ieri, le nazioni continuano a competere per la supremazia economica o politica. Con l'era digitale, però, queste sfide si combattono con armi ben più sofisticate dei fucili o dei cannoni [...]. Queste armi possono colpire ovunque, in qualsiasi momento e in vari modi: politicamente, socialmente ed economicamente. Per vincere queste battaglie non c'è bisogno di avere alle spalle poderose truppe, e se durante la Guerra fredda esisteva la corsa all'armamento nucleare, oggi esiste la corsa all'armamento digitale»¹⁴⁶. Non è un caso che da internet al microprocessore, dal cellulare a Siri, le tecnologie utilizzate dalle grandi società del *web* sono nate o comunque sono state sviluppate nell'ambito della ricerca militare americana e i futuri sviluppi delle stesse sono strettamente legati alla sperimentazione nel campo della sicurezza¹⁴⁷. Ciò significa che le Società tecnologiche sono pur sempre strettamente dipendenti dagli sviluppi propri dell'ambiente militare, se è vero che la spesa federale di Washington in innovazione tecnologica è il doppio di quella del settore privato americano. In questo senso, la dinamica economica può certo andare in secondo piano, ove la

¹⁴⁶ Così J. FORESI - J. CARAVELLI, *I segreti del Cybermondo*, Milano 2019, 20.

¹⁴⁷ In realtà, almeno in origine, il progetto di internet non nasce in ambito militare, ma con finalità di ricerca. È il 1957 quando il presidente Eisenhower, al fine di contrastare lo sviluppo tecnologico sovietico, fonda la *Advanced Project, Research Agency*, che doveva occuparsi di migliorare l'allocazione delle risorse umane e finanziarie dedicate alla ricerca scientifica. In questo ambito nasce il progetto di *internet*, su un'idea del giovane psicologo James Robnett Licklider, con l'idea di creare uno strumento di reperimento di materiale di ricerca consultabile da chiunque in qualunque luogo della terra. Partendo da questa prospettiva enciclopedica, l'ingegnere Larry Roberts sviluppò nel 1967 l'idea dell'*Arpa Net*, il *network* di computer dell'agenzia. Solo nel 1972 tutto passa nelle mani della *Defense Advanced Project, Research Agency*, con specifici e dichiarati scopi militari. Per una puntuale ricostruzione della vicenda si veda A. DI CORINTO, *La vera storia di Arpanet. Attenzione: non nacque come progetto militare*, in *La Repubblica*, 29 aprile 2016.

gestione di questi strumenti tecnologici si riveli strumentale alla stessa politica di potenza¹⁴⁸.

Ciò non toglie che il settore privato del tech stia sviluppando una sempre maggiore autonomia, finanziaria e politica, che sovente si scontra dall'interno con l'autorità degli Stati nazione, nel tentativo di condizionarla. Torniamo alla considerazione iniziale su quanto lo spazio globale creato dal fattore tecnologico abbia risucchiato nel vortice nichilista, diluendola, anche la sovranità nazionale. La dimensione globale della società tecnologica, assecondata nell'ambito finanziario dalla creazione della *World Trade Organization* con gli accordi di Marrakech del 15 aprile 1994¹⁴⁹, mostrò tutti i suoi limiti con la crisi finanziaria del 2008, che segnò anche un momento di consapevolezza politica, portando allo spostamento di ampie fasce della classe media e operaia occidentale a orientarsi su posizioni antiglobaliste e premiando i movimenti politici a ciò più sensibili. Su questa tendenza però non sembrano esserci passi indietro. L'urgenza politica delle nostre società sembra riuscire con difficoltà a trattenere e gestire il fattore tecnologico, soprattutto a contrastarlo, quale antipotere interno. Il tema è per esempio quello della gestione dei *big data*, come anche quello delle eccessive concentrazioni di capitale finanziario. Proprio in questa prospettiva l'Unione europea ha varato nel 2016 la più avanzata disciplina di garanzia e protezione dei dati digitali (entrata poi in vigore nel 2018)¹⁵⁰. Ma interessante è notare come il medesimo problema di contenimento del potere dei *big tech* sia al centro dell'azione del governo della Repubblica popolare. È del marzo 2021 l'ordine impartito dal Presidente Xi Jinping alle autorità di regolamentazione interne di intensificare la supervisione delle società di *internet*, reprimere i monopoli, promuovere una concorrenza leale e prevenire l'espansione disordinata del capitale¹⁵¹. Oggetto dell'azione di contenimento sono i giganti della tecnologia asiatica, quali Alibaba, JD.com e Pinduoduo, come anche Didi Chuxing e Meituan, Huawei e Tencent, che, pur se meno conosciuti in Europa di quanto non siano le americane Google, Amazon, Apple e

¹⁴⁸ Così è accaduto all'inizio del 2021, con la sospensione di Donald Trump da ogni piattaforma *social* in seguito ai fatti di Washington del 6 gennaio. Una scelta che, secondo la ricostruzione di D. FABBRI, *Con lo scempio del Campidoglio il potere è passato agli apparati*, in *Limes*, 2021/1, è stata imposta ai *Big Tech* dagli apparati di sicurezza degli Stati Uniti, così da inibire ogni ulteriore possibilità di contatto tra il presidente e la sua base elettorale; questo nonostante le lamentele dei social network, preoccupati dalle conseguenze finanziarie di tale decisione.

¹⁴⁹ In G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano 2008, si indicano il 9 novembre 1989, data della caduta del muro di Berlino, e il 15 aprile 1994, data della firma dell'Accordo di Marrakech, che sancì la nascita dell'Organizzazione mondiale del Commercio, come i due momenti che hanno segnato l'inizio del processo di globalizzazione economica e sociale dell'occidente. Si veda, dello stesso autore, G. TREMONTI, *Globalizzazione, Le piaghe e la cura possibile*, Milano 2022.

¹⁵⁰ Si tratta del regolamento GDPR 2016/679.

¹⁵¹ Ne ha dato notizia A. ANNICHIARICO, *La guerra di Xi Jinping contro le big tech: Alibaba deve cedere i media, Pinduoduo decapitata*, in *Il Sole24ore*, 17 marzo 2021.

Facebook, non vantano certo meno potere e influenza. È allora interessante osservare come in questo si stia manifestando un elemento di comunanza tra Stati Uniti e Cina, se è vero che l'amministrazione di Joe Biden guarda con interesse agli elementi di resistenza che la Cina sta sviluppando nella prospettiva di contrasto appena richiamata. Uno degli infiniti paradossi di questo tempo¹⁵².

In buona sostanza, il governo dello spazio digitale implica per quest'ultimo una connotazione pubblica, cioè la concezione di tale spazio come espressione visibile di un *vòμος* condiviso. Una declinazione che è difficile approntare, se è vero che il fattore tecnologico vive in uno spazio sconfinato e si realizza in una forma pura di astrazione, che, se non legata ad un vincolo esterno, si mostra come un vasto oceano di interazioni aperto alle scorribande di corsari e pirati - le variabili di potenza di cui prima parlavamo. In questo senso, lo spazio digitale sfugge al possibile tradizionale studio della scienza giurispubblicistica (sembra al contrario meglio inquadrabile per categorie e disegno dal diritto privato) ovvero si conferma come un oggetto estraneo ad essa per dinamiche e logiche di funzionamento, che va inquadrato dunque secondo categorie nuove e diverse ove si voglia stabilire un modello organico di governo del fenomeno. Le strade possibili sono diverse.

Per dare un retroterra nomogenetico a questo flusso globale di interazioni, si potrebbe innanzitutto pensare ad un "costituzionalismo globale"¹⁵³, che però sconta la difficoltà oggettiva di recuperare all'unità un panorama internazionale che con difficoltà si potrebbe ricomporre. Non esiste un soggetto che si possa intestare questo tentativo e, soprattutto, che abbia la forza di invertire dall'alto quella "globalizzazione della frantumazione" di cui parla ancora Severino¹⁵⁴. Esiste, in realtà, un'alternativa totalmente opposta. L'idea, cioè, di assecondare il piano inclinato nichilista e quindi di inserire il diritto nello spazio digitale come meta-tecnologia. Un diritto funzionale alla pura funzionalità, piena artificialità, dunque, stando alla speculazione di Natalino Irti¹⁵⁵. La strada più semplice, forse, per noi occidentali, che da sempre abbiamo a che fare con la potente energia del nichilismo, ma che implica inevitabilmente due conseguenze. Da una parte, la rinuncia al governo del fattore tecnologico, in quanto un diritto funzionale alla logica nichilista non potrebbe che porsi un mero obiettivo di proceduralizzazione, mai di piena regolamentazione e governo, che presuppone invece uno sdoppiamento dei piani tra il regolatore e chi è regolato. Dall'altra, la rinuncia a integrare lo studio di quello spazio, che pubblico non sarebbe, nel

¹⁵² Su questo si veda F. RAMPINI, *Fermare Pechino*, Milano 2021.

¹⁵³ Su questo L. FERRAJOLI, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino 2021.

¹⁵⁴ Così E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998, 60.

¹⁵⁵ Su questo N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari 2006.

campo del diritto pubblico. Il governo della tecnica si potrebbe realizzare solo creando elementi di resistenza alla dinamica nichilista e, dunque, con l'impegno del diritto pubblico a riattivare un processo anteico¹⁵⁶, cioè di ricongiunzione tra il diritto e l'elemento ctonio, il quale abbiamo visto dovrebbe essere proprio di ogni ordine che non voglia essere mero sistema. Ciò non può che partire dagli Stati nazionali e dal recupero di una sovranità della terra, cioè legittimata da un elemento che sia preesistente e condiviso, sintetico. In questa prospettiva, ben si potrebbe immaginare un nuovo ruolo per il diritto pubblico, un nuovo modello di costituzionalismo che sia attento a ricostruire con pazienza le dinamiche di legittimazione degli ordinamenti, che rischiano oltremodo di sfilacciarsi sotto il peso delle nuove dinamiche di potenza attivate dal fattore tecnologico. Ma da dove partire?

6. Elementi materiali della costruzione dello spazio pubblico.

Alla luce di quanto detto, indagare delle forme di legittimazione della legalità ci riporta però al punto di partenza, cioè impone di interrogarsi sull'elemento fondante dell'ordinamento e, di conseguenza, sulla sostanza del concetto di costituzione. Per sottrarsi alla forza attrattiva del nichilismo diviene essenziale recuperare un'idea di costituzione che pre-ponga alla struttura positiva dell'ordinamento un dinamico elemento politico, fondativo dell'intendimento comunitario di un popolo e che influisca attivamente sulle contingenze costituzionali. Occorre allora provare a definire le caratteristiche essenziali che debbono inevitabilmente contraddistinguere un siffatto modello.

6.1 Il concetto di *Verfassung* e la riflessione di Rudolf Smend: la “bilegalità” come elemento materiale di struttura.

A tal fine è forse utile recuperare una risalente dicotomia che, non a caso, nuovamente ritroviamo nella dottrina tedesca dei decenni a cavallo tra il XIX e il XX secolo: quella tra *Konstitution* e *Verfassung*. È su questa concettualità binaria che si gioca la differenza tra il costituzionalismo di impronta anglosassone e quello di tradizione continentale (tedesca e in parte francese). È, in particolare, Maurizio Fioravanti a sottolineare come il primo dei due termini sia da riferirsi ad un concetto di costituzione come “suprema norma giuridica di garanzia”, mentre il secondo la intenda come “principio primo di unità di ordine

¹⁵⁶ Il riferimento è al mito di Anteo, mito di Anteo, il gigante figlio di Poseidone e Gaia, invincibile fin quando poggia i piedi sul suolo terrestre, mentre perde le forze non appena viene sollevato da essa. È il simbolo del legame con la Terra.

politico”¹⁵⁷. Nel primo caso, l’espressione rimanda a quella precisa tradizione giuridico-filosofica che da Locke, attraverso Constant, arriva fino a Kelsen, la quale intende la carta fondamentale come il rimedio contro l’arbitrio del potere statale e dunque, di conseguenza, sua legittimazione. Nel secondo caso, la linea dottrinarla parte da Hobbes e, passando per Hegel, arriva sino a Schmitt (e, ci spingiamo a dire, prosegue con Kojève e Fukuyama). Qui si rinviene la necessità di dare un fondamento all’ordine politico e di governo, soprattutto con l’idea di sintetizzare il frazionamento sociale, superare quindi quel particolarismo giuridico proprio dell’antico regime. Alla fine, si finisce sempre allo stesso punto, alla fondativa polemica tra il renano Schmitt e il danubiano Kelsen.

In realtà, lo stesso Fioravanti sottolinea come, in entrambe queste sfumature, si possa comunque rinvenire una comune fondativa esigenza di limitazione del potere, di freno all’arbitrio dell’autorità¹⁵⁸. Nella *Konstitution* tale elemento si inserisce nella dialettica tra Stato e individuo, così che la carta diviene innanzitutto la misura della libertà del singolo di fronte allo strabordante potere dell’autorità statale. Nella *Verfassung* il potere da limitare è invece quello dei gruppi organizzati, delle forze disgregatrici della società, che, se non obbligate alla sintesi, riescono a scardinare i legami fondativi della comunità. Nel primo caso il problema è la tutela della pluralità delle coscienze in un sistema che le impone all’unità. Nel secondo caso il problema è la pluralità dei gruppi di interesse che mina l’interesse generale, che dunque va difeso nella costituzione. Potremmo ancora aggiungere, nel primo caso la legalità si fonda su un’astrazione, cioè sull’uomo portatore di diritti universali, che non possono piegarsi alla contingente autorità. Nel secondo caso, la legalità si fonda sul conflitto tra gruppi, che è dato storicissimo, concreto e cangiante nel tempo e nello spazio. In un certo senso il discrimine sembra correre tra legalità universale e legalità storica.

Dai due fattori, così come sono stati brevemente sviluppati, possiamo poi trarre due differenti concezioni di stato di diritto: «[la *Konstitution* rimanda a] uno Stato sempre più limitato e dominato dal diritto, fino al punto massimo raggiunto in questa linea da Hans Kelsen, per il quale lo Stato senza diritto è solo “potere”, quindi pericolosa realtà di fatto che tende a sfuggire alle regole dell’ordinamento, minacciando la libertà e i diritti degli individui. Meno noto, o forse solo meno ovvio, è il fatto che anche la [*Verfassung*] ha il proprio stato di diritto. Esso è quello Stato che lavora per il diritto, riducendo con l’attività della *Regierung*, del governo l’incertezza delle condizioni della vita individuale e associata,

¹⁵⁷ Si veda su questo M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993, 187 ss.

¹⁵⁸ M. FIORAVANTI, *ult. cit.*, 188.

dunque il conflitto e le arbitrarie pretese degli interessi particolari. Nel primo caso, lo stato di diritto è prima “di diritto” e poi “stato” e anzi, a rigore, è “stato” solo attraverso il diritto; nel secondo caso, all’opposto, lo stato di diritto è prima “Stato” e poi “di diritto”, poiché si pensa che non possa esistere alcun diritto se non sulla base del principio di unità politica espresso nella costituzione e rappresentato dalla autorità dello Stato»¹⁵⁹. Nel primo caso, dunque, nella legalità costituzionale si esaurisce ogni altra forma di legalità, essendo la prima semplice presupposto procedimentale ed elemento concettuale di legittimazione. Nel secondo caso, invece, la legalità costituzionale importa nell’ordinamento un consistente contributo di principi e valori, che ispirano, influenzano e torcono la legalità legale, la quale, pur autonoma, alla prima deve conformarsi. Questo ultimo dato sarà essenziale nel ragionamento che stiamo per fare.

È chiaro come, ai fini del nostro discorso, risulti assai più utile approfondire il concetto di *Verfassung*. Per indagare pienamente tale elaborazione non si può che tener presente l’autore che per primo ne definì l’uso. Il riferimento è a Friedrich Julius Stahl e alla sua opera principale, intitolata *Die Philosophie des Rechtes*, di cui la prima edizione è datata 1830-1838, pubblicata ad Heidelberg¹⁶⁰. Egli afferma che la *Verfassung* è «articolazione della comunità degli uomini, che fonda e rende stabile lo Stato come istituzione»¹⁶¹. A commento di tale definizione il solito Fioravanti annota: «la *Verfassung* è quella condizione storico-esistenziale, ma anche quel processo dinamico, che consente ad una comunità di uomini di articolarsi, ed in definitiva di far pervenire ad esistenza compiuta lo Stato come istituzione, ovvero come autorità capace di *imperium*, di chiedere ed ottenere obbedienza»¹⁶². È solo in essa che la comunità degli uomini non si identifica come somma di tanti individui e dunque di molteplici interessi personali, ma si caratterizza come organismo politico. Ora, di certo il concetto qui riportato non va astratto dalle contingenze storiche in cui nasce. La rivoluzione conservatrice tedesca si pone innanzitutto il problema di risolvere il conflitto tra ceti e quindi di rinvenire nel giuridico un elemento politico unificante. In sostanza, la costituzione-ordine è una formula di contrasto alle forme di disgregazione civile insite nella rivoluzione francese: l’idea che l’ordinamento positivo non risponda ad una fermo elemento tradizionale di legittimazione del potere, ma alla mera volontà popolare, che può cambiare orientamento e prospettiva, a sua volta cambiando orientamento e prospettiva allo stesso ordinamento. Il pericolo che si avvertiva con forza nella nuova Germania unita era l’impossibilità di tenere insieme una

¹⁵⁹ M. FIORAVANTI, *ult. cit.*, 189.

¹⁶⁰ Il titolo completo dell’opera è *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht* (in due volumi, 1830-38).

¹⁶¹ La traduzione è dello stesso FIORAVANTI, dall’edizione stampata a Tubinga nel 1878.

¹⁶² M. FIORAVANTI, *ult. cit.*, 191.

società in cui erano ancora forti alcune linee di tensione, legate all'appartenenza regionale, a quella religiosa o anche solo a quella di classe. La soluzione schmittiana l'abbiamo vista: favorire il dominio del politico sull'intera sovrastruttura giuridica, con non pochi rischi totalizzanti. Ma egli non è l'unico a percorrere questa strada. Interessante è l'apporto del già citato Smend, il quale, forte di un non indifferente portato teologico, immagina «la riconduzione radicale di ogni realtà dello Stato e dell'ordine giuridico a un processo di vita immanente», fondata sul modello dell'integrazione, come dinamica ed eterna rigenerazione della “totalità di vita” che fonda l'ordinamento. Già si percepisce, pur solo in filigrana, quella modernissima percezione (le sue opere sono dei primi due decenni dello scorso secolo) che vede nel positivismo giuridico il vertice della secolarizzazione (definita con il termine tedesco di *Diesseitigkeit*)¹⁶³; però, al contrario di Schmitt, che, come visto, avverte il costante e irresistibile scivolamento, Smend individua nella generale decadenza uno spazio da riempire. Se è pur vero che Dio è morto, cioè se esiste uno spazio lasciato vuoto dal principio trascendente, questo va occupato dai valori, che altro non sono che “il surrogato positivistico del metafisico”¹⁶⁴. Nei valori comuni di una comunità, pur non più legati ad una riconosciuta istanza sacrale o religiosa, si può comunque ritrovare il senso di una *Kultur*, cioè di un patrimonio di cultura spirituale e materiale che è la volontà prima su cui si fonda l'istanza creatrice dello spazio pubblico. Lo Stato, a parere di Smend, esiste in quanto realizza nei suoi atti la *Wertgesetzlichkeit des Geistes*, cioè nella misura in cui continuamente conforma le sue azioni a quei principi primi che ne giustificano l'esistenza. L'ordinamento va orientato e conformato a quello spirito, ancor più assicurando la partecipazione del cittadino alla “esperienza collettiva” che genera unità: il nostro autore non a caso parla di “plebiscito che si rinnova ogni giorno”¹⁶⁵. La differenza con Schmitt appare chiara. Mentre quest'ultimo annulla l'ordinamento nel politico, fa cioè delle norme e del diritto una sovrastruttura che non può essere pensata in via autonoma ovvero con un fine differente da quello che l'istanza politica pone per l'ordinamento, per Smend il piano del diritto tiene una sua autonomia, che è razionalità e organizzazione. Ma esso non è libero nei fini ed è contenuto nelle forme di espressione. E proprio in quest'ottica l'autore guarda al parlamentarismo weimariano: nel parlamento, eletto secondo la formula proporzionale, c'è il tentativo di dar voce a quel complesso valoriale fondativo, così che l'ordinamento giuridico che all'assemblea legislativa spetta edificare sia già di per sé

¹⁶³ Si veda sul tema la riflessione di L. MENGONI - C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in L. LOMABRDI VALLAURI – G. DILCHER A cura di, *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano 1981, 1174.

¹⁶⁴ Si veda sul tema la riflessione di M. A. CABIDDU nella lunga presentazione alla ristampa de “Lo Stato come integrazione” di Hans Kelsen. M. A. CABIDDU, *Presentazione* in (M. A. CABIDDU A cura di) H. KELSEN, *Lo Stato come integrazione*, Torino 2001, LIII.

¹⁶⁵ Qui M. A. CABIDDU riporta l'espressione di SMEND in *Verfassung und Verfassungsrecht*.

espressione dello stesso. La sintesi e l'unità si inverano nel costante dibattito parlamentare, nella sede in cui ogni gruppo è rappresentato e coopera all'individuazione di ciò che per la comunità "vale". Per Schmitt, invece, l'unità non si fonda sull'integrazione ma sull'assimilazione: il ruolo del custode¹⁶⁶.

Se guardiamo al modello costituzionale austriaco del 1920 (ancora oggi vigente nella Repubblica austriaca, pur con alcune modifiche rispetto all'impianto originale), concepito e realizzato da Kelsen stesso, queste logiche si ribaltano. Innanzitutto quella Carta non possiede un'elencazione dei diritti, nemmeno in senso liberale (tanto è vero che bisognerà assicurarne la garanzia facendo riferimento ad altre fonti¹⁶⁷); ma anche se prevede la strutturazione di un ben congegnato sistema di verifica di conformità dell'impianto legislativo al parametro procedurale costituzionale (il ruolo del *Verfassungsgerichtshof*), esso lo pensa come "legislatore negativo", come bilanciamento di metodo alla spinta propulsiva del parlamento e soprattutto come fattore di integrazione delle pluralità "regionali" che compongono la nuova repubblica, proiettata a ridivenire Impero¹⁶⁸. Per lo studioso praghese, in buona sostanza, «la funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere e garanzia della costituzione significa certezza che questi limiti non saranno oltrepassati»¹⁶⁹. La costituzione diviene condizione di legalità, ma in senso meramente formale e procedurale. Gioca dunque sul medesimo piano della legge, pur condizionandola e mantenendo un primato gerarchico, senza prescrivere però contenuti ma meri modi di essere.

Per tirare le somme, va detto che la creazione di un ordinamento giuridico ispirato ad un'istanza fondativa politico-identitaria non può escludere l'esistenza di una *Verfassung*, cioè di una costituzione-ordine. Mutuando le concettualità di Carlo Mezzanotte, essa presuppone l'istaurazione di un modello a due legalità: una legalità costituzionale e una legalità legale¹⁷⁰. La prima espressiva di alcuni valori condivisi, che rendono visibili e

¹⁶⁶ Vedi C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Torino 1981.

¹⁶⁷ Da qui l'extra-vigenza della Legge fondamentale dello Stato sui Diritti dei cittadini del 21 dicembre 1867 (costituzionalizzata ai sensi dell'art. 149 B-VG, ma che non contiene i cosiddetti "diritti sociali") e la "collocazione privilegiata" nell'ordinamento austriaco della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e dei protocolli addizionali. Si veda P. COLASANTE, *Austria*, in E. DI SALVATORE A cura di, *Sistemi costituzionali europei*, Milano 2021.

¹⁶⁸ Sul tema B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca*, Padova 1985, ma anche S. LAGI, *Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)*, in *Giorn. di st. cost.*, 2006.

¹⁶⁹ Così Kelsen nella "Dottrina pura".

¹⁷⁰ Si veda C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano 1979, in cui l'autore teorizza l'esistenza di un modello diacronico di ordinamento, suddiviso «in un settore che potremmo dire aereo, ad un livello di massima astrazione, la Costituzione, il cui carattere peculiare è quello della politicità; [e in un] settore inferiore, l'ordinamento legale tradizionalmente inteso, formato dall'insieme più o meno organico, più o meno coerente, delle leggi ordinarie e degli atti normativi in senso proprio, che soli vivono

giuridicamente rilevanti principi a cui far conformare la legge, come anche fini e programmi a cui far adeguare il diritto. La seconda, sottoposta agli indirizzi della prima, espressiva della contingente attuazione di quei principi, affidata al legislatore. Ciò nella sostanza significa che la *Verfassung* è portatrice di un autonomo indirizzo politico costituzionale, che si impone al provvisorio indirizzo politico di maggioranza, anzi ne vincola l'operatività a rime obbligate.

Qui è interessante guardare nuovamente alla costruzione mortatiana, che appare pienamente consapevole delle questioni esistenziali che fin qui abbiamo provato a cogliere. L'indirizzo politico, inteso quale funzione che determina i fini dello Stato, non può non avere un fondamento politico ovvero non può non averlo nella modernità. Stando alla lettura che fa Mario Dogliani della teorica del costituente calabrese, Mortati è consapevole di quanto il monumento statale orlandiano non abbia più, alla fine della prima metà del secolo breve, una compiuta corrispondenza nella realtà. Lo Stato quale portatore di un proprio fine intrinseco, come idea di nazionalità e fondamento della comunità, si è dissolto come neve al sole davanti alla prevalenza dell'opzione politica. La flessibilità costituzionale si è trasformata in relatività costituzionale, consentendo in Italia la deriva totalitaria fascista, tenendo in piedi uno Statuto di cui si salvò solo la forma testuale e l'istituto monarchico. Non dissimile la situazione nella Germania nazista, in cui un conglomerato di istituzioni ed enti trovava l'unica legittimazione e ragione di coesistenza nella volontà del *Führer*. Formule svalutative dell'ordine giuridico che abbiamo teoricamente ritrovato in Schmitt, ma che non meno si ripropongono nella teoria sovietica della funzione direttiva del partito ovvero nella teoria americana dello Stato come "registratore di cassa". In questa prospettiva, sempre seguendo il ragionamento di Dogliani, l'obiettivo di Mortati è quello di ricondurre l'indirizzo politico nelle forme del diritto e il concetto di costituzione materiale nasce innanzitutto come elemento di contenimento. Infatti, «in un contesto che assumeva come caposaldo la totale dipendenza del diritto dalla volontà dello Stato, la costituzione in senso materiale è dunque innanzitutto la costituzione che esiste in quanto tale, come entità distinta dalla produzione degli atti nei quali l'indirizzo politico si incarna. È il tentativo di costruire la costituzione come costituzione normativa nei confronti degli stessi attori politici che producono quell'indirizzo»¹⁷¹. Da qui la formulazione della regola d'oro: «[è] scientificamente

nella pura dimensione giuridica» (pag. 199). Si veda anche C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli 2014.

¹⁷¹ M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI - S. LABRIOLA A cura di, *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano 2001, 182. Sul tema si veda anche M. FIORAVANTI, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in M. GALIZIA - P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano 1990,

legittimo che non si presupponga - sul piano del diritto costituzionale - che la forma dell'esercizio di un determinato potere coincida con l'effettivo peso e ruolo che esso ricopre in quel percorso [attraverso cui si formano le decisioni politiche]¹⁷². Il piano del ragionamento va allora così ricomposto. Mortati comprende con lucidità il suo tempo. Le istituzioni non sono altro che uno strumento sottoposto al finalistico indirizzo (come anche alla finalistica distorsione) della dimensione politica. Per evitare dunque che il diritto, l'istanza giuridica come fenomeno regolatorio dello spazio pubblico, non venga fagocitata dal politico prova a costruire una modalità di lettura giuridica del potere, una regola di misurazione di quella forza o di quelle forze dominanti. L'idea è quella di leggere il potere nel diritto, così che il diritto stesso divenga dimensione del potere. Il termine di misurazione assorbe la sostanza di ciò che va misurato. Posizione opposta a quella di Crisafulli, che, a dispetto di ogni tentativo sintetico, dichiara l'inconciliabilità di politica e diritto, ricacciando l'indirizzo politico nell'informale e presupposta decisione sull'opportunità dell'atto pubblico, rendendo il tutto difficilmente afferrabile. Ora, questa lettura che Dogliani fa di Mortati ci è utile per chiarire che nella *Verfassung*, all'istanza politica vera e propria (a quello che Barile chiamerebbe appunto indirizzo politico di maggioranza¹⁷³), mutevole in ragione dei contingenti assestamenti di potere, si aggiunge un'istanza propriamente costituzionale, fondativa e immutabile, che è valoriale e condivisa, essenza della comunità e dunque alla base della struttura dello spazio pubblico. Essa è portatrice di un autonomo indirizzo politico, superiore all'istanza politica e a cui essa non può che conformarsi ove voglia essere legittima. La legalità costituzionale diviene allora un dato preposto, sottratto alla disponibilità della politica, che al contrario si esprime (si può esprimere solo) nelle forme della legalità legale, vincolata al più alto piano costituzionale. O almeno, il principio di rigidità costituzionale solitamente ricomprende l'esistenza di modalità di revisione, comunque sottoposte a procedure rafforzate. Dunque esiste, in realtà, uno spazio di intervento della politica in quel piano di legalità, pur vincolato al rispetto di stringenti formule, che spesso comprendono l'espressione diretta della volontà popolare. Ma tale spazio è comunque condizionato e ben lo ha sottolineato la Corte costituzionale italiana nella famosa sentenza n. 1146 del 1988, in cui ha stabilito

114 ss. e il volume M. GALIZIA A cura di, *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Torino 2007.

¹⁷² M. DOGLIANI, *ult. cit.*, 190.

¹⁷³ Fu la riflessione di P. BARILE (accompagnata da quella di G. GUARINO) ad introdurre nella giurispubblicistica italiana il tema dell'indirizzo politico costituzionale, che riconosceva in capo ai due supremi organi di garanzia del nostro ordinamento, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale, la responsabilità di promuovere l'attuazione della Costituzione, anche nelle sue norme di principio. Fondamentali i due saggi del professore bolognese dal titolo "*Corte costituzionale organo sovrano*" (1956) e "*I poteri del Presidente della Repubblica*" (1958). Per una ricostruzione sistematica si veda R. BORRELLO, *Paolo Barile e l'indirizzo politico*, in M. PERINI - A. PISANESCHI A cura di, *La lezione di Paolo Barile*, in Quaderni del Circolo Rosselli, n. 3/2022.

un preciso discrimine tra ciò che è revisionabile (tutto ciò che afferisce all'organizzazione dello Stato) e ciò che non lo è (tutto ciò che afferisce alla sfera dei principi supremi e dei diritti fondamentali)¹⁷⁴.

Nel sistema appena delineato un ruolo fondamentale spetta allora a quelle istituzioni chiamate ad assicurare (a imporre, forse meglio) l'integrazione tra le due legalità. Al riguardo, viene subito da pensare al compito affidato ai tribunali costituzionali, che, pur nati nella dimensione kelseniana di costituzione, possono recuperare (e in realtà hanno in gran parte recuperato) un ruolo di invero delle istanze valoriali della costituzione nell'ordinamento legale¹⁷⁵. Tale elemento materiale della "bilegalità", caro al costituzionalismo di sintesi, è necessario a rendere giuridicamente rilevante l'elemento extragiuridico a fondamento dell'ordinamento, pur se non sufficiente. Il nichilismo non attiene difatti soltanto ad una questione di struttura, ma anche e soprattutto ad una questione di sostanza. E per spiegare quest'ultima affermazione chiamiamo in causa la più recente dottrina.

6.2 Interpretando Vico: la riflessione di Azzariti e il conflitto come elemento materiale di sostanza.

È stato pubblicato sul finire del 2021 *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, opera di Gaetano Azzariti. In esso sembra fluire tutta la potenza di immagini e la forza narrativa della "letteratura della crisi", che, esattamente cento anni fa, accompagnò coerentemente l'entrata della cultura europea nel secolo breve. Alla maniera di Spengler, Michelstaedter e Zweig¹⁷⁶, l'Autore ci restituisce tutte le sfumature del presente tramonto, riuscendo però a non cadere nei due grandi tranelli che quel tipo di narrazione spesso porta con sé. Da una parte il passatismo, il rischio cioè che allo smarrimento dell'oggi si contrapponga la nostalgia del più felice mondo di ieri, un Eden più immaginato che reale. Dall'altra, il conseguente determinismo storico, che ci vorrebbe ormai condannati al compimento inesorabile di questa caduta, o peggio che ignora i temi della scomposizione sociale e culturale affidandosi, anche lì in maniera fideistica, alle magnifiche sorti e

¹⁷⁴ Sono i cosiddetti "controlimiti" di cui tratteremo meglio nella seconda parte di questo lavoro.

¹⁷⁵ Si veda qui M. CARTABIA - E. LAMARQUE, *Il retaggio del modello austriaco nella giustizia costituzionale italiana cent'anni dopo*, in Percorsi costituzionali, 3/2019.

¹⁷⁶ Il riferimento è qui a tre volumi fondamentali per comprendere l'inquieto passaggio della cultura europea dal XIX al XX secolo: *La Persuasione e la Rettorica* di Carlo Michelstaedter del 1910, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte* di Oswald Spengler del 1923 e *Die Welt von Gestern: Erinnerungen eines Europäers* di Stefan Zweig del 1942.

progressive. Al contrario, fin dalle premesse, il nostro Autore rifiuta apertamente queste possibili storture.

Secondo Azzariti, la cultura giuridica europea sta perdendo i suoi elementi costitutivi, che sfumano sotto il peso di una generale disgregazione comunitaria – dimostrata dalla ritirata, sempre più manifesta, dei corpi intermedi; sfumano sotto la primazia di un principio economicista sempre più pervasivo; sfumano nel senso di una linearità storica orientata al mito dello sviluppo.

Azzariti denuncia la perdita del senso storico negli studi giuridici, «quasi che una Costituzione possa legittimarsi esclusivamente su principi astratti e storicamente infondati, da tutti condivisi perché da nessuno ostacolati: una visione pacificata del diritto, della Costituzione e della democrazia che si pone agli antipodi di quel che è un'effettiva democrazia costituzionale pluralista, che nel conflitto rinviene il suo senso di realtà»¹⁷⁷. La dimensione del conflitto è costitutiva del costituzionalismo moderno, secondo Azzariti¹⁷⁸. La lotta è la forza creatrice dell'ordinamento, in una logica progressiva che è consustanziale ad essa, ben lontana dal mero valore economicista dello sviluppo. Qui è interessante il riferimento alla dicotomia pasoliniana, che distingue il progresso, come elemento di rottura e mutamento radicale, come possibilità di emancipazione e liberazione dei popoli, dallo sviluppo, che è invece forza conservatrice, tutela e accettazione del modello di vita proprio dell'industrializzazione borghese¹⁷⁹. L'effetto della distorsione nichilista sulle scienze giuridiche è l'eliminazione della componente storica e conflittuale dal discorso giuridico, facendone un guscio vuoto, una corazza, pur resistente, ma buona da indossare per il più nobile dei cavalieri come anche per il peggiore tra i tiranni. Senza il conflitto l'ordinamento si scompone, perché perde la sua dimensione di razionalità sistematica e il suo riferimento "umano". La regola precede l'individuo, anzi lo ignora. Essa si autolegittima in forza di elementi extra-storici e quindi extra-razionali. Una logica di completa astrazione, che svuota di senso il concetto di dignità della persona e settorializza i campi di azione del diritto, privandolo di ogni organicità. Si delinea «un vero e proprio "nuovo medioevo" istituzionale, irriducibile a logiche comuni, governato da un nuovo diritto che si afferma senza più una univoca razionalità e il cui ordine è definito da diverse "costituzioni civili" a centralità variabili»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 22.

¹⁷⁸ Dello stesso autore si veda G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.

¹⁷⁹ Dello stesso autore si veda G. AZZARITI, *Pier Paolo Pasolini: lo sguardo lungo dell'inquietudine*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022.

¹⁸⁰ G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari 2021, 27.

Il conflitto e il conseguente suo incedere progressivo non possono che avere una dimensione collettiva, che dunque ha bisogno di elementi identitari e sintetici (che mancano oggi). Il diritto disincarnato è solo strumento di potenza, al servizio dunque del potente di turno e mai capace di rappresentare un limite, un confine, sempre invece idoneo a giustificare le vertigini del potere.

In qualche modo, secondo Azzariti, ogni esigenza sintetica e di razionalizzazione alimenta la decostruzione del sistema di garanzie costituzionali, quelle stesse che tutelano non semplicemente le libertà dei consociati (l'Autore non scade mai nel liberalismo), ma che difendono l'istanza conflittuale e dunque progressiva dell'ordinamento, che è prima collettiva e solo dopo individuale (quanto Smend in queste osservazioni!). La concentrazione del potere ne sottende una latente emancipazione dal patto programmatico costituzionale, perché non ne fonda più la legittimazione sulla rappresentanza, cioè sulla capacità di rispondere alla spinta popolare a che quel programma fondativo abbia svolgimento e voce. È sufficiente un'investitura, un consenso plebiscitario e acclamatorio, che alla fine non fa altro che deresponsabilizzare l'attore politico. Ecco, in questa "democrazia dell'investitura" manca la forza contraria, manca il popolo come "detentore della sovranità": resta solo un «corpo sociale invertebrato»¹⁸¹. Il popolo come attore costituzionale si qualifica nelle molteplici forme della sua rappresentazione: come comunità, come società e associazione, come partito. Sono (erano) questi corpi a palesare e mediare la complessità e i conflitti del popolo-nazione e a incarnarne le istanze progressive.

Un diritto senza storia e filosofia è incapace di ordinare la realtà. E lo è perché disancorato da ogni orientamento teleologico, pura tecnica abbandonata all'arbitrio di chi la possiede. Alla fine, è come se la sovrastruttura si stia animando, stia prendendo vita propria, si stia affermando quale unico elemento del reale, contro la realtà stessa della struttura. La socialità lascia il posto alla tecnicità, la dimensione materiale a quella immateriale, la memoria e la speranza ad un eterno presente.

Un esempio concreto. Vittima prima di questa tendenza, ci dice Azzariti, è stata proprio la Carta dei Diritti dell'Unione europea, propriamente sterilizzata dalla prevalenza dell'istanza economica su quella sociale e politica; conseguenza di alcune debolezze intrinseche di quel testo, di natura teorica, giuridica e politica. Innanzitutto, l'equiparazione di tutti i diritti attorno a sei categorie di valori (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia). Classificazione che ha sostituito la tradizionale

¹⁸¹ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 59.

ripartizione dei diritti per “generazioni” (diritti di libertà, diritti sociali, nuovi diritti), legata al contesto o allo *status* della persona. Ciò significa, in buona sostanza, la negazione di una scala di valori e di prevalenza di un diritto sull’altro; elementi ben definiti dalle ragioni storiche e materiali che quelle tutele avevano fatto nascere. Nota Azzariti con grande lucidità: «quel che essenzialmente rende invertebrata la composizione di un sistema dei diritti tra loro tutti fondamentali è che in tal modo non si affronta la questione di fondo del conflitto tra diritti, ordinandoli – non invece equiparandoli – entro una prospettiva di emancipazione e promozione sociale. È ancora una volta l’abbandono del paradigma del progresso, sostituito da quello dello sviluppo, che condanna i diritti ad un universalismo esclusivamente ideale»¹⁸². Un complesso di diritti tutti fondamentali lascia sfuggire ogni possibile gradazione degli stessi e li condanna alla irrilevanza, lasciando all’arbitrio di Corti e legislatore la decisione sul loro bilanciamento e dunque sulla effettiva tutela ed efficacia. All’interno della detta Carta, tutto il complesso dei diritti si organizza sulla base del principio di proporzionalità, sancito dall’art. 52 della stessa, il quale tutela il contenuto essenziale delle singole statuizioni «daddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» (così il testo della disposizione). In questo senso, l’azione dei Giudici nell’applicazione della carta è stata ispirata al più totale libero bilanciamento, da compiersi tra interessi e diritti stessi, tra regole e principi: «a quel punto, facendo valere il principio elastico e assai sfuggente della proporzionalità, liberamente bilanciando norme tra loro eterogenee, dovendo prendere peraltro in considerazione la legislazione e le prassi nazionali, ha finito per sacrificare i diritti più deboli (quelli sociali e delle categorie normativamente meno protette) facendo prevalere gli interessi consolidati, quelli economici in primo luogo»¹⁸³. Senza il conflitto, il diritto perde profondità e davvero si presta a divenire strumento del contingente potere.

Ecco allora che il pensiero di Giambattista Vico rappresenta per Azzariti un lucido strumento di interpretazione e forse ancor più di decriptazione delle ragioni del tramonto, pur se paradossalmente egli definisce il filosofo napoletano come il “poeta dell’alba”, riprendendo le parole di Giuseppe Capogrossi. La filosofia vichiana è un tentativo di cogliere il dato arcaico (nel senso greco del termine, dunque originario) quale preziosa bussola per le vicende del presente, anzi forse quale tentativo di recuperare alle ragioni fondative quei fenomeni di cui troppo spesso non siamo capaci di cogliere il significato¹⁸⁴.

¹⁸² G. AZZARITI, *ult. cit.*, 212.

¹⁸³ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 214.

¹⁸⁴ Non è, in realtà, nuovo l’interesse dei giuristi per la speculazione vichiana, soprattutto per quel che riguarda l’intenzione del filosofo napoletano di recuperare la dialettica e la retorica come forme di

E Pallodola di Vico canta alla luce benevola delle ragioni della storia, della costruzione storica degli avvenimenti, del senso da dare al dato susseguirsi dei fatti. E di questa dinamica aurorale Azzariti ci invita a cogliere soprattutto due aspetti, essenziali per l'oggi. Intanto l'elemento conflittuale come motore delle vicende storiche e delle costruzioni giuridiche e ordinamentali; in secondo luogo, la negazione del determinismo storico, la possibilità cioè che sia l'uomo a prendere in mano il proprio destino e a dare una direzione alle cose del mondo.

Con riguardo al primo elemento, il nostro Autore decide di confrontarsi con la ricostruzione vichiana delle forme di governo, che il filosofo napoletano sviluppa secondo una progressione ben distante da quella meramente logico-storica che era sempre stata prevalente nel pensiero europeo, fin da Aristotele. In particolare, Vico assume a modello archetipico la storia romana e ne legge in maniera nuova gli sviluppi politici e di governo: «non [nel modo] che vede seguire alla monarchia dei sette re una repubblica di natura aristocratica, che poi, via via – a seguito dell'estensione dei poteri alla plebe e della cittadinanza ai non Romani –, assume caratteri più democratici, ed infine l'impero; bensì la seguente scansione: (a) una fase di governo aristocratico degli ottimati, il cui carattere fondamentale è la conservazione, cui succede (b) un governo popolare, in cui si registra "l'egual accesso di ognuno a tutti gli onori", per concludersi con (c) la signoria di uno solo»¹⁸⁵. Tale materiale progressione è preceduta, secondo Vico, da un anteriore stato di natura, un mondo ferino e bestiale che viene nella sostanza idealizzato e che termina con l'affermazione della prima organizzazione politica della città (è quella che il filosofo identifica con l'età degli dei, governata da un senso religioso estremizzato e fanatico)¹⁸⁶. Ciò che interessa è che Vico, quando definisce queste formule, nella sostanza abbandona

conoscenza anti-razionaliste (in polemica con Cartesio), utili strumenti per inquadrare principi e valori nell'ambito della scienza giuridica. Insuperata, su questo, la riflessione di A. GIULIANI, *Vico's rethorical philosophy and the new rethoric*, in G. TAGLIACOZZO - D. P. VERENE - S. ROTELLA, *Giambattista Vico's science of humanities*, Baltimore 1976. Su questo si veda anche F. J. MOOTZ e altri, *Law and Community: Alessandro Giuliani's aristotelian vision*, in *federalismi.it*, n. 16/2013. Da segnalare anche F. NICOLINI, *La religiosità di Giambattista Vico*, Bari 1949 e F. FOCHER, *Vico e Hobbes*, Napoli 1977.

¹⁸⁵ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 275.

¹⁸⁶ Da segnalare il fatto che Vico immagina che il diritto nasca con il passaggio dall'età divina all'età eroica. Infatti, è la provvidenza a disporre che «[...] le prime genti, per natura feroci, fussero persuase di si fatta loro religione, acciocché si acquetassero naturalmente alla forza, e che, non essendo capaci ancora di ragione, estimassero la ragione della fortuna, per la quale si consigliavano con la divinazione degli auspici. Tal diritto della forza è 'l diritto di Achille, che pone tutta la ragione nella punta dell'asta» (così nella "Scienza nuova"). In sostanza, anche in Vico il diritto è strettamente legato con la violenza, al punto che del diritto stesso si può parlare come di "forza qualificata giuridicamente". Infatti, «le leggi e la loro interpretazione sono rivestite di un carattere arcano e costituiscono una specie di sfera inattuabile e inoppugnabile a cui bisogna rivolgersi col massimo riguardo e ubbidire ciecamente. Le formule giuridiche sono espresse in forma sacra, solenne e severa e sono contemporaneamente oggetto di stretta osservanza e di grande paura. È soprattutto la giurisprudenza romana, secondo Vico, ad assumere questo carattere di estrema rigidità». Così G. A. ARENA, *Paura e violenza in Vico e Sorel*, in D. PASINI A cura di, *La paura e la città*, Vol. II, Roma 1984, 156. Sul tema si veda anche D. PASINI, *Il diritto della violenza in Vico*, in *Giornale di Metafisica*, n. 1/1979, 479 ss.

una visione puramente formalistica e prova a leggere gli sviluppi politici in diretta correlazione con le dinamiche sociali che li ispirano e li riempiono di senso. Proprio in ragione di questa metodologia, Vico ritiene che il periodo monarchico sia in realtà da considerare appunto una repubblica aristocratica, con una precisa ripartizione del potere in capo a ristretti gruppi familiari (forse meglio tribali) e con l'esclusione dalla vita politica della "plebe". In questo contesto, gli antichi *reges sacrorum* non erano altro che magistrati, chiamati ad esercitare una *potestas* in nome e per conto dei patrizi. Questa prima società romana vive immersa nel conflitto tra tale gruppo dominante e la parte dominata (i plebei appunto). La struttura delle *gentes*, costruita intorno al matrimonio, al culto religioso e al culto dei morti, è il primo fondamento delle istituzioni politiche, che si dimostra però animato da un carattere propriamente escludente. Chi è fuori da queste strutture non partecipa alla vita civile, non possiede quelli che oggi chiameremmo "diritti politici", soprattutto è fuori dalle garanzie di sicurezza e stabilità che le istituzioni assicurano. L'evoluzione verso la repubblica popolare, quindi verso una forma di partecipazione generalizzata all'organizzazione politica, si genera proprio in un movimento di rivendicazione, cioè nel desiderio e nella volontà della plebe di essere integrata nel sistema politico dei patrizi. Le "due Rome", come le chiama Vico, vivono questo dinamismo conflittuale: «la libertà signorile e non quella popolare rappresenta lo scopo dei re prima e dei consoli dopo. La grandezza di Roma è stata per intero edificata e resa possibile grazie all'oppressione che i patrizi esercitarono sulla plebe. Fu questa "la natura di quella società"»¹⁸⁷. La mutazione dello Stato è allora diretta conseguenza di questo dinamismo conflittuale che si sviluppa secondo una linea di umanizzazione, cioè di miglioramento dei costumi e di integrazione delle fasce di popolazione escluse all'interno del sistema politico. Il cambio di regime è allora insito in questo ribaltamento dei rapporti sociali. Ma qui gli sviluppi si fanno ancora più interessanti. La forma di governo popolare che si impone a seguito di questo mutamento è a sua volta posta in una dinamica evolutiva. La repubblica che nasce dagli sconvolgimenti del modello aristocratico corre comunque il rischio di degenerare a difesa degli interessi dei pochi. Ed ecco allora che si arriva al regime monarchico (nella cronologia romana il dominato augusteo), che nella visione vichiana non si oppone alla repubblica popolare, ma ne è la specifica evoluzione, essendo un modello di garanzia ulteriore e più forte degli interessi popolari rispetto al privilegio dei pochi. Il sovrano è strumento di tutela delle istanze popolari ed esprime dunque un potere che è di per sé "umanizzante". Infatti, «la monarchia più che essere una nuova forma di governo appare, nella ricostruzione vichiana, un rimedio dentro il medesimo ordinamento

¹⁸⁷ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 290.

popolare»¹⁸⁸. In qualche modo, la monarchia si può configurare come una vera e propria democrazia protetta, potendosi dunque ricomprendere nell'ambito dei "governi umani", come Vico li chiama, opposti ai "governi eroici", che appunto vivono la supremazia di un ceto su un altro.

Il modello qui sintetizzato fornisce un'inedita prospettiva di analisi delle formule di costruzione dell'ordinamento. Storicamente la progressione vichiana tiene e si ripresenta, in realtà, pur con forme diverse, in sviluppi successivi della modernità. Pensiamo alla Francia rivoluzionaria, che dopo il 1789 sembra vivere proprio la dinamica di passaggio dalla repubblica popolare, che presto degenera nel Terrore, alla monarchia napoleonica, che viene instaurata proprio nel nome di libertà, uguaglianza e fratellanza, in una continuità filosofico-politica che fa davvero riflettere. Molti si sono certo chiesti se questa tripartizione tra aristocrazia, repubblica e monarchia non possa poi essere semplificata in un binomio tra governi eroici e governi umani, di cui poi lo stesso filosofo napoletano parla. Qui però il problema riguarderebbe la possibile progressione. È come se il passaggio da aristocrazia a repubblica fosse in qualche modo irreversibile e le dinamiche successive non possano che aversi in un diverso grado di "protezione" a cui la democrazia può essere ricondotta. I governi umani sono dunque in qualche modo un'acquisizione stabile (o almeno più stabile di quelli eroici), tale per cui con più difficoltà si può invertire il percorso. Vi è in questo quasi un assaggio dell'argomento di Fukuyama sulla fine della storia, pur anticipato di un paio di secoli. Certo c'è l'idea che i governi eroici rispondano alla fine a logiche diseguali, se non alla vera e propria sopraffazione, che partoriscono quindi il senso di rivendicazione di una parte sull'altra e quindi la spinta al ribaltamento del sistema di potere. Nel governo umano questa tensione è affievolita, anche se esistente. E qui veniamo al cuore della questione. Dice Azzariti, «rispetto alle teorie contrattualiste, per Vico la ragione della nascita della società civile non è dunque da individuare in una convenienza individuale (la tutela della vita come in Hobbes, la salvaguardia dei beni essenziali come in Locke), bensì nella lotta per i diritti di chi ne è privo. È il conflitto tra le classi, tra patrizi e plebei, all'origine della società civile»¹⁸⁹. Questo moto di dignità segna la speculazione vichiana sull'evoluzione delle forme di governo. Quasi il movimento rispondesse all'hegeliana dialettica tra servo e padrone, che per naturale conformazione (per Marx in realtà solo con un atto violento) ribalta i rapporti di forza e colloca lo schiavo in posizione dominante. Ecco, la dignità è proprio questo innato sentimento che spinge

¹⁸⁸ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 291.

¹⁸⁹ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 295.

l'uomo a sottrarsi alla schiavitù¹⁹⁰. La dignità però nasce in questo ambito conflittuale, antagonista lo definisce Azzariti, che innanzitutto proviene dall'istanza collettiva popolare (e che dunque con difficoltà può essere incasellata dal principe, come vorrebbe Machiavelli), ma che soprattutto si esprime in uno scontro che non è filosofico e valoriale ma materiale e reale. Vico non muove la sua speculazione con l'idea di spiegare a priori come si debbano realizzare le formule del governo. Egli estrapola dall'archetipo romano una specifica legge interpretativa del cambiamento, una regola del mutamento che possa sempre applicarsi storicamente e che non postula una tesi. Determina al contrario l'esistenza di una forza oppositiva ai sistemi di potere, che è forza in lotta e materialmente manifestata, che quei sistemi può modificare. Non sempre, non in maniera predeterminata, non secondo schemi predefiniti. Ma agisce come elemento oppositivo alle contingenze, determina i fatti che spostano le strutture, in sostanza influenza e alimenta la costruzione dello spazio pubblico. Dice il nostro Autore, «la dialettica di Vico si presenta come una teoria generale dell'interpretazione storica, ove la dinamica degli opposti si pone certamente alla base dello sviluppo, ma è l'antitesi più della tesi a muovere al cambiamento. Egli, in sostanza, enfatizza in particolare la funzione antagonistica, contrappositiva, esercitata dalle forze in lotta per i diritti che si pongono alla base del mutamento. [...] Vico riconosce che il corso degli eventi può produrre diverse soluzioni. Il suo metodo dialettico sconta variazioni possibili, mutamenti improvvisi, esiti multipli. La storia, agita dagli uomini tra loro in lotta per la conquista di diritti, può non seguire il corso voluto; il fatto può senz'altro prevalere sul vero»¹⁹¹. Possiamo aggiungere a corollario, allora, che la filosofia vichiana è già su una prospettiva nichilista. Essa, infatti, non guarda all'essenza delle cose, non si pone l'obiettivo di individuare i principi stabili dell'essere, quelli sempre individuabili ed eternamente presenti, bensì cerca la regola del mutamento, si pone sul piano del divenire, vuole estrapolare la deontologia delle forme

¹⁹⁰ In questo senso, «[...] Vico non può ammettere che il fondamento dell'ordine politico, e prima ancora dell'obbligazione politica, sia un *pactum*, una convenzione tra soggetti che regolino razionalmente i propri interessi. Rigettando completamente la grammatica giusnaturalistica moderna, Vico contrappone a patto e contratto un vincolo totalmente diverso, il *foedus*, istitutivo di un rapporto di clientela. Il modello "costituzionale" del *foedus* si fonda su un puntuale presupposto romanistico. Il *foedus* è *inaequale*, nel senso anti-hobbesiano: implica la disparità tra chi accoglie e concede protezione, da una parte, e chi la richiede, dall'altra. Molto stretta appare la connessione tra il *foedus* e la *fides*. Prima ancora che la "fiducia", la *fides*, nel lessico tecnico vichiano, designa proprio la "protezione", il "soccorso", che i forti accordano agli empì, ai rifuggiti, troppo lenti a sortire dallo stato eslege ed esposti ai pericoli mortali di una libertà inferocita, non ancora "ridotta in ufizio" (in-disciplinata). Ne consegue che il *foedus inaequale* derivi proprio dal *recipere in fidem* col quale i futuri clienti vengono integrati nello spazio civico. La loro soggezione è infatti il corrispettivo, severissimo, della protezione di cui godranno. Non è un caso, dunque, che *fides* per Vico sia esplicitamente sinonimo di imperium, di autorità politica e stia all'origine di quel feudo che, coincidendo con la clientela, è il nucleo germinativo delle repubbliche eroiche, ossia delle forme giuridico-politiche allo stato nascente. Pensare una convenzione tra eguali contraddice l'antropologia di fondo del pensiero vichiano». Così L. D'ALESSANDRO, *Genealogie costituzionali. Alcune suggestioni vichiane*, in Rivista AIC, n. 3/2018, 602.

¹⁹¹ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 306.

del progresso nell'ambito delle forme di governo, senza per forza darne un giudizio di valore. In questo davvero Vico è un precursore della modernità.

Ma, ecco, a sfumare l'elemento secolarizzante non c'è solo quella sottesa materialità della filosofia vichiana, ma anche e soprattutto un elemento trascendente e spirituale a cui l'autore napoletano assegna un ruolo non marginale nel contesto che stiamo descrivendo. La divina provvidenza è un attore delle vicende storiche, anzi per Vico la storia va letta come "teologia civile e ragionata della provvidenza divina". E qui Azzariti cerca di sciogliere l'evidente contraddizione che a questo punto sembra palesarsi. L'elemento divino annullerebbe il valore delle regolarità che la speculazione vichiana avrebbe individuato. Non vi è piena libertà né piena materialità in un moto che è ispirato da altro, che ha, potremmo dire, un fondamento che è extra-storico e fuori dalla disponibilità umana. Le regole della storia sarebbero così piegate all'intervento provvidenziale di una volontà superiore e altra; dunque, non sarebbero pienamente libere di realizzarsi. Qui, in realtà, il nostro Autore, sulla linea che fu già di Gramsci, prova a dare una specifica interpretazione della speculazione del napoletano. Dice, infatti, che «per quanto "divina" [...] la provvidenza di Vico non potrà mai essere considerata esterna o estranea alla storia dell'uomo. La natura "sociale" è dichiarata: la provvidenza è proposta come una "teologia civile e ragionata", che opera come criterio di giudizio, senza avere invece una sua autonoma capacità di indirizzare gli avvenimenti che non possono essere da essa creati. Una provvidenza che si manifesta come ragione immanente della storia»¹⁹². Nella sostanza, nella provvidenza non si potrebbe individuare un'ulteriore forza di cambiamento, da affiancare al moto conflittuale per la dignità, quanto piuttosto una nuova regola interpretativa, l'esigenza cioè di leggere la storia come dinamica tra ragione mitica e avvenimenti concreti. La provvidenza è la rappresentazione ideale che l'uomo tenta di costruire. Tale rappresentazione si scontra con gli sviluppi storici, che non possono essere predeterminati e dunque smentiscono o confermano l'idealità presupposta. L'uomo non può sottrarsi all'idea di sviluppare una conoscenza a partire dai fatti storici, che sono l'unica reale, possibile e consapevole acquisizione per esso; questa conoscenza però vive l'opposizione allo sviluppo incontrollato dei fatti, con il rischio che possa essere costantemente falsificata. Ecco, allora, che «la storia creata dagli uomini si mostra come una realizzazione di senso, collegata alla capacità di far valere quei principi che la fantasia dell'interprete ha responsabilmente definito. Ampio risulta dunque lo spazio dell'imprevedibile, ma assai chiari sono anche i confini entro cui si possono dispiegare le leggi ("eterne") del mutamento possibile: entro l'ordine della storia, mai riconducibile al

¹⁹² G. AZZARITI, *ult. cit.*, 308.

separato ordine della natura»¹⁹³. In qualche modo, allora, tale provvidenza diviene in realtà coscienza umana. In particolare, la conoscenza della libertà umana da ogni determinismo. È l'uomo che si riconosce fautore della storia e si prepara a realizzarla secondo uno schema che non può escludere deviazioni e contraddizioni. E così, secondo Azzariti, si spiegherebbe anche la teoria dei ricorsi del filosofo napoletano. L'idea cioè che la storia possa attraversare bruschi momenti di regressione, possa agire di retrospettiva e dunque non segnare sempre l'affermazione della dignità, sta proprio nel contesto più ampio di un'impostazione non deterministica e che ammette comunque avanzamenti e ritorni. In questo senso, anche la barbarie, il ritorno dunque ad uno stato di natura, è sempre una possibilità concreta, anche se non determinata. Infatti, «la teoria dei cicli rende il ricorso possibile, forse probabile, secondo l'ordine del corso delle nazioni, “ma nient'affatto necessario, nient'affatto un cieco destino”. [...] Il ricorso rappresenta sicuramente una sconfitta, segna certamente un regresso, frutto di una decadenza della civiltà che comporta il precipitare della comunità politica in una dimensione barbarica [...]. Una caduta negli inferi potremmo dire. Eppure, anche quest'ultima ipotesi è configurata come un “rimedio”, per quanto “estremo” esso possa apparire»¹⁹⁴. In un certo senso, anche la decadenza è regola della storia umana. L'idea cioè che sia necessario un momento di rinascita e rigenerazione integrale, che faccia da freno alla perdita del senso della dignità, alla perdita della spinta conflittuale, alla retrocessione verso la tutela dei soli interessi individuali o di gruppo. Il rischio della regressione è sempre possibile e sempre in agguato, ma può rappresentare ed essere trasformato in una possibilità di riscatto. La storia appartiene pur sempre all'uomo.

Azzariti ritrova nella filosofia vichiana l'analisi dei fondamenti essenziali della convivenza umana. L'alba della storia si mostra in queste due regole essenziali, la materialità conflittuale come elemento fondante dello spazio pubblico e il rifiuto assoluto di ogni pre-detta determinazione degli accadimenti. Azzariti pone Vico in assoluta opposizione alla filosofia cartesiana e all'illuminismo. Il filosofo napoletano tenta di riaffermare la necessità di un legame stretto con la materialità della storia, fatta di azioni e reazioni, costruita su fatti e avvenimenti, sul conflitto tra idealità e possibilità contingenti. La dignità allora non è tanto principio universale, ma elemento che deve incarnarsi *hic et nunc*. Deve radicarsi e ritrovare quella dimensione che potremmo dichiarare anteica, cioè terrestre, spaziale. Se questo è vero, però, c'è una considerazione che non torna nel ragionamento del nostro Autore. Se ammettiamo che l'impostazione vichiana altro non sia che una

¹⁹³ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 314.

¹⁹⁴ G. AZZARITI, *ult. cit.*, 320.

ricerca delle regole del mutamento, non possiamo logicamente escludere che esse rispondano ad una logica di mera secolarizzazione. La rinuncia al determinismo reca in sé la possibilità, opposta, che lo sforzo umano resti in balia degli eventi. La materialità conflittuale resta in questo senso svincolata da ogni etica, svincolata cioè da ogni retroterra ontologico, con il rischio che la dignità, creata sì nel conflitto, divenga un vuoto fantasma, inafferrabile e in balia del confronto tra forze dominanti. Il rischio è insomma quello di cadere nella medesima trappola nichilista che si sta denunciando e che si vorrebbe superare. Ecco, allora, che forse il riferimento alla provvidenza divina che Vico inserisce nella sua speculazione non è affatto mera regolarità logica, espressione di un'idealità comunque umana, necessaria a esprimere un termine di confronto rispetto a ciò che poi realmente avviene e si manifesta: l'opposizione tra vero e fatto, così vi si riferisce più volte l'Autore. Potrebbe piuttosto essere, invece, che, nel più ampio complesso della sistematica svolta dal napoletano, quel riferimento serva poi ad assicurare il fondamento ontologico retrostante; serva cioè a introdurre un elemento extra-giuridico e trascendente che realizza la volontà di creare uno spazio umano comune, che giustifica la comune coscienza civile di un gruppo umano. La storia vichiana, per quanto segnata dal concetto del ritorno, non si estingue nella circolarità, ma si sviluppa in una spirale orientata in orizzontale, che, pur nelle curve e nei costanti ritorni, continua ad andare avanti, si pone una meta da raggiungere¹⁹⁵. La coscienza umana, che è *ethos* innanzitutto, che è senso di comune giustizia, *Dike*. Le regole del mutamento, che sono conflitto e libertà delle azioni umane, non possono misurarsi se non su un comune spazio di convivenza civile, ispirato ad un'etica condivisa, da una comunanza di intenti, la volontà di conservazione di un gruppo, il senso di appartenenza dello stesso. Senza radicamento, perfino la storia vichiana finisce per rappresentare un mero esercizio di deontologia, il tentativo di esternare regolarità senz'anima, senza retrospettiva.

7. Conclusioni.

¹⁹⁵ Così F. CIOFFI e altri, *Il testo filosofico*, Vol. 2, Trento 2000, 801: «Se Platone immagina che al “vacillare” del mondo abbandonato dagli dei possa porre rimedio solo un nuovo intervento divino, che ne riorienta il corso; e se Bruno confida che il declinare autodistruttivo della storia umana, giunto al suo estremo “asinino”, possa esser volto verso una ripresa di civiltà in virtù dell'azione di “mercurii” inviati dagli dei, quale egli stesso si considera; Vico affida il compito di restaurare la comunicazione tra umano e divino alla legge della provvidenza. In virtù di questa gli uomini, dispersi nelle selve di una nuova barbarie, riacquisteranno la semplicità e la ingenuità “fanciullesca” che già all'origine del corso storico li aveva disposti a credere, sia pur rozamente, alla presenza divina del mondo. La prospettiva di un eterno ritorno di analoghi cicli della “nazioni”, obbligate a riprender contatto col divino attraverso una rigenerazione distruttiva di quanto vi è di più propriamente umano, la ragione e i suoi prodotti, è la chiave esplicativa della vicenda terrestre dell'uomo».

All'esito del ragionamento spiegato in queste pagine, possiamo dire che sussiste al giorno d'oggi una questione esistenziale che investe lo spazio pubblico, inteso quale elemento di organizzazione della società su una piattaforma che sia al contempo ideale (identitaria) e legale. L'antica formula di coesione medievale, fondata sulla prevalenza della teologia, è venuta meno con il passaggio alla modernità. Essa è, innanzitutto, perdita di mediazione, incapacità di sintetizzare le plurali spinte che animano la convivenza umana. La frammentazione sembra declinare in stadi sempre più parcellizzati, concretandosi in formule di censo, di appartenenza territoriale o identitaria e - perfino - individuali. La secolarizzazione è la misura di questa decadenza, in quanto spinta a staccare e dividere le cose dal loro fondamento ideale. E nemmeno il diritto può dirsi esente. Nell'avvento dello Stato moderno non vi è un freno al fenomeno, ma un'accelerazione. La costruzione del monumento allo Stato, come soggetto portatore di sovranità, è l'esaltazione di una sovrastruttura, costruita su disposizioni e norme, sulla fredda funzionalità del diritto. Astrazione allo stato puro. Quel che resta allora non è più spazio pubblico, non è più spazio di condivisione che edifica la comunità, con il diritto in posizione servente, ma un'amorfa area di regolazione dei rapporti, per cui è evidentemente sufficiente la dimensione giuridica privatistica. La storia finisce dunque al trasformarsi della terra in mare. Schmitt scommette in una formula di resistenza, che si manifesta nel dominio del politico, che certo non possiamo definire come identità. È anch'esso una sovrastruttura, pur quando si concretizzi il rischio di affogare nello stato d'eccezione. L'appartenenza non è dato politico, ma comunitario: è questo che nell'emergenza si rafforza e diviene parametro della funzionalità di diritti e doveri, come ben notato dal dibattito americano poco sopra riportato. È quella stessa linea su cui si muove Fukuyama, quando ritrova nella democrazia liberale la formula ultima e definitiva di risoluzione dei conflitti interni al pluralismo e dunque l'unico possibile strumento per tutelare l'esistenza dello spazio pubblico. Ma l'identità non è solo il risultato della composizione dei conflitti. È armonia tra essi. Non rappresenta un dato funzionale, economico o politico, ma un dato spirituale, che non può che prevalere. E qui Huntington vince su Fukuyama: venute meno le ideologie a parlare saranno le identità, da richiamare, però, ad una loro armonia (non per forza scontro, come vorrebbe il professore newyorkese)¹⁹⁶. La riflessione smendiana sul *Verfassung* è in questo davvero attualissima. I piani vanno differenziati e la costituzione

¹⁹⁶ Qui il riferimento è al dibattito acceso dalla pubblicazione, nell'ultimo decennio dello scorso secolo, di due fondamentali scritti di autori americani. Da una parte, F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, 1992, che, nella sostanza, teorizzò il definitivo compiersi nella storia nell'affermazione della democrazia liberale, unico modello capace di sintetizzare il pluralismo; dall'altra, S. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996, che sostiene, al contrario, che il nuovo discrimine del conflitto mondiale si sarebbe stabilito intorno al concetto di identità.

deve servire a tutelare il piano identitario e ad assicurarne la vitalità nel complesso dell'ordinamento giuridico, questo sì politico nei fini e giuridico negli strumenti. Il moderno costituzionalismo di sintesi è proprio questo: incanalare la forza costituente, che è forza dei valori, nelle strette maglie della funzionalità giuridica. Ciò, da un punto di vista strutturale, impone il modello della bilegalità. Da un punto di vista sostanziale, necessita di un apporto di tipo culturale, che cali quelle norme di valore iscritte nelle costituzioni nel complesso meccanismo conflittuale proprio della collettività che si vuole rappresentare. È la profondità storico-materiale dei diritti che ne crea una gerarchia, ne facilita il bilanciamento, ne impone un'interpretazione adatta alla concretezza delle contingenze.

Per fuggire dal presente tramonto, è necessario allora recuperare una dimensione spaziale del diritto, che non cada nel gorgo nichilista. Per farlo ci siamo rimessi a Schmitt per l'analisi fenomenologica e a Smend per la realizzazione in concreto.

Sul primo punto, la rimonta dell'elemento spaziale in Schmitt, ben oltre la sua traccia meramente giuridica, si inserisce e va inquadrato in quel più ampio movimento filosofico novecentesco che, sviluppando una nuova teorica della temporalità, aveva recuperato il valore simbolico della Terra, espressione di cicli e armonie che si susseguono e si realizzano in una costante rigenerazione¹⁹⁷. L'elemento terrestre si pone in una prospettiva metastorica, rilevando la connessione della vita con processi più ampi e al di fuori del tempo. Quel rapporto radicale tra Terra e uomo non si realizza allora in un atto di apprensione, ma in una contemplazione armonica. Assai efficace, in questo senso, l'utilizzo del già citato mito di Anteo, «il gigante figlio di Poseidone e Gaia, invincibile fin quando poggia i piedi sul suolo terrestre, mentre perde le forze non appena viene sollevato da essa»¹⁹⁸. Il rapporto con la Terra assume una dimensione ineliminabile e sacrale, che rimanda ad una appartenenza che non è solo sociale e giuridica, ma etica. Il radicamento del diritto nello spazio allora non si misura solo in termini di forza ordinante e definizione del *limes*, ma come adesione alla dimensione originaria della Terra, allo spirito tellurico che ha dimensione divina.

Siamo andati, in realtà, un po' avanti rispetto all'autore renano, ma ben possiamo dire che questa nuova dimensione riconduce lo spazio al di fuori della logica nichilista. Non è più

¹⁹⁷ G. Sessa propone di contestualizzare le tesi schmittiane attraverso una lettura sintonica proprio sul tema del recupero della Terra con altri due importanti e coevi autori tedeschi, Ernst Jünger e Martin Heidegger. In particolare, il filo rosso è segnato da tre opere dei tre autori, tra loro corrispondenti: *Terra e Mare* di Carl Schmitt (1942), *Al muro del tempo* di Ernst Jünger (1959) e *L'origine dell'opera d'arte* di Martin Heidegger (scritto tra il 1935 e il 1936). Così G. SESSA, *L'eco della Germania segreta*, Milano 2021.

¹⁹⁸ G. SESSA, *ult. cit.*, 78.

elemento di resistenza reazionaria, un mero tirante, comunque funzionale a tenere in piedi l'edificio. Il diritto si lega alla terra "anteicamente" (alla maniera di Anteo), nella necessità cioè di recuperare una dimensione di giustizia "pre-potente" e "pre-posta", spirituale e originaria, essa pure destinale e sempre possibile. Il legame con la terra non può che essere ontologico e dunque anti-nichilista.

Ecco allora che il diritto non può fare a meno di rivendicare una sua dimensione costituzionale (nel senso prima detto di *Verfassung*), che è radicamento e legame, coesione comunitaria e contrasto alla frantumazione, certo anche limite e garanzia. Ciò implica il ripensamento dello spazio giuridico secondo canoni qualitativi non funzionali alla secolarizzazione, ma adeguati a bilanciare in armonia la dimensione individuale e quella collettiva. Soprattutto ciò implica che la costituzione assorba il substrato valoriale della comunità, nella formula conflittuale, e che essa posseda strumenti per uniformare il complesso legale sottostante alle linee valoriali espresse dall'atto giuridico fondativo. Sta al diritto pubblico curare non solo la fase del preesistente assorbimento valoriale, ma anche (e direi soprattutto) quella del successivo momento di integrazione (così lo avrebbe definito Smend). Quella integrazione che in quasi tutti i sistemi europei è oggi affidata ad una Corte costituzionale, kelseniana di nascita certo, ma oggi unico valido strumento per la realizzazione di un'autentica *Verfassung*. Ecco, nel senso che abbiamo detto, la grande sfida del giurista moderno consisterà, forse, nel trovare il modo migliore di tenere Anteo con i piedi ben ancorati a terra.

Parte II

Dinamica applicata

1. La dimensione pubblica dello spazio giuridico europeo.

Il discorso sull'origine è in buona sostanza dialettica dell'essenziale. Impone in maniera incalzante e inarrestabile il taglio netto dei ricami a margine e così suggerisce i più arcaici e spaventosi quesiti, quelli dalla cui risposta dipende la tenuta o meno di complesse impalcature, a volte vecchie di secoli. Ma a tale potenziale forza distruttiva si affianca anche una necessaria spinta costitutiva. Svolgimento ragionevole dell'essenziale è l'affermazione di una deontologia rinnovata e forse più rassicurante, perché più visibile è la linea diretta che ne riconduce i riflessi alla fonte prima. Una responsabilità certo, ma forse anche un metodo. È espressione tipica della tradizione giuridica tedesca quella formula d'analisi che parte da una ricognizione critica degli elementi di principio per proseguire con un successivo momento di messa a terra, di applicazione pratica¹⁹⁹. Ed è proprio imitando questo approccio che si proverà a calare le acquisizioni generali di un discorso sugli elementi fondativi dello spazio pubblico, almeno nella sua versione europea e occidentale, su uno dei più significativi esempi di moderna costruzione dello stesso, l'Unione europea.

Il raffronto presenta chiaramente dei nodi critici, soprattutto perché, a guardar bene, non è affatto fuori di dubbio che lo spazio nato dal processo di integrazione degli Stati europei abbia realmente una natura pubblicistica. Non può negarsi, infatti, l'esistenza nel sistema eurounitario dell'essenziale discrasia tra un'istanza politica fondativa (Ventotene 1941²⁰⁰), che nel tempo si è rafforzata intorno alla concreta enumerazione di uno strutturato sistema di valori e principi (art. 2 del TUE e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata nel 2000), e la costruzione istituzionale e ordinamentale comune,

¹⁹⁹ Qui il riferimento va certo alla scuola pandettistica tedesca, sviluppata sulla scorta dello storicismo di Friedrich Carl von Savigny dai maggiori discepoli di quest'ultimo, tra cui Puchta, Windscheid, Regelsberger e Dernburg. Con l'obiettivo di riorganizzare e sistematizzare il materiale giuridico romanistico e dar vita così da un diritto proprio della nazione tedesca, i detti giuristi procedettero ad un lavoro di concettualizzazione giuridica, attenti a definire strumenti sostanziali e metodologici utili a dare un impianto scientifico agli studi del diritto. Il concettualismo diviene da allora (siamo nei primi decenni dell'Ottocento) il carattere distintivo della scienza giuridica tedesca (si parla di *Begriffsjurisprudenz*, cioè di giurisprudenza dei concetti), tanto che influenzerà profondamente l'impianto delle codificazioni nate in Germania su quella tradizione (tra tutti, il *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1900). Su questo si veda R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992, 238 ss. e V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino 2010, 148 ss.

²⁰⁰ Il riferimento è qui al libello dal titolo "*Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto*" scritto da Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi nel 1941 durante il periodo di confinamento forzato presso l'isola di Ventotene (da qui meglio conosciuto come Manifesto di Ventotene). La pubblicazione clandestina del testo risale al 1944 ad opera di Eugenio Colorni, che lo inserì in un più ampio volume dedicato agli scritti di Spinelli sulla causa federalista europea.

lungamente ispirata ad una logica essenzialmente funzionalista e comunque sempre a tendente prevalenza intergovernativa. In buona sostanza, pur avendo al fondo una innegabile spinta valoriale collettiva, gli strumenti giuridici scelti per avviare l'integrazione hanno avuto la sembianza di intese tra Stati ed è a quelle singole soggettività che nel bene o nel male deve farsi riferimento, anche dopo Lisbona. Questo dato pone allora un problema di individuazione di una vera e propria soggettività politica esclusiva per l'Europa. La questione non è di poco momento. Riprendendo le concettualità affrontate nella prima parte di questo lavoro, la natura pubblica di uno spazio giuridico si fonda sulla possibilità di individuare un elemento di ancoraggio politico per la sovrastruttura ordinamentale. Elemento politico che incontra bilanciamento e limite nella procedura, ma che soprattutto va a sua volta recuperato e conformato al nucleo essenziale dei valori della comunità, al senso di giustizia, alla fondativa *δίκη*. I piani sono allora tre, uno valoriale e due strumentali; sulla loro coesistenza si fonda il modello della *Verfassung*. Ciò che va compreso è se questo complesso modello si riscontri anche nell'ordinamento-ordine eurounitario, in maniera tale da fargli acquisire un'autonomia ed esclusività che sia rilevante dal punto di vista giuspubblicistico. In questo senso, discriminare fondamentale è la circostanza che l'ordinamento europeo possa autonomamente esprimere un proprio specifico indirizzo politico; ancor più, stabilire in che modo esso si ponga in relazione con gli specifici indirizzi politici, costituzionali e maggioritari dei singoli Stati membri.

Su questa linea, un primo elemento da sottolineare nella nostra ricostruzione è di natura storico-politica. L'integrazione europea nasce all'ultimo stadio del tramonto dello spazio pubblico europeo. La tendenza nichilista ha travolto la dimensione valoriale, sostituendola con la dimensione politica; ha poi decostruito il primato della politica sostituendolo con il primato della tecnica. Una scomposizione che Mario Dogliani ricostruisce in forma circolare: « [...] si potrebbe dire che: a) dopo il periodo in cui il potere politico si svolgeva nella cornice e nell'ambito di senso offerti dal potere culturale inteso in senso lato (il medioevo); b) e dopo che il potere politico ha cercato con successo di affrancarsi da tale potere culturale, fondandosi su risorse diverse che via via ha capitalizzato: prima l'intrinseco potere derivante dalla burocratizzazione dell'esercito e delle finanze, poi il sostegno attivo del nuovo potere industriale e finanziario (il tardo rinascimento e il periodo liberale); c) si è verificata una breve parentesi (quella della democrazia dello Stato pluriclasse) in cui il potere politico ha cercato di fondarsi su una propria, separata, risorsa: l'organizzazione e la mobilitazione dei cittadini in quanto "numero". Questo periodo sembra essere finito. Lo Stato vive di nuove cornici di "compatibilità" che appaiono incommensurabili al suo potere, e che per questo tendono ad essere presentate, di nuovo,

come aventi una natura “extra-sociale”. Ma a differenza del tardo medioevo e del rinascimento (i periodi frequentemente evocati come esempio degli aspetti politici fluidi cui si starebbe ritornando a causa dell’evaporazione di segmenti significativi della sovranità statale), questa cornice di vincoli “extra-sociali” non è più solo culturale, ma è anche economica. Gli europei che si sentivano liberi perché i loro campi venivano bagnati dalla pioggia che scende dal cielo, e non dall’acqua portata dai canali fatti scavare dal faraone e amministrati dai suoi sacerdoti, vivono oggi una situazione ambigua, perché non è chiaro se la globalizzazione sia la forma della nuova pioggia oppure del nuovo faraone, ma in ogni caso sanno di aver perso la possibilità stessa di poter fruire di quel tipo di organizzazione della libertà che era lo Stato moderno»²⁰¹. Lo Stato è lo strumento che la politica sceglie per emanciparsi dalla cultura (direi meglio dalla religione) con la svolta della modernità. Ma con la vittoria della tecnica (della spinta economica), la politica torna ad essere in uno stato di subordinazione. Ecco, il progetto europeo nasce sull’onda terminale di questo movimento. Dogliani indica nello Stato pluriclasse di invenzione gianniniana²⁰² (frutto di quello che abbiamo chiamato “costituzionalismo di sintesi”) l’ultimo tentativo di lasciar spazio alla politica nel discorso pubblico, oramai divenuto plurale. Nelle costituzioni rigide del secondo dopoguerra appare chiara la volontà di tutelare l’istanza politica, evitando però che essa possa strabordare in forme totalizzanti. La prima Europa, quella che viene fuori dai Trattati di Roma del 1957, risponde a quella logica. Ciò che creano il primo nucleo di Stati fondatori (Germania e Francia in particolare, insieme a Italia, Belgio, Paesi bassi e Lussemburgo) è propriamente un insieme di entità terze e di garanzia, chiamato a vigilare su specifici processi di integrazione economica (la CECA per la produzione di carbone e acciaio, la CEE per le relazioni commerciali e la CEEA per la cooperazione in ambito nucleare). La forza valoriale dell’integrazione, a quel tempo ispirata soprattutto ad un ideale di pacificazione continentale²⁰³, stette subordinata ad una forma lenta e funzionale di cooperazione

²⁰¹ Così M. DOGLIANI, *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in S. CASSESE – G. GUARINO A cura di, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano 2000, 70.

²⁰² Il riferimento è a M. S. GIANNINI, *Costituzione e Stato pluriclasse*, Intervista a cura di D. Corradini (1980), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano 2005, 455-456. Si veda anche del medesimo autore M. S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse* (1979), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano 2005. Per un approfondimento della nozione di “classe” negli studi di GIANNINI si veda G. GUARINO, «Classi» e «gruppi» nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano 1988 e G. FERRARA, *Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve»*, in S. CASSESE - G. GUARINO A cura di, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano 2000.

²⁰³ Calzante in questo la constatazione di Sergio Fabbrini, che individua quale obiettivo prioritario delle élite nazionali che promossero l’integrazione quello di «dare vita ad un patto per la pace tra paesi storicamente belligeranti, un patto che si sarebbe rivelato tanto più solido quanto più fosse stato sostenuto da una crescita economica diffusa. La pace e il benessere furono visti (da uomini come Robert Schuman, Alcide De Gasperi e Konrad Adenauer) come le condizioni per smorzare gli istinti bellicosi del nazionalismo e per consolidare le nuove democrazie costituzionali emerse sulla sconfitta di quest’ultimo. La modernizzazione economica

rafforzata, di cui i protagonisti restavano comunque gli Stati e solo indirettamente i cittadini. Il riferimento storico era lo *Zollverein* tedesco dell'Ottocento, cioè quell'unione doganale entrata in vigore nel 1834 che aveva favorito lo scambio commerciale tra i 39 stati che formavano l'allora Confederazione tedesca. Ci ricorda, infatti, Mario Patrono che «lo *Zollverein* aveva [...] rivelato la capacità di trascinare gli stati e staterelli che allora si spartivano il territorio dell'odierna Germania sin quasi al traguardo dell'unificazione politica. [...] Il precedente dello *Zollverein*, in altre parole, convinceva i “funzionalisti” che alla meta dell'unità europea era possibile pervenire adoperando come fattore di spinta necessario - ma non sufficiente - la forma di un'unione doganale allargata a tutto il campo della produzione», purché vi si fossero aggiunti - a correzione del precedente tedesco - «appropriati agenti di potenziamento in grado di sviluppare *spill-overs*»²⁰⁴. Questa osservazione di carattere storico è di grande interesse, perché introduce il senso di un primo sdoppiamento, che poi rimarrà insito nella struttura eurounitaria. Il passo primario per legare insieme gli Stati europei deve essere economico, perché l'integrazione economica genera interessi comuni che la struttura istituzionale può suggellare. È la teoria di Fukuyama sulla fiducia delle nazioni, che secondo il politologo statunitense può nascere solo da una o due fonti: una culturale «e in essa la fiducia deriva da valori, tradizioni e storia comuni: in tutte le società, la fiducia prima si stabilisce all'interno della famiglia, poi lentamente si irradia attraverso un più largo spettro sociale»; una di interessi comuni, che sono «il fondamento della moderna integrazione economica»²⁰⁵. Chiosa allora lo stesso Patrono, «nel Trattato di Roma a parer mio si è voluto combinare, andando a sommarle e a miscelarle sapientemente, la fiducia tra i popoli “europei” fondata su affinità culturali e su storia comune, e la fiducia - più impersonale – fondata sui comuni interessi economici e su analoghe istituzioni liberal-democratiche. Questa mescolanza, destinata a funzionare un po' come carburante nel processo integrativo, era preordinata a condurre gradatamente - con l'aiuto di un complesso rotismo istituzionale [...] - verso l'unità politica europea»²⁰⁶.

Proseguendo sulla linea di Dogliani, possiamo dire che sarà però solo la spinta globale a cambiare realmente le cose²⁰⁷. Il passaggio dalle su menzionate organizzazioni internazionali ad una vera e propria *State-like entity* è infatti ricondotto da Cannizzaro a

era diventata la condizione della democratizzazione politica» Così S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Roma-Bari 2017, 24.

²⁰⁴ Vedi M. PATRONO, *Diritto dell'integrazione europea. Volume I*, Padova 2013, 83-84.

²⁰⁵ Così F. FUKUYAMA, *La fiducia delle nazioni*, in *Corriere della Sera*, 5 agosto 2007.

²⁰⁶ M. PATRONO, *ult. cit.*, 85.

²⁰⁷ Interessante, in questo senso, l'affermazione che fa sua M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, Torino 2022, riprendendo le teorie di G. PITRUZZELLA, secondo cui «il processo di integrazione europea (nel contesto, peraltro, del più generale processo di globalizzazione dell'economia) abbia contribuito a rendere centrale nel discorso giuridico, persino costituzionale, la logica del mercato».

due momenti essenziali²⁰⁸: (1) l'istituzione nel 1993, ad opera del Trattato di Maastricht, dell'Unione europea, come "contenitore" di varie forme di integrazione economica, quali, oltre alle tre iniziali già menzionate, quella in tema di giustizia e affari interni e quella nel campo della politica estera e di sicurezza comune; (2) la convulsa e controversa fase che porterà alla firma nel 2007 del Trattato di Lisbona, che ha abrogato i vecchi trattati istitutivi delle comunità economiche costruendo un sistema unitario e organico volto a razionalizzare il processo di integrazione e dotato di una vincolante carta dei valori, quella firmata a Nizza nel 2000, definitivamente inglobata nell'ordinamento eurounitario. È questa seconda Europa che possiamo definire "entità sovranazionale", un neologismo che «indica intuitivamente proprio l'esistenza di una forma particolarmente evoluta di organizzazione, in un certo senso intermedia fra l'esperienza delle organizzazioni internazionali e le forme di aggregazione di Stati su base federale. A differenza delle classiche forme di organizzazione internazionale, che si limitano, in genere, al coordinamento delle attività dei loro Stati membri, essa esercita funzioni tipicamente assegnate agli Stati attraverso un proprio apparato istituzionale e normativo, e sulla base di un proprio sistema di valori e interessi fondamentali. A differenza di uno Stato federale, però, essa non dispone di tutte le prerogative della sovranità e, in particolare, dei mezzi necessari per portare ad esecuzione le proprie determinazioni»²⁰⁹. Da questo possono derivare due constatazioni. Innanzitutto, mentre la prima formula di integrazione (quella del 1957, per intenderci) di certo non possiede un tono costituzionale, volendo costruire un mero spazio giuridico di rapporti essenzialmente economico-commerciali, che non cancellò dunque i vincoli statali presupposti, la seconda formula (quella che trova compimento nel 2007) in realtà costruisce un vero e proprio ordinamento-ordine, con le sue istituzioni, le sue norme e perfino il suo portato valoriale. Nel primo caso l'ordinamento europeo (comunitario, a dirla meglio) non esprimeva un indirizzo politico con una propria autonomia, ma era il veicolo di quelli dei singoli Stati contraenti ovvero il collettore sintetico di questi; nel secondo caso sembra piuttosto che esistano tutte le condizioni perché tale indirizzo autonomo possa crearsi, perfino imponendosi su quello proprio dei singoli membri. E qui arriva la seconda osservazione. Questo secondo indirizzo politico in realtà si sdoppia, come avviene all'interno dell'ordinamento nazionale²¹⁰. Da una parte, il complesso dei trattati fondativi che, proprio perché connaturati da uno specifico tono valoriale (abbiamo parlato prima dell'art. 2 TUE e della

²⁰⁸ E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino 2018, 2 ss.

²⁰⁹ E. CANNIZZARO, *ult. cit.*, 6. Sul significato del termine "sovranazionalità" nel contesto della globalizzazione si veda anche M. RAVERAIRA, *Sovranazionalità vs sovranità (e viceversa)*, in Studi in onore di Franco Modugno, Napoli 2011, 2759 ss.

²¹⁰ Il riferimento è qui alle teorie di Carlo MEZZANOTTE, già richiamate nel precedente capitolo.

Carta di Nizza), sono espressivi di un autonomo e strutturato indirizzo politico, che appare a tutti gli effetti cogente per i singoli membri dato il contenuto dell'art. 7 TUE; dall'altra, il vero e proprio portato normativo europeo, espresso nel complesso di fonti che gli stessi trattati costituiscono e proceduralizzano, e che esprime e coagula una volontà propriamente intergovernativa (fatta valere dal Consiglio dell'Unione) ed una propriamente sovranazionale (fatta valere dalla Commissione e dal Parlamento). Ma, se questa ricostruzione è vera, in che rapporto si pongono tali due forme di indirizzo propriamente politico con quelle che arrivano dai singoli Stati membri?

La prima dimensione di indirizzo politico che abbiamo descritto potremmo definirla "convenzionale", perché espressione di un portato valoriale contenuto in via fondativa nei trattati istitutivi. In particolare, espressione evidente di tale portato sono i dodici valori espressi dall'articolo 2 TUE - un numero che, come sottolineato da alcuni autori, richiama note simbologie della tradizione giudaico-cristiana²¹¹ -, che così recita:

«L'Unione si fonda sui valori del rispetto (1) della dignità umana, (2) della libertà, (3) della democrazia, (4) dell'uguaglianza, (5) dello Stato di diritto e (6) del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti di persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata (7) dal pluralismo, (8) dalla non discriminazione, (9) dalla tolleranza, (10) dalla giustizia, (11) dalla solidarietà e (12) dalla parità tra donne e uomini» [*elenco numerico aggiunto*].

Nel successivo articolo 3 TUE troviamo poi dei principi di tipo programmatico, chiamati ad ispirare teleologicamente l'ordinamento eurounitario. In particolare, all'Unione spetta di promuovere la pace, i suoi valori (quelli appunto dell'art. 2 TUE) e il benessere dei suoi popoli (declinato al plurale nel testo). Ancora, l'Unione offre uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, economicamente orientato ad un'economia sociale di mercato. L'azione economica deve essere finalizzata a raggiungere la piena occupazione e il progresso sociale, combattendo esclusione e discriminazioni. Persegue la solidarietà tra Stati membri (anche qui il testo guarda agli Stati e non ai cittadini) e tutela e sviluppa il patrimonio culturale europeo nel rispetto delle sue diversità culturali e linguistiche. L'Unione si realizza poi anche in uno spazio comune monetario. Da ultimo, la medesima disposizione impone all'Unione di affermare e promuovere tali valori e i propri interessi "nelle relazioni con il resto del mondo". In buona sostanza, ad un primo articolo 2 in cui si esprime il *datum* valoriale dell'Unione segue una disposizione di indirizzo sostanziale,

²¹¹ Il riferimento è all'ultimo libro dell'autore tedesco, A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Heidelberg 2022

che nel dettaglio esprime i fini di questo nuovo ordinamento e in parte indica gli strumenti utili a realizzarli.

Mentre però queste due prime disposizioni sembrano ancora parlare il linguaggio dell'intergovernatività, in un precario equilibrio lessicale in cui si prova a vestire di valori la fredda struttura, di tutt'altra pasta è il successivo articolo 6 TUE, che integra nel Trattato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella versione firmata nel 2000 e riadattata poi nel 2007. Ad essa viene concesso «lo stesso valore giuridico dei trattati»²¹². Un testo questo che ha tutti i caratteri propri delle carte dei diritti e al quale dunque non può non riconoscersi una dimensione costitutiva. Tanto è vero che proprio la presenza di questa disposizione nel Trattato di Lisbona portò la maggioritaria dottrina giuridica ad esultare per la definitiva sanzione della natura costituzionale dell'ordinamento europeo, trasfigurato, anche in ragione di questo, in autonomo e prevalente rispetto agli ordinamenti dei singoli Stati nazionali. Ben lo dice Manzella quando afferma che «la portata della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea] è stata infatti già comunemente percepita, nei consensi e ancor più nelle contestazioni, nel suo valore di modello, sociale e morale: come vera Carta di identità europea. Un'identità che trascende le singole posizioni individuali per diventare cifra collettiva di un documento di senso costituzionale»²¹³. Ancora, già «la “proclamazione” della Carta a Nizza ha significato, nella sua fine sostanza, la proclamazione dell'autonomia costituzionale dell'Unione. Vi è stato infatti il superamento della [precedente] impostazione della tutela dei diritti, compiuto finora [...] per segmenti, rinvii, citazioni sulla base di fonti esterne all'ordinamento dell'Unione. E questo superamento è avvenuto con il riconoscimento [...] di una carta di codificazione, elaborata autonomamente con una procedura tutta interna all'ordinamento dell'Unione come atto, insomma di sostanza costituzionale e non di natura pattizia»²¹⁴. Il dato è interessante, perché il tono costituzionale della Carta è dedotto dalle modalità della sua formulazione, affidata ad una Convenzione europea, composta da membri del Parlamento europeo e dei singoli parlamenti nazionali degli Stati membri, da rappresentanti dei governi nazionali e della Commissione europea, il tutto presieduto dal politico e giurista tedesco Roman Herzog. Su mandato del Consiglio europeo riunitosi a Colonia nel giugno 1999, la Convenzione lavorerà alla bozza dal dicembre dello stesso anno sino all'ottobre del 2000. Nello stesso anno sarà poi approvata dal Consiglio europeo e dal Parlamento, per entrare in vigore solo con la firma del Trattato di Lisbona (siamo

²¹² Così l'art. 6.1 TUE

²¹³ A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti “proclamata”*, in L. S. ROSSI A cura di, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano 2002, 241

²¹⁴ A. MANZELLA, *ult. cit.*, 241

nel 2007)²¹⁵. Ancora, la Carta in un certo senso recepisce l'orientamento espresso negli anni dalla Corte di giustizia dell'Unione, che aveva già ricondotto la tutela dei diritti fondamentali tra i principi del diritto comunitario con la risalente sentenza *Stauder* del 1969²¹⁶. Linea poi confermata con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970²¹⁷, in cui la Corte di Lussemburgo indica per la prima volta la fonte per la determinazione di tali diritti nelle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri". Ancora, da citare la sentenza *Hauer* del 1979²¹⁸, in cui la Corte recupera la necessaria garanzia del diritto di proprietà dalla formulazione che ne fa il protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel tempo, insomma, la giurisprudenza della Corte di giustizia inverte il principio di garanzia dei diritti fondamentali, ritenuto fondativo per l'ordinamento europeo, attraverso la definizione e l'enumerazione dei diritti stessi, recuperati da fonti esterne, che siano le costituzioni degli Stati membri ovvero le convenzioni internazionali di cui questi stessi Stati sono firmatari, come anche, ulteriormente, dal serrato dialogo con i tribunali costituzionali e in particolare con le Corti

²¹⁵ Su una posizione critica al tema si attesta invece la riflessione di Claudio De Fiore, il quale arriva con chiarezza ad affermare che «l'evocazione di una "costituzione senza popolo" è un'astrazione dietro la quale si è in questi anni trincerato il funzionalismo europeo particolarmente attento ad evitare ogni sorta di contatto fra istanze democratiche e processo comunitario, tra strategie tecnocratiche e decisione popolare, tra la "luce del giorno" e "l'oscurantismo della logica economicista". Una strategia che - a partire perlomeno da Maastricht - ha pervaso profondamente l'azione e lo stesso modo d'essere delle burocrazie governative e comunitarie sfociando in quel perverso "mix di minimalismo politico e massimalismo giuridico" che ha in questi anni contribuito a far deragliare ogni ambizioso tentativo di fare dell'Europa uno spazio politico e una matura realtà costituente. D'altronde un processo costituente per poter agire storicamente ha sempre avuto bisogno di incunarsi in un mito ordinante, in istanze fondative, in un progetto politico di società» (così C. DE FIORES, *L'Europa smarrita. Dalla Costituzione-Trattato al Trattato senza Costituzione*, in A. CANTARO, *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino 2010, 131). La gravità di questo assunto è ancor più evidente quando se ne realizza la conseguenza immediata. L'Europa, per come l'abbiamo pensata in questo sessant'anni, rischia in realtà di deragliare dalla retta strada di un'integrazione veramente "costituzionale", per affermarsi, invece, quale modelli di quello che Balibar ha chiamato un "mondo senza sovranità" (così E. BALIBAR, *Una cittadinanza senza Comunità?*, in E. BALIBAR, *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo Stato, il popolo*, Roma 2004. Si veda anche dello stesso autore E. BALIBAR, *La forma nazione: storia e ideologia*, in E. BALIBAR - I. WALLERSTEIN, *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, Roma 1991). Continua De Fiore, «da questione europea assume, infatti, [...] il significato inequivocabile di una vera e propria rivincita della norma sulla sovranità e del diritto sulla democrazia. Istanze, queste, a lungo perseguite dalla cultura liberale novecentesca e, in particolar modo, dalla "rivoluzione" kelseniana e che sembrerebbero oggi trovare la loro sponda proprio all'interno del processo di integrazione europea. Ma [...] la rigorosa applicazione del kelsenismo [...] è destinata alla lunga a produrre effetti gravemente distorsivi sulla tenuta complessiva dell'ordinamento, trascinando fatalmente la costruzione dell'unità europea in un vicolo cieco» (così C. DE FIORES, *ult. cit.*, 142). È questo contro questo nichilismo in atto che bisogna recuperare la narrazione schmittiana, nel senso che abbiamo provato a descrivere nella prima parte di questo lavoro: «a fronte del processo di integrazione comunitaria, la critica del kelsenismo sviluppata nella prima metà del Novecento da Carl Schmitt ed Hermann Heller torna così di straordinaria attualità per ricordarci ancora una volta che "può essere sovrano soltanto qualcosa di concretamente esistente, non una norma che è semplicemente vigente"» (così C. DE FIORES, *ult. cit.*, 143).

²¹⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 12 novembre 1969, pronunciata nella causa *Erich Stauder contro Stadt Ulm - Sozialamt*.

²¹⁷ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 17 dicembre 1970, pronunciata nella causa *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

²¹⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 13 dicembre 1979, pronunciata nella causa *Liselotte Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*.

italiana e tedesca²¹⁹. Ecco allora che il tono costituzionale della Carta si risolverebbe nel fatto di essere l'esito di una spinta quasi connaturale allo sviluppo di questo nuovo ordinamento e in qualche modo funzionale alla sua trasformazione da mero spazio giuridico di rilevanza internazionale a spazio sovranazionale, fortemente orientato ad ottenere un'autonomia di natura pubblica. Se questo dato risponde certo a ragioni di verità, contribuendo a descrivere un quadro complessivo che restituisce certo l'esistenza di un nucleo fondativo valoriale e di diritti che sembra dare autonomia costituzionale all'ordinamento eurocomunitario, ci sembra però che siano presenti ulteriori elementi da aggiungere alla valutazione, sintomatici di quella ineliminata natura intergovernativa della costruzione europea, che rimane, al di là di tutto, l'ostacolo più grande al riconoscimento della totale autonomia costituzionale del modello. Per quanto il complesso di disposizioni del Trattato appena ricordate esprimano certo un autonomo indirizzo politico, capace di costringere alla conformità le fonti primarie dell'ordinamento eurocomunitario, bisogna comprendere se esso riesca ad esprimere quel sostanziale nucleo fondativo della comunità europea, l'istanza identitaria propria dell'Unione, o se tale elemento valoriale sia in verità privo di autonomia, vivendo della necessaria legittimazione proveniente dai singoli nuclei identitari dei Stati membri. C'è insomma da chiedersi se quelli europei siano i valori ultimi ovvero se vadano comunque letti alla luce delle soggettività costituzionali dei singoli Stati membri.

Dalla lettura delle disposizioni del Trattato in realtà qualche dubbio viene. Infatti, ad ognuna delle disposizioni qui citate, fa da contraltare un ulteriore dispositivo, che sembra voler ricondurre lo slancio costituzionale espresso nelle solenni dichiarazioni di valore alla dimensione intergovernativa dell'organizzazione. Partiamo con l'art. 3 TUE, che abbiamo visto contiene la declinazione programmatica dei valori di cui all'art. 2 TUE e le specifiche finalità che l'Unione europea deve perseguire. Nello stesso articolo, al punto 6, si afferma che «l'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati»²²⁰. Questo breve periodo conclusivo, già sintomatico di uno stretto principio di attribuzione, sembra l'avvio di una puntualizzazione che sarà ribadita con più forza nei successivi articoli 4 e 5. Soprattutto l'articolo 4 TUE sembra quasi consacrare nel complesso dell'ordinamento eurocomunitario il ruolo degli Stati membri, quali attori essenziali del sistema, tanto che gli elementi

²¹⁹ Si parla qui di *Bundesverfassungsgericht, Solange I*, 1974 e di Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 1973 (sentenza Frontini).

²²⁰ Così l'art. 3.6 TUE

costitutivi dei loro ordinamenti divengono un limite per l'azione dell'Unione. Il secondo comma del detto articolo afferma, infatti, che

«l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro»²²¹.

Il principio del “rispetto dell'identità nazionale” degli Stati membri, che si realizza nella loro struttura politica e costituzionale, stabilisce una formula di derivazione del complesso valoriale eurounitario da quello proprio dei membri, riconoscendo l'esistenza di una diversificazione nella lettura di quei valori, in ragione delle singole identità, cioè in ragione degli accidenti storici, politici e culturali che caratterizzano ogni popolo europeo. Da un punto di vista giuspubblicistico, ciò significa che il complesso valoriale che fonda quello che abbiamo chiamato indirizzo politico convenzionale non ha carattere assoluto ma derivato, tanto da non poter espandersi fino al punto di mettere a rischio i nuclei fondativi degli ordinamenti che ad esso hanno dato vita. Non si parla tanto di subordinazione del primo rispetto al secondo, ma di residuale prevalenza dei secondi rispetto al primo. Potremmo quasi dire, la garanzia del fondativo principio intergovernativo davanti ad ogni eccessiva espansione dal tono costituzionale dell'ordinamento eurocomunitario. Non è un caso che il successivo art. 5 TUE sia quello che vincola l'azione dell'Unione, quasi a svolgimento del detto principio dell'identità, al rispetto «dei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti»²²² (principio di attribuzione) e a non oltrepassare «quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati»²²³ (principio di proporzionalità). Al netto di come la Corte di giustizia dell'Unione ha interpretato nel tempo questi principi, quel che qui conta sottolineare è come gli elementi fondativi dell'Unione siano costruiti su un gioco di luce e controluce, dando vita a un sistema valoriale che si realizza in via dialettica, in un dinamismo tra l'ordinamento unitario e i dante causa dell'ordinamento unitario, che appunto non è auto-fondativo. E questa smentita del tono costituzionale del *datum* eurounitario si riscontra anche nelle modalità in cui la Carta dei diritti fondamentali

²²¹ Così l'art. 4.2 TUE

²²² Così l'art. 5.2 TUE

²²³ Così l'art. 5.4 TUE

dell'Unione europea è inserita nel complesso ordinamentale. È vero che i diritti e le libertà sanciti nella Carta di Nizza hanno una dimensione individuale, sono dunque dei cittadini e per i cittadini, europei in questo caso, ma con un doppio *caveat*. Innanzitutto, tenendo fermo il principio di attribuzione: «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati»²²⁴. In secondo luogo, con un vincolo di interpretazione strettamente conforme alle disposizioni generali del titolo VII della Carta stessa²²⁵. Infatti, gli ultimi articoli del detto testo (quelli che vanno dall'art. 51 all'art. 54) ci restituiscono alcune formule restrittive per quel che riguarda il suo ambito di applicazione e la sua interpretazione. L'art. 51 della carta afferma che:

«1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»²²⁶.

La formula “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”, che segna il limite della cogenza della Carta per gli Stati membri, restituisce plasticamente la dimensione derivata di questo complesso valoriale, che non soppianta i nuclei fondanti degli ordinamenti statali. Ne acquisisce forse un'autonomia, ma negli stretti solchi delle attribuzioni dei trattati. Ancora una volta, non elimina l'elemento intergovernativo. E ciò è tanto più vero quando si parla di interpretazione della Carta, affidata alla Corte di giustizia e ai singoli giudici nazionali, che, per espressa previsione²²⁷, non può non porsi “in armonia” con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Alcuni in dottrina hanno sottolineato come vi sia una netta differenza tra “armonia” e “conformità”, tanto che, proprio in ragione dell'espressione usata nel testo, l'interprete manterrebbe comunque un ampio margine nell'attività ermeneutica²²⁸. Al netto di ciò, resta il fatto che

²²⁴ Così l'art. 6.1, secondo periodo, TUE

²²⁵ Così l'art. 6.1, terzo periodo, TUE

²²⁶ Così l'art. 51 CDFUE

²²⁷ Recita l'art. 52.4 CDFUE: «daddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

²²⁸ Così L. S. ROSSI, *Regole dell'Unione europea ed eccezioni nazionali: la questione “identitaria”*, in Atti del Convegno “*Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*”, tenuto presso la Corte costituzionale il 5 settembre 2022, 68. Sostiene L. S. ROSSI che ciò

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non risulta, dopo questa analisi, *superiorem non recognoscens*, quanto piuttosto appare inserita in uno spazio di coesistenza di una pluralità di sistemi valoriali, a cui si riconosce di sicuro la volontà di armonizzarsi, ma che restano in un certo qual modo separati. Sono anzi gelosi della loro autonomia. Basti pensare alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sulla cosiddetta doppia pregiudizialità, cioè sui casi in cui una norma dell'ordinamento interno scontri la contemporanea incompatibilità con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La questione riguarda in particolare il comportamento del giudice ordinario quando si trovi ad applicare una norma che presenti sì problemi di costituzionalità, ma che riscontri anche una incompatibilità con il complesso valoriale europeo presente nei trattati e nella Carta di Nizza. In questi casi, il giudice deve dare precedenza al sindacato di costituzionalità ovvero deve adire prima la Corte di Lussemburgo nelle forme del rinvio pregiudiziale? La Consulta, in due storiche sentenze²²⁹, ha voluto affermare una forma di riaccostamento del proprio giudizio, indicando quale opportuno «un intervento con effetti *erga omnes* [...], in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)»²³⁰. E ancora precisando che la stessa Corte «giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche europei (*ex art. 11 e 117, primo comma, Cost.*) comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato»²³¹. Analizzeremo più avanti e meglio la posizione della Consulta, che in realtà costruisce le motivazioni della sua decisione anche con riguardo alla necessaria certezza, omogeneità e pervasività delle scelte sui diritti, con una tutela che va quindi assicurata in via generale. Sta di fatto che questa giurisprudenza, come anche quella dei controlimiti (che tratteremo meglio nei prossimi paragrafi) si inserisce in un più ampio complesso di rafforzamento del ruolo della giudice costituzionale italiano, che rimarca «la propria competenza e funzione di garanzia nel presidio dei principi che delineano l'identità costituzionale nazionale»²³². La prova di quanto sia avvertito uno scarto tra il complesso valoriale dell'Unione e il nucleo fondativo delle costituzioni nazionali, che restano elemento essenziale della costruzione comunitaria di ogni singolo Stato membro e che trovano nel “momento europeo” un luogo di coesistenza, ma non di sintesi né tantomeno di annullamento.

andrebbe dedotto dalla differente formulazione dell'art. 52.4 CDFUE (in cui si usa la formula “in armonia”), con la più stringente disposizione dell'art. 52.3 CDFUE (in cui si parla di “uguaglianza” di significato e portata dei diritti che trovino corrispondente sanzione sia nella CDFUE sia nella CEDU).

²²⁹ Si tratta delle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019.

²³⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017, punto 5.2 del Considerato in diritto.

²³¹ Corte costituzionale, sentenza n. 20 del 2019, punto 2.1 del Considerato in diritto.

²³² M. RUOTOLO, *ult. cit.*, Torino 2022, 276.

Ecco allora che il quadro sembra così delinarsi: sia la Carta che le disposizioni valoriali inserite nei trattati sono sempre pensate in questo contesto di coabitazione, senza mai acquisire uno *status* di superiorità su quelle proprie degli ordinamenti degli Stati membri, ma comunque sempre considerate in un'ottica funzionale all'ordinamento-ordine, alle istituzioni proprie dell'Unione, all'influenza sul sottostante livello normativo europeo. Infatti, l'indirizzo politico convenzionale ha un diretto ascendente sul sottostante indirizzo politico normativo europeo, che si esprime negli indirizzi politici che risultano dal confronto interno al Parlamento europeo e (ancora più importante) dalle linee di azione programmate dal Consiglio europeo, dimostrando anch'esso una natura dialettica e non poco intergovernativa. Sta di fatto che, di certo, la dimensione valoriale dei trattati esprime un indirizzo politico autonomo, che vincola le scelte del sottostante indirizzo politico normativo, ma che non è sufficiente ad essere lo specchio di un pre-supposto sentimento di giustizia e intendimento comunitario fondativo, perché manca di un retroterra politico-comunitario indipendente da quelli propri dei singoli Stati membri, che continuano non solo a resistere ma legittimamente (secondo i trattati) a rappresentare un limite invalicabile all'autonomo indirizzo valoriale eurounitario. E ciò evidentemente non ci permette di riconoscere a questo complesso quel tono costituzionale che avremmo voluto individuare. Non è possibile ricostruire una *Verfassung* europea sulla base del dato normativo dei trattati.

Non è mancato in realtà in dottrina chi ha tentato di ricondurre ad unità questo carattere bilaterale del sistema ordinamentale europeo. Su questa linea gli studi di Beniamino Caravita, che introduce nel discorso il concetto di *Vielfalt*. Egli parte da un'osservazione di carattere storico culturale, affermando che «l'Europa non può non essere caratterizzata dalla *Vielfalt*, dalla molteplicità, e che ogni progetto di annichilire questa molteplicità è intimamente autoritario - anche quando viene nascosto con la formula apparentemente anodina del “primato” o della “missione” - e per ciò solo destinato a fallire»²³³. Secondo lo studioso romano «la scommessa europea è come mantenere la *Vielfalt*, evitando la frammentazione e producendo un'unità che non si trasformi in assimilazione ovvero in egemonia dell'una cultura sull'altra»²³⁴. Caravita identifica nel “principio di molteplicità” un vero e proprio valore, insito nella stessa struttura eurounitaria e parificato con l'elencazione dell'art. 2 TUE. Di più, egli lo trova esplicitato nella disposizione dell'art. 3 TUE, quando si afferma che l'Europa «rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo»²³⁵.

²³³ Così B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino 2020, 106.

²³⁴ B. CARAVITA, *ult. cit.*, 107

²³⁵ Così l'art. 3.3 TUE

Da ciò deriva che «la clausola sul rispetto delle identità nazionali [art. 4, comma 2, TUE] non è in potenziale antitesi con le disposizioni sull'omogeneità dell'Unione europea, ma è la logica conseguenza del rispetto della *Vielfalt* europea»²³⁶. Questa osservazione non è priva di conseguenze. Infatti, l'idea di ricondurre il principio del rispetto delle identità nazionali degli Stati membri al generale impianto valoriale eurounitario impone di diluirne il significato, cioè di equiparare il detto valore agli altri previsti dai trattati, così da interpretarlo solo in quanto utile ad individuare elementi di comunanza identitaria tra gli Stati membri, idonei a declinare valori e principi dell'ordinamento eurounitario. In sostanza, la *identity clause* non è più in questo caso un elemento di resistenza, ma un mero canone ermeneutico. Lo spiega bene Tanja Cerruti quando, con una precisazione terminologica, separa il concetto di identità costituzionale da quello di identità nazionale: «l'identità costituzionale può essere infatti considerata come l'insieme di quei principi costituzionali che costituiscono un limite sia all'integrazione europea, sia alla revisione costituzionale, trovando espressione nei c.d. controlimiti. La sua determinazione è rimessa alle Corti nazionali e può quindi presentare aspetti di netta differenziazione fra uno Stato membro e l'altro. L'identità nazionale è invece un concetto europeo. I suoi elementi costitutivi non coincidono necessariamente con i principi espressi dalla Costituzione ma si possono ricavare anche dalla giurisprudenza e dai trattati. Si può supporre che vi siano ricomprese le funzioni essenziali dello Stato, di cui all'art. 4, n. 2 TUE, ma non è escluso che vi rientrino anche altri aspetti, purché ascrivibili ad un minimo comune denominatore europeo»²³⁷. Nel primo caso, è evidente come si rintracci nell'identità un elemento altro rispetto al *datum* eurocomunitario, che resiste e rivendica un'influenza, che non è meramente diversificata, ma fondativa e costitutiva del sistema; nel secondo caso, questo lo si esclude e si ragiona su un sistema eurounitario che “si regge da solo” in una formula di assimilazione sempre più stretta dei preposti portati valoriali dei singoli Stati, tanto da poter dire che la *identity clause* sarebbe comunque da ricondurre al rispetto dell'art. 2 TUE: «la tutela garantita dall'art. 4, n. 2, TUE non può in nessun caso tradursi nella violazione di uno dei principi enunciati all'art. 2 TUE»²³⁸. Delle due l'una però. Se aderiamo alla prima lettura, non è possibile sostenere il tono costituzionale dell'ordinamento europeo, che, pur portatore di un proprio indirizzo politico valoriale, mancherebbe dell'essenziale momento fondativo, del *depositum* costitutivo che invece resterebbe comunque nella dimensione degli Stati, i quali ben potrebbero opporre una resistenza davanti ad un'azione

²³⁶ B. CARAVITA, *ult. cit.*, 108.

²³⁷ Vedi T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, federalismi.it, fascicolo n. 24/2014, 24 dicembre 2014.

²³⁸ Sempre T. CERRUTI, *ult. cit.*

dell'Unione che ne mettesse in dubbio gli elementi identitari. Se aderiamo alla seconda lettura, dovremmo invece accettare il fatto che l'ordinamento eurounitario abbia ormai acquisito una propria autonomia costituzionale, tale da imporsi sugli stessi Stati membri che astrattamente sarebbero ancora i suoi dante causa. Un secondo orientamento su cui ben possiamo dire si stia attestando (si sia attestata) la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (fin dalla storica pronuncia del 1963 *Van Gend en Loos* contro *Nederlandse Administratie der Belastingen*) e la maggioritaria dottrina giuridica europea. Eppure, ben oltre ogni partigianeria, va detto che questa ultima lettura, pur descrivendo un'auspicabile idealità, sembra scontrarsi con il dato di realtà giuridico e politico dei trattati.

Ritornando al modello della *Verfassung*, non si può certo negare che l'ordinamento europeo risponda ad uno specifico indirizzo politico convenzionale, che influenza il sottostante indirizzo politico normativo. Si rispetta quindi la struttura biletalitaria, ma con un limite. La legalità convenzionale eurounitaria non è autoconclusiva, per via di un ineliminabile elemento intergovernativo che non influisce solo nella definizione dell'indirizzo politico normativo (il ruolo del Consiglio europeo nella produzione del diritto europeo), ma che giudica dell'impianto valoriale. Infatti, la coerenza della legalità convenzionale è assicurata dalla specifica procedura descritta dall'art. 7 TUE, che prevede la possibilità di sospendere i diritti di adesione all'Unione europea di uno Stato membro in caso di violazione grave e persistente da parte di esso dei valori previsti nei trattati. Tale garanzia giuridica è tutta centrata sul ruolo decisionale del Consiglio europeo, come sede della valutazione sia del rischio di infrazione che della concreta infrazione. Non, quindi, la Corte di giustizia. La sede scelta non può essere casuale, ma chiaramente rimanda alla necessità di calibrare in via politica l'eventuale violazione e di parametrarla ai vincoli identitari di cui ogni Stato si fa latore nel complesso ordinamentale uscito fuori dall'integrazione. In questo senso, il principio di unità politica resta decentrato e l'intendimento proprio della *Gemeinschaft* europea non è a Bruxelles, ma risulta dislocato nelle tante capitali dell'Europa unita. Riprendendo il discorso a ritroso, allora, la *Vielfalt* caravittiana non può esprimersi quale mero parametro interpretativo di un ordinamento che ha la pretesa di imporsi sulle soggettività statali, ma quale necessaria dialettica tra centro in via di integrazione e molteplici periferie che di questo centro sono il motore. Due elementi, uno sovranazionale e uno intergovernativo, che sono chiamati a coesistere²³⁹. Ecco allora che le disposizioni in controluce che abbiamo sin qui individuato

²³⁹ Su questo interessante la posizione di Sergio FABBRINI, il quale osserva come «il Trattato di Lisbona abbia formalizzato un doppio sistema decisionale ovvero una vera e propria costituzione duale. Ha istituzionalizzato un sistema di governo sovranazionale, costituito di istituzioni che rispettano i criteri della legittimità e dell'efficienza, per regolare materie collegate al mercato unico. E, contemporaneamente ha

e descritto non possono dirsi mero parametro ermeneutico, ma struttura di resistenza, contraltare giuridico, garanzie dell'ordine dialettico che fonda lo spazio giuridico europeo. Ciò però è totalmente incompatibile con una qualificazione pubblicistica del sistema?

Se fissiamo lo sguardo in una prospettiva totalmente accentrata è chiaramente così. Ove prendessimo il *datum* eurounitario, valori e istituzioni, e provassimo a innalzarlo alla beata dimensione della pienezza costituzionale non potremmo che rilevare le contraddizioni appena dette. Diverso il discorso se invece tenessimo conto del portato dialettico dell'ordinamento eurounitario, cioè se provassimo a ricostruirne i connotati tenendo presente il conflitto costitutivo tra tendenza sovranazionale e tendenza intergovernativa. Qui ci viene in aiuto la teorica di Francesco Palermo. Stando alla sua ricostruzione, al momento dell'adesione al processo di unità europea, gli Stati membri hanno inserito nel grado più alto del loro complesso ordinamentale (quello costituzionale appunto) un generale e vincolante principio di integrazione. Sostiene, infatti, il professore bolzanino che «a differenza del processo di formazione per via aggregativa di Stati federali, in cui le entità che si federano determinano i fondamenti ideologici e i valori costituzionali della futura costituzione federale prima di assoggettarvisi al momento del “big bang federale”, dunque dell'entrata in vigore della costituzione federale giuridicamente sovraordinata a quelle degli Stati membri, che ne trasforma la sovranità storicamente originaria in autonomia giuridicamente garantita, nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea la natura permanente di tale processo e la mancanza di un “big bang” determina un modo di essere assai diverso dei rapporti tra gli Stati e l'Unione. Una diversa “forma del potere” basata sulla circolarità e la continuità del processo, su un'ampia serie di prescrizioni reciproche presupposte, non formalizzate, vincolanti nei fatti ma non sanzionabili giuridicamente»²⁴⁰. Declinando le formule proprie della teoria smendiana di ordinamento e costituzione, si può dire che la forma europea di integrazione sovranazionale si sostanzia in «un fenomeno di interazione tra sfere costituzionali che si presuppongono vicendevolmente. Tale interazione non dà vita ad un “terzo livello”, ma crea e alimenta rapporti di natura costituzionale tra i soggetti dell'integrazione che, come le sinapsi per il cervello, forniscono l'energia vitale al sistema»²⁴¹. In questo senso, lo spazio giuridico europeo va inteso come luogo di scambio tra le sue due dimensioni costitutive:

istituzionalizzato un nuovo sistema di *governance* intergovernativa per decidere materie sensibili per gli stati membri» (si veda S. FABBRINI, *ult. cit.*, Bari-Roma 2017, 35). Una distinzione che egli rimanda ad una suddivisione *ratione materiae*, ma che inevitabilmente influisce sulla struttura “costituzionale del sistema”, tanto da costringere lo stesso FABBRINI a parlare, sempre a proposito del tratto del 2007, di “costituzione sovranazionale” e “costituzione intergovernativa”.

²⁴⁰ Così F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova 2005, 204.

²⁴¹ PALERMO, *ult. cit.*, 211.

«non è [...] azzardato vedere il fenomeno dell'integrazione costituzionale come forma di produzione di valori e di modalità di legittimazione degli stessi e delle regole che ne sono il portato, nonché come (una) condizione di validità delle forme di Stato, reciprocamente alimentate, di Unione e Stati membri. Per la diversa funzione integratrice, la forma di Stato degli Stati membri si fonda su una legittimazione primariamente democratica, su un *demos* e sui tradizionali circuiti legati alla sovranità (popolo, territorio, potere), sia pure modificati nella prospettiva integrativa sotto forma di esercizio condiviso e sovranamente limitato delle prerogative statuali; la forma di Stato dell'Unione, per la sua diversa funzione integrativa, ha invece legittimazione differente: derivata, statutale, plurale, tecnica, solo indirettamente democratica, e comunque funzionale all'integrazione degli Stati. Questi due diversi momenti integrativi sono collegati dalla funzione integratrice dei valori comuni ai due processi, valori che circolarmente si alimentano e si impongono per persuasione e convenienza. In ultima analisi, dunque, è ipotizzabile prospettare l'esistenza di un valore dell'integrazione in quanto tale, fondativo dei rapporti costituzionali (e diversamente integrativi) tra Stati membri e Unione europea, destinato a imporsi attraverso strumenti giuridici particolarmente "miti", ma non per questo sprovvisti di normatività presupposta, fondata per l'Unione sulla propria natura derivata e per gli Stati sulla considerazione (formalmente sovrana, di fatto talmente circolare da non vedersi più, nella prassi, l'inizio e la fine del processo) della convenienza dell'ubbidienza volontaria»²⁴². Questa ricostruzione ci sembra allora fondata. Lo spazio giuridico europeo acquista un tono costituzionale quando è inteso come luogo di integrazione dialettica, anche da un punto di vista valoriale. Le periferie non dialogano tra loro in via bilaterale, ma imponendosi un coordinamento, un linguaggio comune, una ragionata e vicendevole interazione. È l'integrazione il vero formante costituzionale europeo. Lo strumento attraverso cui i singoli ordinamenti statali offrono il loro patrimonio valoriale e identitario al confronto e alla costruzione di una struttura stabile di cooperazione. Non annullandosi, ma in un "pluralismo di identità composite", secondo l'idea di una integrazione orientata, perché ispirata a valori comuni che non soppiantino le identità ma le valorizzino. L'integrazione non è dunque un valore assoluto, ma il frutto di una costruzione conflittuale, nel senso azzaritano del termine²⁴³. Sotto un profilo giuspubblicistico non ha allora senso parlare, *rebus sic stantibus*, dell'Unione europea quale soggetto pienamente sovrano, espressione di un portato costituzionale autonomo e autoconclusivo; né ha senso, sviluppando questa linea, cancellare, poi, a livello teoretico le evidenti incrinature intergovernative presenti nel blocco valoriale dei trattati. Ben più occorre evidenziare tali apporti contraddittori, così

²⁴² F. PALERMO, *ult. cit.*, 212

²⁴³ Si veda G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari 2010.

da comprendere più lucidamente le relazioni tra portati valoriali e ascoltare così quell'armonia della diversità, quella fantasiosa *Vielfalt*, che è davvero il carattere più tipico e identitario di questo decennale progetto di pacificazione continentale.

2. Elementi di assimilazione.

Il rischio da cui questo lavoro vuole tenersi lontano è quello di offrire (o comunque far propria) una specifica opzione ideologica. È chiaro che l'indagine sul fenomeno giuridico impone la definizione di una deontologia del diritto; un dover essere che non può non fondarsi su idee forti e altrettanto forti coloriture filosofiche, che sono poi il materiale più prezioso, se pur fragile e delicato, della ricerca. Diverso però è tentare di piegare le contingenze alle letture critiche. Sta di fatto che «ci sono dei principi, dei valori che devono avere una forza prescrittiva ma noi dobbiamo individuare quello che è il nucleo essenziale di questi principi, di questi valori. Non possiamo immaginare che, invece dei modelli organizzativi che in fondo sono strumentali rispetto a questi principi e a questi valori debbano necessariamente poi trovare, come dire, una riproduzione in quelli che sono i rapporti storici, i rapporti concreti e quindi su questi rapporti tra modelli, tra idealtipi»²⁴⁴. È proprio in virtù di tale insegnamento che il lavoro che stiamo svolgendo non ha tanto l'obiettivo di suggerire o auspicare un preciso *modus* per lo sviluppo futuro dell'integrazione europea, quanto piuttosto di provare, con rigore, ad elaborare una chiave di lettura del modello, che sia il più possibile rispondente alla realtà giuridica e storica dell'Europa di oggi e che ne disveli gli essenziali caratteri, le energie carsiche che la animano, i rapporti di forza e di principio. Questo sì ci restituisce uno spirito previsionale, il gusto profetico del disvelamento. Ci rende insomma giuristi (e uomini) consapevoli, perché padroni delle domande essenziali, anche di quelle senza risposta.

E, per quel che riguarda il caso corrente, l'elemento da svolgere è dunque questa doppia anima, questa dinamica formula costitutiva che veramente rappresenta lo spirito costituzionale dell'ordinamento euronunitario. In realtà, la declinazione binaria dell'ordinamento europeo non è assolutamente una novità. Abbiamo già visto come Fabbrini abbia scomposto il Trattato di Lisbona in una doppia formula costitutiva, l'una sovranazionale e l'altra intergovernativa, intese come formule decisorie, cioè come due differenti modalità di esercizio della comune sovranità europea, la prima mediata e la

²⁴⁴ F. PASTORE, *Modelli teorici ed esperienza storica nel processo di integrazione europea: uno spunto*, in A. CANTARO, *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino 2012, 221.

seconda diretta²⁴⁵. Ed è proprio dall'analisi del modo di esercizio della sovranità di questo incognito soggetto europeo che inevitabilmente viene fuori una costitutiva dualità, difficile da ricondurre ad una unitaria concezione. La famosa definizione della giurisprudenza costituzionale tedesca, che indica l'Unione come "un'associazione di Stati sovrani"²⁴⁶, lascia certo insoddisfatti. Infatti, «*the EU can certainly be seen as an "association", but to call the Member States "sovereign" is to use the notion of sovereignty in such a broad way that it loses its original meaning of more or less absolute constitutional power. In fact, the usefulness of the term sovereignty to characterise even nation states which are not members of the EU may be called into question in an international system which seems to be moving towards a legal order of global governance. It nevertheless remains true the intensity of European integration is thin in many areas for which the Members States retain primary or sole responsibility; that the limits of the Union competence are governed by the principle of conferral, in other words, that the Union can act "only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein" and that competences not so conferred remain with the Member States; and that, particularly in the TEU as amended by the Treaty of Lisbon, the Union is ordained to respect not only the national identities of Member States and their equality before the Treaties, but also their essential state functions*»²⁴⁷. Qui il discrimine, ricalcato sulle osservazioni che abbiamo già messo in luce nel primo paragrafo di questa seconda parte, è essenzialmente fondato sul dubbio se l'Unione europea esprima o meno una sovranità unica e indivisibile ovvero se questa resti comunque in capo ai singoli Stati. È soprattutto la dottrina d'oltreoceano a porsi il dubbio su come definire e considerare questo "elephant that cannot be defined"²⁴⁸, più in realtà con un'urgenza politica che giuridica. Il tentativo di capire se l'Europa rappresenti un'entità concreta, pesante, agente. Da qui allora la necessità di ricercare nel modello le "State-like features", quale l'autonomia dell'ordinamento normativo, la diretta applicabilità delle norme, l'esercizio della funzione legislativa, le competenze esecutive, l'esistenza di controlli giurisdizionali, i diritti fondamentali e l'esistenza di un autonomo concetto di cittadinanza. Il tutto opposto alle "non-State-like features", come la soggettività degli Stati membri, il mantenimento di una loro competenza esclusiva su materie che la dottrina federale normalmente assume al centro e non alle periferie (sicurezza, difesa, immigrazione, politica estera). Ma non è questo l'ambito che ci interessa indagare!

Dando per presupposte le strutture, oggetto della ricerca saranno le opposte spinte, accentratrice e disgregatrice, che proprio all'interno di quelle strutture si muovono.

²⁴⁵ Ci riferiamo nuovamente all'opera di S. FABBRINI dedicata al concetto di "Sdoppiamento".

²⁴⁶ Così il *Bundesverfassungsgericht* nel famoso *Lissabon Urteil*.

²⁴⁷ A. ROSAS - L. ARMATI, *EU constitutional law. An introduction*, Portland 2010, 12.

²⁴⁸ Immagine presente sempre in A. ROSAS - L. ARMATI, *ult. cit.*

Guarderemo in verità ai sommovimenti generati ai crocicchi, alle forze che si scontrano all'incrocio delle linee di indirizzo, quelle centrali da una parte e quelle statali dall'altra. È lì in definitiva che si misura e si svolge la costituzione materiale dell'Unione. Soprattutto perché il quadro attuale delle forze politiche dominanti in campo appare molto più complesso e articolato rispetto al passato. L'allargamento dell'Unione, in particolare verso est, ha innegabilmente relativizzato il tempo dell'integrazione, cioè ha evidenziato come sia difficile che ben 27 paesi (28 quando ancora c'era il Regno Unito) possano avanzare in questo singolare percorso comunitario con lo stesso ritmo e accettando le medesime condizioni. Non sbaglia allora chi ha evidenziato, proprio a partire da Lisbona, il tramonto del fondamento etico dell'integrazione: «le diverse filosofie dell'integrazione sovranazionale del secondo dopoguerra erano espressione, ciascuna a suo modo, di un'etica dell'integrazione unitaria in direzione della missione storica della “unione sempre più stretta dei popoli europei”»: di un'unificazione di natura politica e statutaria la filosofia federalista; di un'armonizzazione economica e giuridica la filosofia funzionalista; di un'integrazione di impronta identitaria la filosofia costituzionalistica. Il Trattato di Lisbona, invece, in nome di un'etica realista e pragmatica, privilegia una filosofia dell'integrazione differenziata e asimmetrica che trova esemplificazione nella consacrazione dei meccanismi di cooperazione rafforzata (già avviati da Amsterdam), nel moltiplicarsi delle clausole di deroga concesse a favore di alcuni Stati membri (l'integrazione “à la carte”) e, soprattutto, nella codificazione di una nuova clausola di recesso dall'Unione europea (art. 50 TUE)»²⁴⁹. Se non si comprende questo, si rischia di scivolare inevitabilmente in una lettura teleologica della costruzione europea, sottolineando solo la natura prospettica del dinamismo europeo: il *datum* europeo è lanciato, per un'esigenza costitutiva, verso la più stretta unità continentale e quindi l'elemento giuridico è strumentale ad un'Europa che vuol essere federale ovvero funzionale ovvero identitaria. Questo è l'approccio ideologico da rifiutare, perché sacrifica il presente, il dato delle contingenze attuali, ad un futuro utopico e idealizzato, col rischio che il primo starnuto della storia cancelli tutta la costruzione. Al contrario, quello europeo non è un dinamismo prospettico, ma un dinamismo degli assetti. Uno spazio giuridico di confronto tra una molteplicità di forze statali, latrice ognuna di un suo proprio portato identitario, e una forza sovranazionale che ormai esprime nei fatti un indirizzo politico specifico, valoriale e normativo. Sono queste le “due polarità ineliminabili”, in cerca di equilibrio in uno spazio che ha di certo una natura pubblica non tanto perché qualcuno voglia ad ogni costo teorizzarne l'autonomia costituzionale, quanto piuttosto perché è

²⁴⁹ F. LOSURDO, *Unione europea*, in E. DI SALVATORE A cura di, *Sistemi costituzionali europei*, Milano 2021, 532.

costruito su un principio di integrazione “costituzionalizzato” da tutti gli ordinamenti che partecipano della costruzione europea. Come abbiamo provato a spiegare, non esiste una vera e propria sovranità europea, quanto piuttosto tante sovranità statali che hanno creato (istituito) un potere pubblico terzo capace di influenzarle e di vincolarle.

Questo potere è quello che chiameremo elemento di assimilazione. Esso agisce in una dimensione istituzionale, che è di tipo politico (l’azione delle istituzioni “sovranazionali”, quali la Commissione e il Parlamento) e di tipo giuridico (l’azione delle Corti di giustizia). Esso si fonda su alcuni principi costruenti, che ne animano e ispirano l’azione, soprattutto nei confronti delle sovranità statali assimilate. Al primo posto, il principio di omogeneità costituzionale, quell’articolo 2 TUE che è il fondamento valoriale che tutti gli Stati membri sono chiamati a condividere, pena l’avvio della procedura di cui all’art. 7 TUE (ne abbiamo già dato una lettura critica, che sarà bene tenere presente). Al secondo posto, il principio della democrazia rappresentativa (art. 10 TUE), cioè la legittimazione democratica del potere europeo, che si esprime soprattutto nel ruolo del Parlamento europeo e sul collegamento fiduciario della Commissione con esso (il tutto va bilanciato con la non certo residuale legittimazione intergovernativa di quello stesso potere, che ci sembra abbia alla fine sempre la prevalenza). Ancora, il principio dello Stato di diritto, cioè il fatto che l’Unione debba realizzarsi quale piena *Rechtsgemeinschaft*²⁵⁰, comunità di diritto fondata sul dato bilinguistico, una legge superiore (i trattati) e un complesso normativo secondario. Da ultimo, il principio dell’economia sociale di mercato, espressamente formalizzato all’art. 3 TUE.

Da sottolineare la questione che riguarda la responsabilità politica di tale governo sovranazionale, che risponde solo marginalmente a logiche pienamente democratiche e che invece soprattutto si conforma alle indicazioni specifiche provenienti dagli organi rappresentativi dei governi degli Stati. In sostanza, risulta impossibile per i cittadini europei «sostituire tramite elezioni il governo europeo, facendone valere la responsabilità per le decisioni che, non importa per quale ragione, siano ritenute inadeguate. Strutturalmente, in altri termini, l’insoddisfazione per le politiche dell’Unione non ha canali adeguati a influenzare concretamente l’operato complessivo del governo sovranazionale»²⁵¹.

Questo dato diventa doppiamente frustrante. Non solo le politiche europee sono percepite come imposizioni *ex alto*, su cui non poter esercitare una diretta influenza

²⁵⁰ Questa la definizione del *Bundesverfassungsgericht*

²⁵¹ F. LOSURDO, *ult. cit.*, 554

democratica, ma, allo stesso tempo, anche i governi nazionali sono avvertiti come inermi davanti all'azione delle istituzioni sovranazionali, incapaci di farsi valere pienamente o di soddisfare completamente il singolo interesse nazionale nell'ampio consesso degli Stati membri. Tenendo presente i principi su riportati e questa possibile distorsione, proveremo a sviluppare e analizzare le due prospettive, propriamente istituzionale e giudiziale, in cui si manifesta la spinta all'assimilazione dell'ordinamento europeo.

2.1 La spinta istituzionale.

Tante autorevoli voci hanno caricato di una valenza decisiva e finanche storica il risultato ottenuto dal Consiglio europeo straordinario tenutosi tra il 17 ed il 21 luglio 2020, che, dopo quattro giorni di estenuanti trattative, ha varato un piano condiviso di ingenti interventi economici, finalizzati a sostenere con forti disponibilità di denaro le economie degli Stati membri, fiaccate dall'emergenza pandemica²⁵². Vincendo le vigorose resistenze di alcuni paesi dell'Europa settentrionale, che per mesi hanno tenuto l'accordo ad un passo dal naufragare²⁵³, il Consiglio è riuscito a raggiungere l'intesa su quattro strumenti economici di sostegno, di cui il più innovativo è di certo il *recovery plan*, il quale, facendo leva su un ampio rafforzamento del bilancio settennale europeo 2021-2027, finanzierà un fondo di ripresa dell'UE da 750 miliardi di euro, grazie ad un'azione che vedrà per la prima volta i paesi europei contrarre prestiti congiuntamente sui mercati finanziari. Fondi questi che verranno allocati tra gli Stati membri non solo sotto forma di prestiti, ma anche quali sovvenzioni a fondo perduto.

A prescindere dal merito economico del piano approvato, che in realtà già palesa una profonda rottura rispetto alla logica della "austerità", va sottolineato come la mediazione che ha permesso il varo di questo accordo sia stata costruita intorno alla definizione di un

²⁵² È stato il presidente del Consiglio europeo, il belga Charles Michel, a dare l'annuncio dell'accordo raggiunto con un *one-word tweet* postato alle 5.30 del mattino del 21 luglio 2020: «Deal!». Confermerà poco dopo in conferenza stampa: «We did it! Europe is strong, Europe is united! [...] We have demonstrated that the magic of the European project works». Sempre quella mattina, in conferenza stampa, sarà il Presidente del Consiglio italiano, Giuseppe Conte, a definire "storico" l'accordo raggiunto.

²⁵³ Il Consiglio europeo era chiamato a discutere sull'applicazione di una serie di strumenti economici di sostegno alle economie più colpite nel continente dalla crisi economica generata dall'aggressiva diffusione della pandemia da Covid-19. Oltre alla liquidità assicurata attraverso strumenti come MES e BEI, come anche attraverso specifici fondi per l'integrazione dei redditi da lavoro (SURE), a far discutere di più i rappresentanti dei paesi membri è stata l'istituzione di un *recovery fund*, che avrebbe assicurato un finanziamento diretto degli Stati, per il tramite del bilancio europeo e di liquidità raccolta sui mercati finanziari a livello europeo. Tale ultima proposta era stata avanzata dapprima con un piano congiunto di Francia e Germania per 500 miliardi, fatto poi proprio dalla Commissione europea per una cifra di 750 miliardi. Le maggiori resistenze contro questa proposta sono arrivate da un fronte di Stati membri del nord e centro Europa, in particolare Paesi bassi, Austria, Danimarca, Svezia e Finlandia, contrari soprattutto all'emissione di debito comune e alla concessione di denaro a fondo perduto agli Stati membri con quote maggiori di debito pubblico.

forte ruolo di garanzia e verifica affidato alla Commissione europea. Le resistenze dei paesi “frugali” rispetto ai temi su cui più difficile sembrava la composizione - l’emissione di debito comune e il finanziamento a fondo perduto degli stati in difficoltà - sono state vinte costruendo per la Commissione da una parte un ruolo di garanzia rispetto ai prestiti comuni da contrarre sui mercati finanziari; dall’altra un ruolo di controllo della stessa sui piani nazionali di *recovery*, che gli Stati beneficiari dei fondi dovranno presentare e rispettare secondo determinati *standard*²⁵⁴. La sostenibilità politica dell’accordo, dunque, si fonda tutta sull’idea che sia la Commissione, quale istituzione terza e sovranazionale, a condurre, verificare e garantire le azioni a sostegno dell’economia europea, disastata dal Covid-19, attraverso lo strumento del bilancio europeo, sottoposto al controllo del Parlamento dell’Unione e dunque vincolato anche a determinati obiettivi politici. Una circostanza non da poco!

La carica inedita di quanto accaduto a Bruxelles nel luglio 2020 risiede nell’affermazione di una nuova logica politica di integrazione, non più focalizzata sulla dinamica intergovernativa, che si era tendenzialmente affermata fin dai tempi di Maastricht, ma su una nuova centralità delle istituzioni europee e dunque della dinamica più propriamente sovranazionale. È l’autorevole voce di Mario Draghi ad affermare che «dopo decenni che hanno visto nelle decisioni europee il prevalere della volontà dei governi, il cosiddetto metodo intergovernativo, la Commissione è ritornata al centro dell’azione»²⁵⁵.

La dicotomia tra una dinamica sovranazionale ed una intergovernativa abbiamo visto essere costitutiva del modello istituzionale europeo²⁵⁶. Il Trattato di Lisbona le ha entrambe istituzionalizzate, pur in una differente ottica, che potremmo dire rispettivamente “strumentale” e “di impulso”. Al Consiglio europeo, plastica espressione dell’anima intergovernativa, è affidato il compito di definire “orientamenti e priorità politiche generali” (art. 15.1 TUE); alle restanti istituzioni, di dare attuazione a tali

²⁵⁴ In un interessante editoriale, pubblicato qualche settimana prima del Consiglio europeo straordinario su un importante sito di informazione europeo, Alexandre De Croo, ministro delle finanze belga, sottolineava con forza come fosse giunto il momento di abbandonare un modello “hamiltoniano” di Unione europea e l’occasione era proprio data da un comune accordo su un *recovery plan* sostenuto con debito comune. A rendere accettabile questa soluzione per il blocco di Stati più refrattari alla mutualizzazione del debito il fatto che il denaro raccolto sul mercato avrebbe coperto solo esposizioni future e non quelle passate. Ancora, la vera assicurazione politica sulla definizione dell’accordo era il fatto che sarebbe stata la Commissione europea, cioè l’istituzione tecnica per eccellenza del sistema istituzionale europeo, a controllare i singoli piani nazionali di spesa ed il loro rispetto. In embrione si trova già in quella posizione una soluzione fondata su un ruolo di garanzia del sistema istituzionale e dunque un rafforzamento della logica sovranazionale a discapito di quella intergovernativa. Vedi su questo A. DE CROO, *Europe’s existential recovery fund battle*, in politico.eu, 15.06.2020.

²⁵⁵ Queste le parole di Mario Draghi, già Presidente della Banca centrale europea, pronunciate in un discorso tenuto in occasione del Meeting di Rimini il 18.08.2020.

²⁵⁶ Vedi B. CARAVITA DI TORITTO, *Quanta Europa c’è in Europa*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, 103.

obiettivi. Eppure, l'una prospettiva non è servente all'altra. Esiste una profonda commistione tra le due, in quanto il quadro istituzionale europeo è unico e portato, nella sua interezza, a promuovere gli interessi “dei suoi cittadini e degli Stati membri” (art. 13.1, TUE), in una condizione di parità.

Soprattutto in tempi di crisi, però, quando all'Unione si chiedono sforzi che a volte superano il complesso delle sue materie di competenza (almeno per come i trattati le disegnano), tale parità sembra spesso svanire, con la difficoltà dunque di tenere insieme le due prospettive e soprattutto di evitare che una (quella intergovernativa) prevalga sull'altra (quella sovranazionale). Prova ne è quanto accaduto con la crisi economica del 2009, quando strumenti comuni di finanziamento degli Stati membri più deboli sono stati varati con lentezza e con forti forme di condizionalità (da alcuni giudicate perfino inique), in una fase che ha visto fortemente crescere la centralità del Consiglio europeo nel sistema istituzionale a scapito di Parlamento e Commissione, che si sono trovati invece, in quel periodo, in una condizione di passività e debolezza rispetto a strategie e scelte²⁵⁷.

Già da questa breve ricostruzione ben si comprende quanto sia stata differente la risposta europea a quella crisi economica rispetto alla risposta elaborata per l'emergenza pandemica (almeno in materia di provvedimenti economici). Ciò innanzitutto con riguardo alla velocità di reazione. Infatti, i pochi mesi che separano la fase più acuta della diffusione della pandemia in Europa (marzo 2020) dal raggiungimento dell'accordo (luglio 2020) sembrano poca cosa rispetto ai lunghi anni che sono stati necessari ai governi europei per concordare meccanismi comuni di finanziamento e sostegno alle economie più vulnerabili del continente a seguito della crisi economica del 2009 (l'istituzione del MES risale al marzo 2011). Ma ancor più, tale differenza si palesa nel ribaltamento della logica dicotomica che vede contrapposte dinamica sovranazionale e dinamica intergovernativa, con una prevalenza inedita, nel 2020, della prima sulla seconda.

Diventa allora di un certo interesse il tentativo di accertare se questa palese discontinuità sia solo un'accidentale eccezione ovvero se essa possa rivelarsi l'inizio di una rinnovata tendenza “costituzionale” del sistema eurounitario. Soprattutto considerando l'idea, spesso ripresa dai commentatori, che una minore incidenza della dinamica intergovernativa possa iniziare a colmare quel *deficit* democratico, che abbiamo visto

²⁵⁷ Per una ricostruzione della risposta europea alla crisi del debito sovrano europeo del 2009 si veda S. NOVAK, *Le grand retour des Etats?*, in Autori Vari, *La Gouvernance Européenne*, in “*Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*” n. 149/2014. La NOVAK sottolinea, in quel lavoro, la debolezza delle istituzioni europee in quel periodo, con una sempre più forte visibilità del Consiglio europeo, quale sede delle dinamiche intergovernative, che avevano completamente soppiantato la dinamica sovranazionale.

rappresentare il grande punto debole della costruzione europea²⁵⁸. Interrogarsi dunque sull'impatto che tale avvenimento potrà avere sul processo di integrazione, ancor più in un'ottica di maggiore "democraticità" dei processi decisionali delle istituzioni dell'Unione.

Come abbiamo detto, il processo di unificazione continentale è ben lontano dall'essere un avanzamento lineare verso istanze sempre più forti di integrazione²⁵⁹. Al contrario, esso è stato caratterizzato, nel tempo, da momenti di rigetto, di certo aiutati dal prevalere, nel processo decisionale europeo, di quella logica intergovernativa, che è sembrata disgregare piuttosto che unire. Soprattutto perché ha rinvigorito una divisione tra gli Stati membri per "logica di blocco", cioè secondo una differenziazione per interessi geopolitici. Non semplicemente la differenza tra economie virtuose del nord e paesi ad alto debito al sud, ma frazioni di tipo culturale e politico. L'una atlantica, con gli occhi fissi ad ovest, orfana oramai del Regno Unito; la seconda continentale, contigua (almeno fino al conflitto russo-ucraino²⁶⁰) all'estremo oriente europeo, di certo a guida tedesca; la terza mediterranea, in cui ricomprendere Italia, Grecia e Spagna. Il modello istituzionale europeo – già nell'originaria versione della dichiarazione di Schuman – nasce proprio con l'idea di mediare tra questi blocchi attraverso la delegazione di poteri a istituzioni sovranazionali (oggi appunto la Commissione europea, la Corte di giustizia e – perché no – la Banca centrale europea), tanto che questo diventerà "*marque de fabrique*" del sistema eurounitario²⁶¹. In questo senso, dunque, il rafforzamento del ruolo di garanzia delle istituzioni europee, soprattutto in momenti di crisi, è il misuratore reale del tasso di integrazione. E tale rafforzamento non traspare soltanto dal dato giuridico dei trattati e dal quadro istituzionale e di competenze che essi disegnano, visto che anche la vigenza del Trattato di Lisbona, che ha di certo rafforzato sotto alcuni aspetti la dinamica sovranazionale, non ha impedito che il Regno Unito uscisse dall'Unione e che la Grecia arrivasse ad un passo dal farlo²⁶². Si rivela invece ad un livello diverso, cioè nella

²⁵⁸ Sul tema si segnalano, *ex plurimis*, le riflessioni presenti in F. POLITI, *Rappresentanza politica e assetto istituzionale dell'ordinamento europeo*, in Scritti in onore di Gianni Ferrara, vol. III, Torino 2005. Dello stesso autore, F. POLITI, *L'assetto istituzionale dell'Unione Europea*, in F. POLITI - P. PULSONI, *Assetto istituzionale e competenze dell'Unione Europea. Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, L'Aquila 2016, 11 ss.

²⁵⁹ Vedi ancora B. CARAVITA DI TORITTO, *ult. cit.*, 97 ss.

²⁶⁰ Il conflitto russo-ucraino ha messo fine (non si sa se definitivamente) alle stringenti relazioni economiche tra Germania e Russia, soprattutto a livello energetico (fornitura di gas attraverso i gasdotti presenti sui fondali del mar Baltico).

²⁶¹ Interessante questa notazione di R. DEHOUSSE – L. BOUSSAGUET, *L'impact de la crise sur la Gouvernance européenne*, in Autori Vari, *La Gouvernance Européenne*, in "Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques" n. 149/2014, proprio con riferimento alla dichiarazione di Robert Schuman del 09.05.1950. L'idea dello statista francese è quella di impedire lo scoppio di una nuova guerra tra Francia e Germania cedendo una parte della sovranità dei due paesi ad un organismo tecnico, indipendente e autonomo (quella che allora era l'Alta Autorità). L'espressione più pura della logica sovranazionale.

²⁶² Molti commentatori hanno sottolineato in questi anni l'irreversibilità della crisi europea, manifestatasi sia con il fallimento della logica sovranazionale nella reazione alla crisi economica del 2009, sia con il recesso

manifestazione dell'attività di "direzione politica" dell'Unione. Più precisamente dalla lettura "esistenziale", e non puramente normativa, che i corpi istituzionali del sistema eurounitario danno della costruzione europea e dei valori fondanti che essa ispirano (attraverso l'espletamento delle attività che ad essi competono)²⁶³. In quest'ottica, allora, le risultanze del Consiglio europeo del luglio 2020 possono davvero intendersi come una svolta ed un avanzamento nel processo di integrazione, soprattutto perché esse smentiscono con forza la dinamica intergovernativa, che invece aveva governato, anche forse in maniera dispotica, i processi europei almeno nell'ultimo decennio.

Più difficile è dire se tale svolta possa o meno trasformarsi in una duratura tendenza. A guardare l'andamento del processo di integrazione da Maastricht in poi è forse meglio rifiutare previsioni, anche per non cadere nella trappola ideologica che abbiamo prima denunciato. Basti pensare ai referendum che hanno bocciato la Costituzione europea in Francia e Olanda nel 2005 e alla già ricordata fallimentare gestione della crisi economica 2008, per dire che quel processo è apparso troppe volte ad una generazione dall'estinzione. Eppure, come sottolinea R. Daniel Kelemen, risulta perfino "ironico" pensare come, nonostante le tante apparenti paralisi, il *federalizing process* europeo è sembrato comunque rafforzarsi e compiere, a dispetto di tutto, dei passi avanti. Un continuo procedere di morti e puntuali resurrezioni – per concedere un ulteriore argomento alla teologia politica di Schmitt²⁶⁴. Forse, alla luce di ciò che abbiamo detto su quanto accaduto nel luglio 2020, questa lettura "escatologica" dimostra di essere fondata.

In realtà, negli ultimi due anni l'Europa si è trovata ad affrontare un altro importante momento di crisi, che non sembra aver rafforzato gli elementi di coesione emersi nel 2020 e anzi dimostrerebbe questo ondivago andamento del processo. Il conflitto russo-ucraino, iniziato nel febbraio 2022, ha messo a dura prova gli Stati europei, costretti a ripensare gli assetti geopolitici del continente non solo dal punto di vista militare, ma anche sotto

dall'Unione del Regno Unito secondo le modalità previste dall'articolo 50 del TUE. *Ex plurimis* I. KRASTEVA, *Gli ultimi giorni dell'Unione*, Roma 2019.

²⁶³ Sull'applicazione del concetto di "direzione politica" quale strumento di lettura del sistema istituzionale europeo si veda A. DE CRESCENZO, *Looking for a European Policy Direction*, in rivista *AIC* n. 3/2020. In particolare, il termine "esistenziale" è legato agli sviluppi della dottrina italiana sul tema, in particolare nei lavori del costituzionalista Carlo Lavagna.

²⁶⁴ In R. D. KELEMEN, *Une gouvernance fédérale : mort et résurrection*, in Autori Vari, *La Gouvernance Européenne*, in "Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques" n. 149/2014, l'Autore prende spunto da un articolo di Paul Krugman apparso sul *New York Times* nel 2012, nel quale venivano definite "idee zombie" alcune concezioni politiche che puntualmente erano date per morte, ma continuamente si ripresentavano nella discussione pubbliche. Il *federalizing process* europeo non è un'idea zombie, perché, pur essendo data per morta troppo spesso e troppo sbrigativamente, continua a vivere, resuscitando ogni volta pur sembrando ad un passo dall'estinzione. Questa ironica prospettiva escatologica viene ricostruita nel lavoro di KELEMEN attraverso gli episodi più difficili della storia dell'integrazione europea, dal naufragio della Costituzione europea dopo il risultato negativo dei referendum tenutisi nel 2005 in Francia e Paesi Bassi, fino alla crisi della zona euro del 2009.

l'aspetto dell'approvvigionamento energetico. Fin dai primi giorni di guerra, l'intero occidente (sotto la guida degli Stati Uniti d'America) ha fortemente sostenuto gli sforzi di resistenza delle autorità nazionali ucraine, attraverso tre differenti azioni: (1) la condivisione di informazioni di *intelligence*, che, soprattutto nei primi momenti del conflitto, hanno contribuito in maniera essenziale ad evitare la fuga da Kiev e il conseguente crollo (se non peggio!) del governo ucraino guidato da Volodymyr Zelenskyj; (2) il massiccio invio di armamenti all'esercito ucraino, nonché l'addestramento degli uomini e il sostegno informativo alle operazioni sul campo; (3) l'applicazione di pesantissime sanzioni economiche e commerciali a singoli cittadini e alle imprese della Federazione russa. Questa strategia politico-militare, più che essere nata nell'alveo eurounitario è stata concordata su altri tavoli internazionali. Innanzitutto, quello del patto euro-atlantico, che aveva vissuto una profonda crisi di funzione e di destino nei decenni successivi alla fine della guerra fredda, ma che è tornato oggi protagonista, rinforzato dalla resurrezione del nemico. Il vero problema è che a quel tavolo l'Unione non si è seduta con una sola voce, anche perché ad essa non è affidata, se non in prospettiva²⁶⁵, alcuna competenza di natura militare. Questa sovrapposizione di livelli ha sottolineato diversi elementi di divisione tra gli Stati europei con riguardo alle determinazioni della guerra, da sommare a quelli che già si erano manifestati, pur se poi recuperati, a seguito della crisi pandemica. Li riassume con efficacia l'analista geopolitico francese Jean Dufourcq quando afferma: «riuniti all'inizio di giugno [2022] sotto la presidenza francese, gli europei hanno tuttavia esibito una profonda spaccatura tra coloro che puntano a un cessate il fuoco e a un compromesso territoriale che arresti la guerra e coloro che si dicono determinati a finire Putin a qualunque costo. La Francia, che vuole mantenere i contatti con Kiev e con Mosca, preferirebbe fermare lo scontro, così come la Germania, l'Italia, il Belgio e l'Austria, mentre la Polonia e gli Stati baltici vogliono una vittoria incontestabile dell'Ucraina. [...] A Bruxelles si sta cristallizzando una quadripartizione europea: il Nord "frugale" contro il Sud "scialacquatore" e l'Ovest "pacifista" contro l'Est "vendicativo". Da parte loro, gli ambienti economici, le lobby e la Commissione, già mobilitati dal piano di rilancio post-Covid-19 (intorno a cui ruotano 800 miliardi di euro), sono preoccupati dai pesanti conti che dovranno pagare per l'accoglienza e gli aiuti d'emergenza a Kiev (25 miliardi), per la rapida alternativa agli idrocarburi russi (200 miliardi) e per il rifornimento delle scorte di armi (500 miliardi). Stanno anche pensando alla ricostruzione dell'Ucraina

²⁶⁵ Il riferimento è al Titolo V del TUE e in particolare agli articoli 42 ss., che riguardano "*Disposizioni sulla politica di sicurezza e difesa comune*". In particolare, l'art. 42.6 TUE prevede la possibilità per gli Stati che posseggono maggiori capacità militari di instaurare una cooperazione strutturata permanente nelle forme stabilite dal successivo art. 46 TUE. Per un approccio federalista sul tema, si veda M. FRAU, *I nodi irrisolti della difesa comune europea. Una prospettiva federalista*, in *federalismi.it*, n. 6/2022, 23 febbraio 2022.

(600 miliardi)»²⁶⁶. Mentre, come abbiamo visto, le spaccature post-pandemiche erano state recuperate a quella dimensione sovranazionale che ne aveva assicurato la composizione, le nuove divisioni emerse a causa della guerra e della contemporanea crisi energetica restano ancora forti. Le maggiori difficoltà le ha incontrate soprattutto la Germania (non certo l'ultimo degli Stati membri), che, nella lunga stagione merkeliana, aveva scommesso, non senza il disappunto di Washington, su una salda *Ostpolitik*, cioè su una significativa cooperazione commerciale ed energetica con Mosca. Basti pensare a quel Nord Stream 2 che avrebbe dovuto raddoppiare l'apporto di gas da San Pietroburgo a Berlino, attraverso il Baltico, e che non a caso, già pronto per il funzionamento, è stato fatto saltare da mani ignote. Pressati dalla scomoda posizione a cui sono costretti in ragione della guerra e dalle difficoltà di approvvigionamento energetico, i tedeschi hanno agito, mettendo in atto misure di reazione autonome e non concordate a livello europeo, tanto da mettere in difficoltà alcuni partner. Innanzitutto, hanno avviato il più grande progetto di riarmo della loro storia dalla seconda Guerra mondiale. Tre giorni dopo l'invasione russa dell'Ucraina (il 27 febbraio 2022) il Cancelliere Scholz annunciava l'intenzione di investire in nuovi armamenti ben 100 miliardi di euro dal bilancio 2022, con l'obiettivo di raggiungere in breve tempo la soglia del 2% del PIL in spesa militare (obiettivo NATO). In secondo luogo, sfruttando l'ampio spazio di manovra offerto dal suo basso debito, Berlino ha messo in campo uno scudo da 200 miliardi per calmiere i prezzi delle bollette dei suoi cittadini, irritando l'intera comunità europea, che vede nella manovra il rischio di una destabilizzazione del mercato unico comune. A questo va aggiunta una posizione ambigua dei tedeschi sull'imposizione europea di un limite al prezzo del gas, sponsorizzata soprattutto dall'Italia, che porrebbe fine alla speculazione sui prezzi dell'energia. Questa azione autonoma della Germania ha fortemente indebolito i tentativi di risposta comune alla crisi energetica europea, rallentando ogni concreta presa di posizione delle istituzioni eurounitarie e, di certo, rendendo più complicate le trattative per le misure economiche che erano state immaginate. Nel Consiglio europeo dell'ottobre 2022, in verità, alcune aperture ci sono state, soprattutto con riguardo alla costituzione di una piattaforma comune di acquisto del gas (almeno per il 15% degli stoccaggi continentali) e al possibile piano di ristori europeo (sul modello del piano SURE), con qualcosa di più di una paventata adesione all'imposizione di un vincolo temporaneo al prezzo del gas e di un finanziamento delle dette misure con l'emissione di debito comune²⁶⁷. In buona sostanza,

²⁶⁶ Così J. DUFOURCQ, *Per Parigi è l'ora dell'Europa potenza*, in *Limes*, n. 6/2022, 136.

²⁶⁷ Così le conclusioni del Consiglio dell'Unione del 20 e 21 ottobre 2022: «di fronte all'uso dell'energia come arma da parte della Russia, l'Unione europea resterà unita per proteggere i suoi cittadini e le sue imprese e adotterà con urgenza le misure necessarie».

le misure economiche adottate con successo nel 2020 rappresentano anche oggi un chiaro modello per l'azione comune degli Stati membri davanti all'attuale crisi, ma siamo lontani dall'idea che la "risposta eurounitaria" rappresenti la forma necessaria (ancor meno vincolata) di quell'azione. La soluzione sovranazionale rimane comunque legata alle contingenze del momento e gioca un ruolo solo se è davvero percepita come utile agli interessi economici e geopolitici in gioco.

Rispetto al secondo tema che abbiamo posto, cioè se il cambio di prospettiva che abbiamo descritto possa avviare anche un processo di maggiore democratizzazione del sistema eurounitario, è necessario precisare preliminarmente alcune questioni. Molti sono i commentatori che sottolineano con forza come l'assetto istituzionale europeo sia privo di una forte legittimazione democratica²⁶⁸. E questo problema di legittimazione è di certo un fattore di debolezza della dinamica sovranazionale, costretta a confrontarsi con i governi eletti degli Stati membri. Questo *deficit*, elemento non certo ininfluenza, impedisce di ricondurre il modello istituzionale (costituzionale) europeo ai tradizionali sistemi di governo liberal-democratici. Riprendendo la puntuale osservazione di Sergio Fabbrini, l'Unione europea è più propriamente una "*compound democracy*", cioè un modello istituzionale che prevede una molteplicità di separazioni di potere, nell'idea che né gli Stati membri né le varie singole istituzioni debbano ottenere il monopolio del processo decisionale, il quale invece va affidato ad un sottile equilibrio e bilanciamento tra le differenti influenze dei vari attori istituzionali e politici²⁶⁹. Dice Fabbrini che «*a compound democracy is a democracy for a union of states, whereas the democratic models of the EU member states are characteristic of nation states*»²⁷⁰. In un modello in cui, però, la democrazia diviene questione di equilibri e non di legittimazione popolare, il rischio è che, tra le due dinamiche sovranazionale e intergovernativa, a prevalere finisca sempre per essere la seconda, che mobilita direttamente interessi nazionali diffusi, al contrario delle istituzioni eurounitarie, che di quegli stessi interessi possono farsi portatrici solo in via indiretta, contando che perfino il Parlamento europeo, unico organo eletto direttamente in una consultazione popolare, gioca un ruolo marginale nella definizione della su ricordata "direzione politica" dell'Unione (pur rafforzato dal Trattato di Lisbona). La natura composita della

²⁶⁸ *Ex plurimis* P. C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione Europea e perché*, Bologna 2010.

²⁶⁹ Vedi S. FABBRINI, *Madison in Brussels: The EU and the US as Compound Democracies*, in *European Political Science*, giugno 2005. L'Autore riprende il termine di "*compound democracy*" dalla dottrina costituzionale americana ed in particolare da James Madison, che sosterrà alla convenzione di Filadelfia del 1787, vero e proprio atto di nascita del federalismo statunitense, la supremazia del livello federale su quello statale. Sempre sull'accostamento tra esperienze europea e americana si veda R. BIFULCO, *Jefferson, Madison ed il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in rivista AIC n. 2/2012.

²⁷⁰ S. FABBRINI, *ult. cit.*, 6.

democrazia europea è però la causa di una distorsione costitutiva e forse, in ultima analisi, ineliminabile. Se la sovranità eurounitaria è essenzialmente funzionale, cioè legata ad una specifica cessione di competenze dalla periferia al nuovo centro, è chiaro che, con riguardo alle competenze cedute, ci sia «un allontanamento [del nuovo livello di governo creato] dai suoi protagonisti ultimi, cioè dai cittadini nel cui nome e per i quali si suppone che operi un governo democratico»²⁷¹. Il fenomeno porta il nome di “regionalismo invertito”: al contrario dei processi di regionalizzazione, che rafforzano la sussidiarietà e il rapporto diretto delle comunità politiche periferiche con il centro (un rafforzamento in definitiva della legittimazione democratica delle istituzioni), nel caso europeo il fondativo elemento democratico diminuisce «[non] solo nel senso di frustrare il potere di incidenza dei singoli individui, ma [anche alimentando] il fenomeno, separato e distinto, della delegittimazione delle istituzioni»²⁷². In questa dinamica, innanzitutto la dialettica tra Unione e Stati membri esclude i parlamenti e rafforza gli esecutivi, che coordinano e ispirano la dinamica intergovernativa (alcuni Stati membri, tra cui Germania e Italia, hanno provato a riassorbire questa tendenza introducendo strumenti di controllo parlamentare più pervasivi sull'azione europea dei propri governi). In secondo luogo, indebolisce l'influenza sull'indirizzo politico dei soggetti portatori degli interessi nazionali più diffusi e frammentati, rispetto a soggetti portatori di interessi più compatti e di statura transnazionale. Questo fenomeno è in realtà costitutivo del processo di integrazione, che si fonda essenzialmente sul superamento della base di legittimazione democratica nazionale, per crearne (artificialmente) una più ampia, tanto da corrispondere ad un continente intero.

Dunque, a questo innovativo processo che vuole un rafforzamento della dinamica sovranazionale manca comunque un elemento sostanziale, quella legittimazione democratica delle istituzioni eurounitarie che le renderebbe capaci di concorrere ad armi pari contro la forza delle istanze dei singoli Stati membri. Un'azione che solo marginalmente va costruita con l'ingegneria costituzionale, ma che deve poggiare su un retroterra che è culturale e politico, aperto da un'analisi organica e multidisciplinare del significato della costruzione europea. Non è un caso che oltreoceano la stessa tensione tra una dinamica sovranazionale, in quel caso democraticamente legittimata, ed una statale (intergovernativa) tradizionalmente forte si sia risolta solo con la prevalenza della prima sul campo di battaglia di *Gettysburg* nel 1863. Parliamo di quella guerra di indipendenza americana che, sotto la nobile lotta per l'abolizione della schiavitù, nascondeva quel

²⁷¹ M. CARTABIA - J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2000, 46.

²⁷² M. CARTABIA - J. H. H. WEILER, *ult. cit.*, 46.

profondo conflitto tra la dimensione federale e la sfera autonoma dei singoli Stati membri: la definizione del *federalizing process* statunitense.

Ecco, il Consiglio europeo del luglio 2020 non è stata la *Gettysburg* europea. Non ha proposto una soluzione definitiva al processo di integrazione europea, ma ha aperto una prospettiva nuova e di certo ha creato un precedente, portando tutti gli Stati membri dell'Unione ad accettare la garanzia e la mediazione delle istituzioni europee nella gestione degli strumenti economici di sostegno alle economie del continente, fortemente colpite da questa crisi pandemica. I fatti dimostreranno (e qualcosa abbiamo provato a dire) se anche in futuro questo modello di “soluzione sovranazionale alle crisi” mostrerà una sua utilità.

Ma facciamo un piccolo passo indietro. Per comprendere pienamente le implicazioni che questi processi stanno avendo sul modello, occorre analizzare, sì brevemente ma con maggiore attenzione giuridica, il vincolo nascente dal nuovo meccanismo di finanziamento generato dall'accordo politico di Bruxelles del luglio 2020 e dall'emanazione del successivo regolamento UE n. 2021/241. L'elemento condizionale della cessione di denaro (sia a prestito ovvero a fondo perduto), imperniato sulla realizzazione di incisive riforme di struttura e sull'obbligo di spendere quanto concesso nel rispetto delle linee di indirizzo fissate da Bruxelles, impone un adeguamento agli Stati membri che non è limitato a forme organizzative e viepiù amministrative, ma che punta ad una revisione organica delle macchine statali, spinte a migliorare le loro prestazioni in tema di burocrazia, concorrenza e giustizia²⁷³. Questo potrebbe significare che la fornitura del finanziamento sia strettamente legata ad un restringimento della discrezionalità politica, con una influenza che non si ferma agli organi di indirizzo presenti (parlamento e governo in carica), ma potenzialmente si estende a quelli futuri. Il *Next Generation EU* si atteggia (o almeno si vorrebbe atteggare) dunque a strumento forte di integrazione, capace in concreto di modellare una nuova sovranità europea, sempre più pervasiva e incidente sulle dinamiche nazionali. In qualche modo, si mostra con sempre maggiore chiarezza un'evoluzione nella definizione di una sovranità condivisa²⁷⁴, nella quale non influiscono più solamente le determinazioni delle istituzioni interne (non ci si ferma al rapporto di rappresentanza tra eletto e organi eletti), quanto piuttosto le scelte di un organismo sovranazionale capace di porre specifici obiettivi economico-sociali. È evidente come questi fenomeni mettano seriamente in dubbio le tradizionali teorie della sovranità nazionale e come quindi sia necessario definirne la compatibilità con i singoli

²⁷³ G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021

²⁷⁴ Vedi sul tema B. CARAVITA, *Lecture di Diritto costituzionale*, Torino 2020, 25 ss.

impianti costituzionali nazionali e, in particolare, con il nostro impianto costituzionale²⁷⁵. In questo, si sono palesati più indirizzi in dottrina, tesi a normalizzare la tendenza, per esempio ipotizzando la definizione di un nuovo “indirizzo politico normativo”²⁷⁶, ovvero a sottolineare i rischi di una inclinazione che potrebbe segnare la fine del sistema degli Stati nazionali europei²⁷⁷.

In verità, bisogna sottolineare come i vincoli imposti dal complesso normativo che istituisce il meccanismo condizionale del piano (il citato regolamento UE n. 2021/241 e, in Italia, il d.l. n. 77 del 2021 e il d.l. n. 152 del 2021) comandano sì il rispetto di specifici vincoli per l'attività normativa (fissando l'*an*, il *quomodo* e il *tempus* degli interventi), ma in una cornice che rimane sostanzialmente tecnica o, come sostiene qualche commentatore, “de-costituzionalizzata”²⁷⁸. Spiega, infatti, Cantaro che il PNRR nulla sarebbe se non un «documento “programmaticamente” de-costituzionalizzato»: «de-costituzionalizzato non significa incostituzionale. De-costituzionalizzato significa “semplicemente” che siamo fuori dalla lente con la quale la Costituzione Repubblicana legge i conflitti, [...] e le domande di emancipazione sociale dei cittadini»²⁷⁹. In buona sostanza, gli intendimenti del piano, concordati tra autorità sovranazionale e autorità statale, pur rispondendo ad elementi programmatici, si esprimono in mere caratterizzazioni di tipo tecnico, funzionali o al dirottamento ragionato dei fondi o alla creazione del contesto normativo utile all'allocazione. Ma se il piano ha respiro “tecnico”, non solo se ne nega il tono costituzionale, cioè la sua rilevanza giuspubblicistica, ma ancor più implicitamente si teorizza un margine di discrezionalità applicativa in capo al legislatore che riguarda le istanze sostanziali del piano stesso, che inevitabilmente devono combaciare con i principi costituzionali dello Stato attuatore. Questa qualificazione è di certo importante, perché ci dice che il vincolo sovranazionale è innanzitutto un vincolo di procedura, che lascia alla dialettica tra governo nazionale e Commissione la definizione di obiettivi, linee guida e principi di allocazione. Tanto è vero che l'art. 21 del regolamento istitutivo prevede la possibilità di una modifica *in itinere* del piano, da giustificare in base ad istanze oggettive e comunque sottoposta alla valutazione della Commissione e alla successiva approvazione

²⁷⁵ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 1/2022. Vedi sul tema anche C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana alla “prova” del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in rivista AIC, n. 3/2022.

²⁷⁶ A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico “normativo”?*, in *federalismi.it*, 18/2021

²⁷⁷ F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021

²⁷⁸ A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino 2021, 44 ss.

²⁷⁹ A. CANTARO, *ult. cit.*, 44.

del Consiglio²⁸⁰. Questo meccanismo di revisione, pur non di facile accesso, ci parla di un possibile adattamento del piano nel momento in cui la sua attuazione si trovasse, in ragione dei lunghi tempi di esecuzione (il traguardo è al 2026), a ricadere su istituzioni nazionali (esecutivo e parlamento) di diverso orientamento politico (come sta accadendo in Italia). Coglie il senso di queste osservazioni la definizione data da Nicola Lupo, che intende il meccanismo del *Next Generation EU* come un “procedimento euro-nazionale”, a sottolineare come il vincolo sovranazionale si produca all’esito di uno scambio dialettico tra centro e periferia, che però non genera obbligati rapporti sostanziali, ma disegna un programma di allocazione delle risorse e di creazione del contesto di allocazione delle risorse che è sì orientato politicamente, ma per fini generali. Al contrario, il piano è prima di tutto un procedimento di impulso amministrativo e di programmazione temporale degli interventi legislativi, con una natura, dunque, ispirata all’illegalismo e alla depoliticizzazione²⁸¹. In conclusione, anche il potere pubblico europeo generato dall’istanza sovranazionale in tempo di emergenza non sembra completamente svincolato dalla struttura dicotomica che ispira lo “spirito costituzionale” dell’Unione. E questo la dice lunga su quanto l’integrazione, anche nelle sue formule più spinte, resti comunque “ingabbiata” negli assetti dialogici dell’ordinamento eurounitario, costitutivi dell’attuale sistema e dunque non aggirabili se non a seguito di un incisivo intervento sui trattati.

2.2 La spinta giuridica: il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione europea.

Il quadro istituzionale europeo sconta evidentemente un collegamento diretto e strumentale con la dinamica intergovernativa, che ispira l’indirizzo politico normativo

²⁸⁰ Così l’art. 21 del Regolamento n. 2021/241: «1. Se il piano per la ripresa e la resilienza, compresi i pertinenti traguardi e obiettivi, non può più essere realizzato, in tutto o in parte, dallo Stato membro interessato a causa di circostanze oggettive, lo Stato membro interessato può presentare alla Commissione una richiesta motivata affinché presenti una proposta intesa a modificare o sostituire le decisioni di esecuzione del Consiglio di cui all’articolo 20, paragrafi 1 e 3. A tal fine, lo Stato membro può proporre un piano per la ripresa e la resilienza modificato o un nuovo piano per la ripresa e la resilienza. Gli Stati membri possono chiedere assistenza tecnica per l’elaborazione di tale proposta nell’ambito dello strumento di sostegno tecnico. 2. Se ritiene che i motivi adottati dallo Stato membro interessato giustificano una modifica del pertinente piano per la ripresa e la resilienza, la Commissione valuta il piano modificato o nuovo per la ripresa e la resilienza in conformità dell’articolo 19 e presenta una proposta per una nuova decisione di esecuzione del Consiglio conformemente all’articolo 20, paragrafo 1, entro due mesi dalla presentazione ufficiale della richiesta. Se necessario, lo Stato membro interessato e la Commissione possono convenire di prorogare tale termine di un periodo di tempo ragionevole. Il Consiglio adotta la nuova decisione di esecuzione, di norma, entro quattro settimane dall’adozione della proposta della Commissione. 3. Se ritiene che i motivi adottati dallo Stato membro interessato non giustificano una modifica del pertinente piano per la ripresa e la resilienza, la Commissione respinge la richiesta entro il termine di cui al paragrafo 2, dopo aver dato allo Stato membro interessato la possibilità di presentare le proprie osservazioni entro il termine di un mese dalla comunicazione delle conclusioni della Commissione».

²⁸¹ Oltre a N. LUPO, *ult. cit.*, vedi anche E. CAVASINO, *L’esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in rivista AIC, n. 3/2022.

dell'Unione e che misura, come abbiamo visto, in via definitiva il grado di assimilazione valoriale degli Stati membri (art. 7 TUE). Eppure, c'è un organo eurounitario che sfugge a questo assetto e che, anzi, è riuscito nel tempo a ritagliarsi una certa autonomia e legittimazione al di fuori della stretta sfera di competenze ottenute in ragione dei trattati. Dalla sua fiabesca sede lussemburghese²⁸², la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata forse il fautore più radicale del processo di integrazione, leggendolo, essa sì, con uno specifico tono costituzionale, che solo in tempi recenti ha trovato una serie di solide resistenze. Ben oltre il ruolo di organo garante del rispetto dei trattati, è proprio alla Corte che si deve la precisazione dei fondamentali caratteri del diritto dell'integrazione, che segnano la misura dei rapporti tra gli Stati membri e l'Unione. Se, come abbiamo visto, la natura costituzionale dell'ordinamento europeo sta tutta nel fatto che esso si fonda sul generale riconoscimento da parte dei membri di un costitutivo principio di integrazione, assunto dagli stessi ordinamenti periferici al più alto grado della propria gerarchia delle fonti, la Corte di giustizia si è nel tempo ritagliata il compito di qualificare e riempire di senso quel principio, attraverso un'azione giurisprudenziale efficace e pervasiva.

Efficacia e pervasività che vanno imputate ad uno specifico strumento di ricorso alla Corte di Lussemburgo che i trattati riconoscono agli organi giurisdizionali degli Stati membri: il cosiddetto rinvio pregiudiziale, normato all'art. 267 TFUE (già art. 177 del Trattato di Roma). In buona sostanza, un qualsiasi giudice nazionale può investire la Corte di una questione di pregiudizialità che riguardi l'interpretazione dei trattati ovvero la validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Tale forma di adizione non è solo possibile, ma acquista il crisma dell'obbligatorietà quando la questione pregiudiziale venga sollevata in un giudizio pendente dinanzi ad organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi impugnazione. La funzione "rivoluzionaria" di questo strumento è allora evidente sotto più prospettive. Innanzitutto, esso si attegga a meccanismo di concreta efficacia del diritto eurounitario. Infatti, ogni giudice che si trovi ad applicare una qualsiasi disposizione derivante da fonti europee potrà, in caso di dubbio interpretativo o perfino di paventata invalidità dell'atto, chiedere un pronunciamento alla Corte di giustizia, chiamata ad esercitare una funzione di nomofilachia continentale. In secondo luogo, il

²⁸² Qui il riferimento è al famoso incipit di uno dei più famosi saggi dedicati al ruolo della Corte di giustizia nel complesso dell'ordinamento europeo, E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 75/1981 1. Così la traduzione del testo presente in M. CARTABIA - J. H. H. WEILER, *ult. cit.*, 62: «appartata nel paese delle fiabe del Ducato di Lussemburgo e circondata, fino a poco tempo fa, da una benevola non curanza da parte dei poteri costituiti e dei mass media, la Corte di giustizia delle Comunità europee [così ancora si chiamava nel 1981] ha modellato un'architettura costituzionale per un'Europa di tipo federale».

rinvio pregiudiziale è un chiaro e privilegiato facilitatore del dialogo tra la Corte di Lussemburgo e il complesso degli organi giurisdizionali degli Stati membri. L'assestamento di determinate tendenze interpretative, tarate magari sulle diverse tradizioni pretorie e sui differenti principi di diritto propri di ciascuno Stato membro, può essere favorito dall'intervento di metabolizzazione e sintesi a cui è chiamata la Corte europea. Un'ultima interessante prospettiva riguarda l'idea di una pervasività del diritto dell'Unione e l'uniformità della sua applicazione, tale per cui si prevede nei trattati una specifica opzione di rinvio che permetta al singolo giudice di adeguare il suo giudizio all'ermeneutica eurounitaria, garantita appunto a Lussemburgo.

Queste determinazioni non sono in realtà scontate. In un primo momento, agli albori del processo di integrazione, il ruolo della Corte di giustizia era essenzialmente orientato alla verifica delle legittimità degli atti delle autorità europee e in quel primo art. 177 del Trattato del 1957 si celava nulla più che «l'intento di offrire un'interpretazione autentica delle norme comunitarie che potessero essere di ausilio per risolvere una controversia pendente davanti ad un giudice nazionale e soprattutto con l'intento di offrire un'ulteriore possibilità di revisione dell'azione delle istituzioni comunitarie²⁸³». In un contesto in cui ancora era oscuro il passaggio da costruzione internazionale a costruzione sovranazionale, in qualche modo lo strumento del rinvio pregiudiziale era una forma pacifica di dialogo, soprattutto nella preoccupazione che potessero sorgere discrasie e conflitti su come i singoli Stati membri recepivano e facevano vivere gli obblighi comunitari nei loro sistemi. Ma se evidentemente in queste prime formule si ragionava di una dialettica tra pari, cioè di una forma di facilitazione dinamica dell'applicazione del diritto comunitario, è tra la fine degli anni cinquanta e l'inizio dei sessanta che comincia a farsi largo l'idea che risulti necessaria «una lettura costituzionale del sistema sovranazionale, [con] la necessità di un'esegesi teleologicamente orientata che non si limiti alla dimensione testuale e che tenga nella dovuta considerazione la volontà di realizzare un mercato comune e la finalità integrativa contenuta nei trattati»²⁸⁴.

Questa spinta verticale tocca il suo apice nel 1963, in quella famosa pronuncia *Van Gend en Loos* che apre la trafila della cosiddetta “giurisprudenza costituente” della Corte. I giudici di Lussemburgo arrivano in quel caso a teorizzare l'autonomia dell'ordinamento europeo rispetto a quelli dei singoli Stati membri, così da dedurre, in via di principio, l'immediata efficacia delle norme europee *self executing* e l'esclusiva competenza del

²⁸³ F. VECCHIO, *Primato del diritto europeo e identità costituzionali. Le implicazioni dogmatiche dell'europeizzazione dei “controlimiti”*, Acireale-Roma 2011, 26.

²⁸⁴ F. VECCHIO, *ult. cit.*, 26.

Tribunale dell'Unione nel decidere dell'interpretazione del diritto comunitario (poi eurounitario). L'aspetto interessante è che i principi qui riportati sono decisi dalla Corte con un ragionamento deduttivo, che parte dalla questione del "senso" da dare nel contesto dell'ordinamento europeo all'istituto del rinvio pregiudiziale. L'allora art. 177 del Trattato (oggi il 267 TFUE) dimostra inequivocabilmente la specifica volontà di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario (unionale), tanto che, in ragione di ciò, non si può non riconoscere ad esso la capacità di assumere in via diretta (non mediata) diritti per i cittadini che devono trovare riscontro e applicazione immediata negli ordinamenti periferici. L'esigenza che traspare dagli strumenti giuridici e dalle finalità dei trattati è quella di una vera e propria armonizzazione del sistema europeo, che trova proprio nella Corte di giustizia il più alto interprete. È, dunque, in via pretoria che si afferma una prima decisa presa di posizione rispetto alla qualifica "sovranzionale" dell'ordinamento europeo, cioè della sua autonomia, che almeno all'inizio è pensata in termini assoluti, ma che andrà poi ricondotta alla sua dimensione relativa. Sta di fatto che l'affermazione del principio dell'effetto diretto non si propone solo in una prospettiva concettuale, ma ha un concreto risvolto pratico: si può dire, infatti, che «l'effetto diretto ha significato per gli Stati membri che violino gli obblighi comunitari [unionali] non possono più spostare il luogo della controversia relativa a tale violazione in un foro interstatale o comunitario, perché essi verranno chiamati a rispondere in giudizio per le violazioni del diritto comunitario davanti ai propri giudici, ad iniziativa dei singoli, all'interno del proprio ordinamento giuridico»²⁸⁵. Non un'affermazione da poco! Per la prima volta si ammette che il *datum* comunitario (allora solo di respiro istituzionale, ma oggi a caratterizzazione valoriale) non interagisce solo ed esclusivamente con il complesso ordinamentale degli Stati membri, cioè con i singoli ordinamenti nazionali nella loro organicità, ma reclama a sé soggetti giuridici, che propriamente e autonomamente qualifica (i cittadini europei) e che sottrae in ragione di determinate situazioni e nel campo di determinate competenze all'originaria appartenenza statale. È qui che si registra la prima vera consacrazione della spinta sovranazionale, resa nella concreta manifestazione di un suo essenziale corollario. Ma non è tutto.

Nel 1964 la Corte di Lussemburgo fece un ulteriore passo avanti, introducendo nell'ordinamento comunitario il principio di supremazia. Nel caso che oppose l'Avv. Flaminio Costa alla società ENEL, il giudice europeo arrivò ad affermare che, in caso di conflitto, tra una norma dell'ordinamento europeo e una dell'ordinamento nazionale, a prevalere sarebbe stata la prima, anche se di livello secondario (non convenzionale

²⁸⁵ M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *ult. cit.*, 74.

dunque) e a prescindere dalle norme interne confliggenti²⁸⁶. Anche nella costruzione pretoria di tale principio, la Corte sviluppa il tema dell'applicazione uniforme, in quanto solo attraverso il primato è possibile assicurare una forza vincolante al Trattato ed evitare che esso possa essere declinato differentemente Stato membro per Stato membro²⁸⁷. Su questa linea, sembra chiaro allora il salto di qualità che porta lo stesso giudice di Lussemburgo a far valere tale principio di prevalenza perfino sopra le norme di rango costituzionale dei singoli paesi membri, soprattutto se la tutela europea riguarda un diritto fondamentale²⁸⁸. Il portato sostanziale del primato però pone, a un certo punto, un problema di effettività. È chiaro che il giudice nazionale è tenuto a far prevalere la norma europea se confligge con quella interna, assai più complesso stabilire il come lo stesso giudice nazionale debba assicurare tale prevalenza. Non è un caso allora che la stessa Corte di giustizia, fin dalla sentenza Commissione contro Italia del 1972²⁸⁹, si sia spinta a dedurre specifiche conseguenze procedurali in ragione dell'applicazione della detta clausola di supremazia. Prima (appunto nel 1972) esclude la necessaria abrogazione parlamentare della norma interna contrastante, che integrerebbe ove ritenuta plausibile una vera e propria condizionalità politica (la necessità di un voto parlamentare in seno all'assemblea legislativa dello Stato membro) al primato. Poi (siamo nel 1978 con la sentenza Simmenthal²⁹⁰) articola un vero e proprio "sistema diffuso" per il controllo della stretta applicazione del diritto europeo. Il secondo caso è quello più travolgente, perché supera un precedente orientamento della Corte che lasciava al singolo Stato membro il compito di individuare le modalità per rendere effettivo il primato. Ma soprattutto accentua quella dissociazione nell'interazione tra centro e periferia di cui prima abbiamo parlato, cedendo in via pretoria a quegli stessi soggetti che esercitano la sovranità statale in tema di *iurisdictio* (la sovranità del loro Stato di appartenenza) il compito di assicurare la prevalenza dell'ulteriore sovranità condivisa. Elemento che vedremo genererà una netta conflittualità. In buona sostanza, il principio del primato non rappresenta altro che una clausola di supremazia (sul modello di quella prevista nella forma di Stato federale) imposta per via pretoria e che segna un modo di essere ulteriore del *datum* istituzionale europeo e del suo modo di imporsi agli ordinamenti degli Stati. Con una Corte di giustizia dell'Unione che

²⁸⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 15 luglio 1964, nella causa Flaminio Costa contro E.N.E.L.

²⁸⁷ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 13 febbraio 1969, nella causa *Walt Wilhelm* e altri contro *Bundeskartellamt*.

²⁸⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 17 dicembre 1970, nella causa *Internationale Handelsgesellschaft Mbb* contro *Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide Und Futtermittel*.

²⁸⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 13 luglio 1972, nella causa Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana.

²⁹⁰ Parliamo della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato* contro *Simmenthal s.p.a.*

si atteggiata a interprete unico e privilegiato della dinamica sovranazionale, ancor più se consideriamo che corollario precipuo di un siffatto primato, creato totalmente nella ragione del processo, è che anche la determinazione dei confini delle norme soggette o meno al diritto eurounitario, così quindi ricomprese o sottratte alla primazia, è tutto nelle mani del giudice europeo. Su esso ricade quella che la dottrina tedesca chiama *Kompetenz-kompetenz*, cioè la capacità di prendere decisioni vincolanti sulla sua stessa medesima giurisdizione, decidendone limiti e zone grigie²⁹¹.

Ma il quadro è più ampio. In questo processo giurisprudenziale di definizione delle “regole dell’integrazione”, vanno aggiunte ulteriori determinazioni di principio sviluppate dal giudice europeo, sempre a svolgimento del ragionamento di fondo che abbiamo descritto, cioè della necessità di assicurare una generale uniformità di applicazione del diritto. In particolare, l’ulteriore questione sorta nel processo di sviluppo riguarda la garanzia dell’efficace azione della sovranità comunitaria, cioè della garanzia che essa posseda gli strumenti via via più idonei a svolgere le proprie funzioni e competenze. La questione arrivò alla ribalta quando nel 1970 si arrivò a sindacare davanti la Corte di giustizia il potere delle istituzioni allora, comunitarie, di stipulare trattati internazionali (cosa a quel tempo non prevista espressamente nel testo convenzionale). Nella sua decisione del 1971, *Commissione CEE contro Consiglio CEE*²⁹², la Corte di Lussemburgo risolse il problema teorizzando che, anche se non espressamente prevista nel testo dei trattati, la competenza a stipulare trattati da parte delle istituzioni europee deve considerarsi implicita ogni qualvolta essa sia necessaria per l’espletamento di una specifica e legittima competenza, questa sì esplicitamente riconosciuta. A prescindere dalla specifica questione del potere di stipulare trattati, questo principio dei poteri impliciti esprime la volontà di massimizzare le competenze europee, ampliandone il più possibile la portata e quindi segnandone l’incidenza nei singoli ordinamenti statali. Chiaro il cambio di prospettiva: nel diritto internazionale la regola interpretativa vorrebbe una lettura delle norme concordate il più possibile aderente al testo e comunque intesa al minimo condizionamento della sovranità esclusiva dei paesi sottoscrittori. Qui il piano si ribalta, con uno sviluppo potenzialmente illimitato della sovranità condivisa, misurato in via teleologica, sugli obiettivi da realizzare, e non in via oggettiva, in funzione dello stretto bilanciamento risultante dai trattati. Ma le conseguenze di questa presa di posizione sono state anche più profonde, avendo offerto la base per una teorizzazione in chiaro scuro del medesimo principio. Infatti, se le istituzioni si possono muovere in maniera disinvolta nello spazio aperto dalle competenze

²⁹¹ Si veda sempre M. CARTABIA - J. H. H. WEILER, *ult. cit.*, 75.

²⁹² Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 31 marzo 1971, nella causa *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*.

affidategli in base ai trattati, tanto da avere piena libertà di scelta degli strumenti necessari a perseguire nel miglior modo gli obiettivi che tali competenze gli impongono, da ciò evidentemente deriva che in quegli specifici ambiti l'azione statale deve necessariamente contrarsi e rispettare il campo di esclusività della sovranità condivisa. La stessa Corte di Lussemburgo ha stabilito che in alcuni settori tale esclusività è assoluta (ad esempio, la politica commerciale comune), mentre in altri essa si realizza nelle forme della *pre-emption*, cioè l'effetto preclusivo per lo Stato sorge solo ove esista nei fatti una normativa europea in quel determinato settore.

Un ulteriore sviluppo giurisprudenziale utile ai fini del discorso che stiamo portando avanti è quello che ha riconosciuto la responsabilità degli Stati membri per la mancata applicazione ovvero il mancato recepimento del diritto europeo. Nella storica sentenza *Francovich*²⁹³ la Corte ha riconosciuto in capo ai cittadini europei (in quel caso al cittadino Andrea Francovich), al determinarsi di specifiche condizioni, la possibilità di intentare un'azione da illecito per danni avverso lo Stato (in quel caso l'Italia) che abbia omissso di attuare una direttiva. Una giurisprudenza questa che ha avuto un ampio successivo avanzamento, affinando le condizioni esposte nel precedente citato del giudice europeo e affidando alle Corti nazionali la possibilità definire la misura e la forma più adeguate del risarcimento. Anche qui, torna il tema della dissociazione, che è la più chiara manifestazione del tono sovranazionale di queste decisioni. La sovranità condivisa europea, pur vivendo della legittimazione intergovernativa, tenta di definire un rapporto diretto con i soggetti di diritto presenti nei singoli ordinamenti, atteggiandosi a garante terzo e ulteriore dei diritti, ma con il serio rischio di avviare una forma di dissoluzione delle istanze organiche interne a ogni singolo Stato membro. Una cosa che, come abbiamo visto, si manifesta anche nelle modalità in cui la Corte ha affrontato il tema dei diritti individuali, impegnandosi, almeno fino a Lisbona e quindi alla consacrazione nei trattati della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, in una vera e propria azione creativa, con tutti i limiti già segnalati di questa operazione.

Tirando un po' le fila del discorso, soprattutto nel periodo antecedente a Lisbona (che ha poi formalizzato alcune specifiche spinte sovranazionali), la Corte di giustizia europea ha costruito un nucleo ben strutturato di principi utili a svolgere il concetto di integrazione. Il tono costituzionale dell'evoluzione giurisprudenziale sospinta dalla Corte sta proprio nella volontà di costruire una struttura giuridica di sostegno al processo di integrazione,

²⁹³ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 19 novembre 1991, nella causa Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana.

che fornisca le coordinate fondamentali a cui uniformare la dinamica tra centro e periferia in questo nuovo sistema. Il principio dell'effetto diretto, quello di supremazia, la dottrina dei poteri impliciti, il principio di responsabilità dello Stato, uniti poi al nucleo duro valoriale e ai diritti fondamentali, non solo esaltano la caratterizzazione sovranazionale del sistema europeo, ma rappresentano la sostanza di quel principio di integrazione che abbiamo detto essere stato assorbito dagli Stati membri al più alto grado dei loro ordinamenti giuridici. Il passaggio è chiaro. Nella scelta di aderire al cammino europeo il singolo Stato non partecipa semplicemente di un'organizzazione internazionale, pur grandemente strutturata, ma decide di affidarsi ad un complesso sistema di integrazione dinamica, in cui egli riconosce la limitazione della propria sovranità in ragione di una sovranità condivisa che esprime un autonomo potere pubblico agente nell'espletamento di determinate specifiche competenze. Da tale adesione, che non può non dirsi costituzionalmente rilevante, discende il rispetto di un nucleo di regole di natura essenzialmente procedurale (principi) che garantiscono la misura e i limiti di quel processo dinamico.

Due le osservazioni che derivano da ciò. Innanzitutto, il fatto che l'emersione dei principi procedurali dell'integrazione è connaturata alla struttura dei trattati. Nel momento in cui si costruisce un sistema istituzionale atto a svolgere una sovranità specifica, non propriamente autonoma rispetto a quella degli Stati ma singolare e ad essa complementare, si ammette che quest'ultima massimizzi la sua indipendenza, in un modo o in un altro. Ancora, se questo è vero, non è un caso che la spinta più forte alla definizione della forza sovranazionale sia venuta dalla Corte di giustizia, che rappresenta l'unica istituzione del complesso ordinamento europeo estranea ad ogni tipo di influenza dell'istanza intergovernativa, se non forse nelle regole che ne presiedono la composizione²⁹⁴. Questo l'ha resa particolarmente idonea a tale processo di costruzione, che certamente ha trovato una sua conclusiva definizione nella firma del Trattato di Lisbona. Ancora di più, qualche autore ha sottolineato come lo stesso strumento del rinvio pregiudiziale, soprattutto quando usato in tema di diritti fondamentali, sia stato interpretato dai giudici nazionali

²⁹⁴ Le disposizioni di riferimento presenti nei Trattati sono l'art. 19.2 TUE e l'art. 253 TFUE. Entrambe delineano una certa informalità nel processo di nomina, che resta essenzialmente ispirato a criteri tecnico-politici, nonché sulla base della provenienza nazionale. Infatti, si stabilisce che «la Corte di giustizia è composta da un giudice per Stato membro. È assistita da avvocati generali. Il Tribunale è composto da almeno un membro per Stato membro. I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia e i giudici del Tribunale sono scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che soddisfino le condizioni richieste agli art. 253 e 254 del TFUE. Sono nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri per sei anni. I giudici e gli avvocati generali uscenti possono essere nuovamente nominati» (art. 19.2 TUE). Sulla medesima scorta l'art. 253 TFUE, che ripete la formulazione secondo cui «i giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia [...] sono nominati di comune accordo per sei anni dai governi degli Stati membri, previa consultazione del comitato di cui all'art. 255 [si tratta del comitato che verifica l'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale]».

nelle forme di un vero e proprio contro-sindacato di costituzionalità. In sostanza, il rinvio *ex art. 267 TFUE* è divenuto «strumento per provocare un'espansione intenzionale dei confini del diritto dell'unione attraverso l'impiego della Carta di Nizza come una sorta di contro-costituzione, in cui sarebbe riassunto un sistema di protezione dei diritti alternativo e concorrente rispetto alla costituzione nazionale»²⁹⁵. Un equivoco provocato!

A prescindere però dalle questioni di struttura e definitorie che qui abbiamo voluto rammentare e rendere organiche, esiste, sottesa a questo discorso, una chiara questione di politica costituzionale. Se l'attività della Corte, almeno sino al 2007, è stata in sostanza orientata, almeno nelle sue determinazioni generali, a qualificare l'assetto dinamico dell'integrazione e a rafforzare l'istanza sovranazionale, con la cristallizzazione di quel modello avvenuta nei trattati, acquisisce sempre più un ruolo di arbitro della dinamica dell'integrazione. In sostanza, più che organismo della sovranazionalità, la Corte di Lussemburgo dovrebbe porsi in una posizione di equidistanza tra le due istanze fondative del complesso eurounitario, a metà insomma tra centro e periferia. Gli italiani direbbero a metà tra Bruxelles e Roma, i francesi a metà tra Bruxelles e Parigi, gli austriaci a metà tra Bruxelles e Vienna e così via. Una posizione che non la assimili più tanto ad un tribunale costituzionale (ha esaurito questo compito), quanto piuttosto al vecchio modello del *Reichsgericht* di tradizione austroungarica. Quello istituito nel 1867, sostituito poi nel 1919 dalla *Verfassungsgerichtshof* era nella sostanza l'arbitro delle autonomie che componevano l'impero asburgico dopo la riforma diarchica²⁹⁶. Il riferimento, se preso alla lettera, rischia certo di essere estemporaneo. Quello che però vuole sottolinearsi è che la Corte di giustizia appare oggi l'unico organismo in grado di mediare tra istanze contrapposte e quindi può davvero rappresentare il garante ultimo dell'integrazione, purché, nel giusto bilanciamento tra le due dinamiche, non assuma una posizione totalmente sbilanciata su un rafforzamento della spinta centralizzante, non sia cioè la fautrice delle ragioni di uno solo dei due elementi. Il senso di questa affermazione sarà più chiaro quando svilupperemo gli elementi di resistenza alla dinamica assimilatrice, che sembrano essere depotenziati dall'azione del tribunale di Lussemburgo, tanto da costringere di frequente le singole Corti costituzionali nazionali a forzare il dialogo con il giudice europeo, creando

²⁹⁵ Così A. MANGIA, *L'interruzione della grande opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 865

²⁹⁶ Il *Reichsgericht* - Tribunale imperiale dell'Impero austro-ungarico - venne istituito con il *Staatsgrundgesetz* del 21 dicembre 1867 ed entrò in funzione con la legge del 18 agosto 1869. Decideva dei conflitti di competenza, tra giudici ed autorità amministrative, tra *Verwaltungsgerichtshof* e giudici comuni, tra organi rappresentativi di un *Land* e autorità amministrative e tra organi amministrativi di *Länder* diversi, sulle pretese patrimoniali dei *Länder* nei confronti del *Reich* e viceversa, dei *Länder* far loro e dei cittadini nei confronti del *Reich* o di un *Land*, sui ricorsi dei cittadini per la lesione dei diritti politici costituzionalmente garantiti, dopo l'esaurimento delle vie amministrative. Per un'analisi approfondita si veda il già citato B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca*, Padova 1985, 29 ss.

sgrammaticature e disarmonie spesso di difficile ricomposizione. Ne parleremo nei prossimi paragrafi.

Ultimo punto da analizzare riguarda però il rango costituzionale del principio di integrazione e dei corollari procedurali individuati dalla Corte di giustizia, che dunque impongono un'assimilazione al più alto grado delle fonti del sistema statale. In sostanza, firmando quello che è a tutti gli effetti un trattato internazionale, lo Stato sottoscrittore si vincola ad ammettere nell'ordinamento un complesso di principi che non possono non avere un riconoscimento a livello costituzionale, cioè appunto al più alto grado gerarchico previsto dal singolo ordinamento, e quindi in astratto a modificare la propria Carta fondamentale con un procedimento che al meglio può essere definito improprio (totalmente fuori dalle regole che presiedono le più disparate formule rigide di revisione costituzionale). Non è un caso che la maggior parte degli Stati membri europei ha proceduto, dopo l'adesione, a specifiche riforme costituzionali di adeguamento (in realtà, anche l'Italia nel 2001 ha voluto inserire un preciso riferimento al diritto comunitario nel primo comma dell'art. 117 Cost., così da risolvere le questioni lungamente discusse in dottrina di come giustificare costituzionalmente la partecipazione italiana al processo di integrazione). Vi è allora una disarmonia fondamentale non superata tra strumento di adesione e implicazioni dell'adesione, proprio in ragione del tono costituzionale del diritto dell'integrazione, direi di più del dato di realtà dell'integrazione. Ora, è chiaro che la questione, almeno per quel che riguarda l'ordinamento italiano, è da molto superata²⁹⁷, ma essa ci restituisce plasticamente la dimensione pubblica del discorso europeo. Un procedimento di pura ingegneria costituzionale, che però trova dei confini, soprattutto perché non si realizza in una sostituzione di sovranità (cioè il passaggio dalla sovranità nazionale a quella condivisa europea - se pure fosse possibile in astratto che una sovranità

²⁹⁷ Fin dall'inizio la dottrina italiana mise in evidenza l'inopportunità di aver dato esecuzione ai trattati europei per il tramite di una mera legge di ratifica ed esecuzione (il Trattato CECA con la legge n. 766 del 1952 e i Trattati CEE ed EURATOM con la legge n. 1203 del 1957). Per rendere pienamente cogenti gli effetti di ordine "costituzionale" da rinvenirsi nei trattati, si cercò allora una copertura che avesse appiglio direttamente nel testo della Carta del 1948. Una prima linea interpretativa (Quadri, Mattioni) tentò di ricondurre l'osservanza delle norme comunitarie nell'alveo dell'art. 10 Cost., quello del "trasformatore permanente", sostenendo che tra le norme di diritto internazionale comunemente riconosciute vi fosse anche la previsione secondo cui *pacta sunt servanda*, così che il rispetto tutti i trattati internazionali, anche quelli comunitari, dovrebbe vincolare lo Stato in virtù del detto parametro costituzionale. Una seconda lettura (Monaco, Modugno, Sorrentino), riferiva invece i trattati comunitari all'art. 11 Cost., quello che prevede che l'Italia addivenga a limitazioni della propria sovranità se necessarie alla realizzazione di un ordinamento internazionale che promuova la pace e la giustizia tra le nazioni. Le ampie cessioni di sovranità che derivano dall'adesione al processo di integrazione eurounitaria sarebbero dunque da inserire nel quadro, costituzionalmente legittimo, di una cessione di sovranità vincolata allo scopo di permettere una più stretta cooperazione tra le nazioni in funzione anti-bellica. Sarà questa seconda interpretazione ad essere fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale, prima con la sentenza n. 14 del 1964 e, ancor più, con la sentenza n. 183 del 1973. Con la riforma del Titolo V avvenuta nel 2001, la specifica menzione del diritto comunitario è stata inserita all'art. 117, comma 1, Cost., quale specifico vincolo per l'esercizio della funzione legislativa, statale e regionale.

ammetta la propria cessazione in essere), ma nella costruzione di una comune sovranità derivata, che opera in rapporto dialettico con le sovranità originarie. L'integrazione impone allora la singolare costituzionalizzazione del *datum* europeo, fatto di valori, istituzioni e principi procedurali pretori, in perenne dialogo con la sovranità dei singoli Stati membri. Il dialogo comporta dunque un contro-discorso, un elemento di corrispettiva resistenza che proveremo ora a declinare.

3. Elementi di resistenza.

L'integrazione europea non è un pranzo di gala. Parliamo certo - e non si può negare - di un processo sostenuto da una reale coscienza civile, tutt'altro che artificiale, ma fondata su una effettiva condivisione identitaria, che è nella storia prima che nella filosofia. Ma ciò non toglie che la *reductio ad unum* comporti dei costi e che il dinamismo di tale processo non sia esente da una dimensione conflittuale, che è la base materiale della creazione dello spazio pubblico europeo. Dopo tutto, il conflitto è (o almeno dovrebbe essere) uno strumento di crescita e affermazione dei diritti, perché ne assicura il risvolto storico-materiale e dunque più propriamente politico, evitando che essi si esprimano esclusivamente quale mero esercizio tecnico; anzi, forse proprio la negazione della radice conflittuale della costruzione europea è una delle cause della sua crisi.

Ecco, lo spazio pubblico europeo in costruzione vive innegabilmente una dinamica conflittuale, che è insita, come abbiamo visto, nella stessa struttura dei trattati europei. Da una parte, un movimento di riduzione unitaria, assicurato dalle istituzioni di natura propriamente sovranazionale, come anche dal primato ermeneutico della Corte di giustizia dell'Unione europea; dall'altra, un movimento di resistenza statale, che istituzionalmente si esprime nella natura intergovernativa del Consiglio dell'Unione e che trova una garanzia nel concetto di identità costituzionale degli Stati membri. Al fianco del quadro istituzionale esiste dunque un ampio retroterra giurisdizionale, in cui propriamente si misura il processo di integrazione, con la Corte di giustizia che attivamente recupera alla centralità europea la tutela di determinate situazioni giuridiche, spesso incontrando il contrario atteggiamento degli organi giurisdizionali dei singoli ordinamenti nazionali, intenzionati a difendere lo spazio di autonomia che ancora gli spetta. Ben oltre logiche propriamente tecnico-giuridiche, non deve sfuggire allora come la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo vada anche letta quale manifestazione di specifiche scelte di politica costituzionale, volte chiaramente a risolvere il conflitto tra ordinamento europeo e singolo ordinamento statale, troppo spesso in favore del primo.

Le resistenze certo non mancano. E non a caso si esprimono, da parte dei tribunali costituzionali dei singoli Stati, nella rivendicazione della legittimità di esercitare un'ultima verifica del principio di attribuzione (*Ultra-vires Kontrol*) e della eventuale lesione dei principi fondanti il singolo ordinamento costituzionale (contro-limiti). Bisogna di certo annoverare in questa tendenza la decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020, che ha dichiarato il programma di acquisto di titoli finanziari degli Stati membri da parte della Banca centrale europea, il cosiddetto *Quantitative Easing*, esorbitare le specifiche attribuzioni dei trattati, rendendolo dunque non vincolante per i poteri pubblici della Repubblica federale. Ancora, sulla medesima linea, la sentenza della Tribunale costituzionale di Varsavia del 7 ottobre 2021 (K 3/21), con la quale la detta Corte si è ritagliata il compito di verificare e sindacare atti e azione delle istituzioni dell'Unione che si pongano al di fuori delle specifiche competenze loro conferite dalla Polonia in virtù dei trattati stessi (il caso riguardava l'organizzazione dell'ordinamento giudiziario). Un ultimo e più recente esempio, la sentenza n. 390 del 2021 della Corte costituzionale romena che, con riguardo alla disciplina statale istitutiva di una specifica sede accentrata di indagine sui delitti imputabili a giudici e pubblici ministeri che palesava alcuni caratteri di incompatibilità con l'art. 19 TUE, ha salvato i contenuti della stessa perché espressione dell'identità costituzionale romena e ha imposto ai singoli giudici ordinari di non poter questionare della conformità al diritto europeo di una normativa su cui la stessa Corte costituzionale abbia già dichiarato la rispondenza all'art. 148 della Costituzione romena (quello che sancisce il primato del diritto europeo su quello interno).

Al fondo del dato giurisprudenziale, che qui analizzeremo, si possono dunque individuare due indicative formule di resistenza: una prima che potremmo dire convenzionale, perché specificatamente definita dai trattati all'articolo 4.2 TUE, la quale fa diretto riferimento alle identità nazionali degli Stati membri; una seconda che potremmo dire pretoria, che nasce invece in seno alla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali (in particolare quella italiana e tedesca), la quale intende riaffermare, proprio nell'ottica costituzionale europea che abbiamo sin qui descritto, il dato derivato dell'ordinamento europeo, che ad oggi non ha soppresso le singole sovranità costituzionali degli Stati membri.

3.1 Resistenza convenzionale: le identità nazionali degli Stati membri.

Abbiamo già osservato come il Trattato di Lisbona esplicitamente puntelli gli elementi forti di assimilazione (valoriale e normativa) con alcuni spazi di eccezione, tra tutti quell'art. 4.2 TUE che ispira l'azione eurounitaria al rispetto identitario e funzionale degli

Stati membri. Sotto il primo punto di vista, la disposizione parla di identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, degli Stati, compreso il sistema delle autonomie. Sotto il secondo punto di vista, la disposizione parla del nucleo essenziale delle funzioni dello Stato (salvaguardia dell'integrità territoriale, mantenimento dell'ordine pubblico e tutela della sicurezza nazionale), quelle che, ove venissero sottratte alla dimensione nazionale, ne negherebbero la corrispondente sovranità.

Una prima questione che si pone è evidentemente di carattere contenutistico. La prevalente opinione dottrina e la maggioritaria giurisprudenza della Corte di Lussemburgo propendono per una lettura inflessa della disposizione, ritenendo che essa disegni una specifica deroga al principio del primato e dell'uniforme applicazione del diritto europeo. Ove nelle forme e nei principi della Costituzione di uno Stato membro possa rinvenirsi un peculiare elemento di principio, identitario o funzionale, che non permetta una piena espansione del diritto eurounitario in quello specifico ordinamento nazionale, esso potrà (non necessariamente) rappresentare motivo di eccezione, di cui verificare in concreto le conseguenze. Questa lettura impone, da un punto di vista materiale, che il potenziale limite sia riconducibile alla fonte costituzionale del singolo ordinamento, cioè ad un elemento giuridico che trovi concretezza perché esplicitamente normato ovvero ricavato dall'ermeneutica fondante di una data disposizione. Qualcosa che sia dunque "strutturalmente" e "positivamente" inserito nell'ordinamento e non, invece, ricavabile da valori extragiuridici facilmente sottoponibili a usi politici e declinazioni politiche²⁹⁸.

Ancora, l'eccezione non potrà poi ragionevolmente prescindere dal contesto giuridico in cui è inserita. Soprattutto essa non potrà negare gli essenziali fondamenti dell'integrazione, basati sull'adesione di tutti i membri al dato valoriale espresso dall'art. 2 TUE, tanto che non potrà evidentemente giustificarsi alcuna eccezione identitaria fondata sulla negazione del *datum* valoriale dell'Unione ovvero che intenda sottrarsi al rispetto dei principi di democrazia e stato di diritto²⁹⁹. Su questo la Corte di giustizia si è espressa con molta

²⁹⁸ Chiaro il riferimento alla famosa formula utilizzata dalla Corte costituzionale ungherese nella decisione n. 22/2016 in tema di interpretazione dell'articolo E della sua legge fondamentale: «*the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – [but] merely acknowledged by the Fundamental Law*».

²⁹⁹ Critico su questa posizione M. LUCIANI, che già nel 2016 scriveva: «a mio avviso, l'art. 4.2 del TUE si risolve in un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti, che, una volta fossero davvero assorbiti all'interno dell'ordinamento eurounitario, potrebbero essere tranquillamente amministrati dalle sue istituzioni, Corte di giustizia in testa. L'uropeizzazione dei controlimiti, però, non comporterebbe una loro semplice neutralizzazione, ma un autentico snaturamento: l'ordinamento nei cui confronti il controlimite è eretto, infatti, pretenderebbe d'esserne il gestore, con plateale *contradictio in adiecto*. Delle due, allora, l'una. O l'art. 4.2, così inteso³², deve ritenersi a sua volta illegittimo per contrasto con i principi supremi (se si vuole, con il metaprinzipio supremo che vuole intangibili i principi supremi), oppure si cerca di darne un'interpretazione costituzionalmente orientata. In questa seconda prospettiva, la sola lettura armonizzante

chiarezza in alcune sue pronunce emanate all'inizio del 2022 sulla questione dell'indipendenza degli organi giudiziari in Polonia e Ungheria, facendo però un passo in più. Con particolare riferimento al rispetto dello stato di diritto, il giudice europeo è sembrato quasi rileggere in chiave restrittiva la clausola identitaria, non intendendola tanto come una forma derogatoria della supremazia del diritto eurounitario, quanto piuttosto come un elemento di discrezionalità vincolata. Al punto 127 della decisione la Corte afferma che «i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»³⁰⁰. In conseguenza di ciò precisa ai successivi punti 232 e 233 che «si deve ricordare che l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori [...] che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri. Orbene, anche se, come risulta dall'articolo 4.2 TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro»³⁰¹. La linea di confine è chiara. La clausola identitaria non potrà mai essere utilizzata al fine di sottrarre un ordinamento nazionale dal complesso di valori su cui si fonda l'Unione. Ancora di più, tale complesso si attegga a vero e proprio elemento programmatico, tale per cui la pur minima discrezionalità lasciata alla molteplicità degli ordinamenti assimilati non potrà mai discostarsi nel fine dal valore comune invero nei trattati. Dice Emanuela Navarretta che «nessun tratto identificativo della nazione può essere valorizzato nel sistema dell'Unione europea se non si radica nell'interpretazione di una Costituzione nazionale, la quale, a sua volta, deve rispettare quelli che vengono ritenuti, non solo dal Trattato e dalla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia, ma anche dalle tradizioni costituzionali comuni, elementi fondativi dello stato di diritto»³⁰². Il nucleo predicato dall'art. 2 TUE è

sarebbe questa: che l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell'identità è “insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale”: essendo “insita” in quella “struttura”, infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata» (così M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in Rivista AIC, n. 2/2016).

³⁰⁰ Così la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 febbraio 2022, Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, punto 127

³⁰¹ Così la stessa citata sentenza ai punti 232-233.

³⁰² E. NAVARRETTA, *Identità nazionale e primato dell'Unione europea*, in Atti del Convegno “Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali”, tenuto presso la Corte costituzionale il 5 settembre 2022, 31.

parte integrate del modello integrato eurounitario, in quanto esso si attegna a minimo comun denominatore del dato valoriale di ognuno dei ventisette Stati membri. In sostanza, la Corte di giustizia fa emergere l'insostenibilità di una clausola di identità che riguardi il complesso valoriale europeo o che comunque tocchi la garanzia dei diritti fondamentali. La disposizione dell'art. 4.2 TUE meglio si configurerebbe come tutela di un'identità di tipo strutturale e territoriale, quasi fosse necessario declinare nelle singolarità degli Stati membri le forme di applicazione del diritto eurounitario. Lo spazio di eccezione sarebbe in definitiva uno spazio di adattamento. Non è un caso, infatti, che, in alcune recenti pronunce in cui era stata mentovata l'applicazione dell'art. 4.2 TUE, la Corte di giustizia si sia trovata nella necessità di bilanciare l'applicazione delle norme europee con esigenze proprie funzionali e identitarie del singolo stato membro. Un esempio plastico di questo lo si ritrova nella sentenza B.K.³⁰³, del luglio 2021, che trattava dell'orario di lavoro dei soggetti impiegati nelle forze armate. In particolare, a confliggere in questo caso erano i diritti propri dei lavoratori e la tutela della difesa quale funzione essenziale dello Stato membro (in questo caso, la Slovenia). Di fronte al rinvio pregiudiziale della Corte suprema di Lubiana, il giudice europeo ha ritenuto necessario tenere da conto le modalità particolari in cui ogni Stato membro assicura il funzionamento delle proprie forze armate, che chiaramente, esprimendo una funzione essenziale per l'esercizio della sovranità statale, ben possono prevalere, in via di eccezione, sul diritto eurounitario. Sta di fatto che, nel caso di specie, la Corte preferì una soluzione interlocutoria, definendo nella sentenza tutte le possibili situazioni di conflitto e lasciando poi al giudice *a quo* l'accertamento sulla sussunzione del caso di specie ad una di quelle situazioni. Altro caso interessante è la sentenza Boris Cilevič³⁰⁴, del settembre 2022, che ha chiamato in causa il tema dell'identità costituzionale con riguardo alla tutela della lingua e della diversità culturale. Secondo Lussemburgo, pur rientrando nelle funzioni identitarie dello Stato l'introduzione di misure a tutela della propria lingua, il divieto senza eccezioni di utilizzare lingue diverse da quella ufficiale nazionale per i corsi di studi di istruzione superiore eccede in maniera sproporzionata l'obiettivo della salvaguardia linguistica. La Corte ha stabilito che il divieto può essere introdotto solo se accompagnato da adeguate eccezioni, che permettano, ad esempio, l'utilizzo di una lingua diversa da quella ufficiale per corsi universitari riguardanti la cooperazione europea ovvero internazionale.

³⁰³ Si fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 15 luglio 2021, emessa all'esito della causa B.K. contro *Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo)*.

³⁰⁴ Si fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 7 settembre 2022, emessa all'esito della causa Boriss Cilevičs e altri contro *Latvijas Republikas Saeima*.

Ora, l'elemento presupposto che ispira l'intera ricostruzione ermeneutica che abbiamo sin qui esposto è evidentemente fondato sulla dissociazione concettuale tra clausola di identità e controlimiti. Abbiamo già richiamato prima nel testo la differenziazione terminologica tra identità nazionale e identità costituzionale, come anche la natura fondativa di questo discrimine³⁰⁵. Tutta l'ermeneutica che abbiamo percorso, avallata in maniera serrata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è impostata su un approccio restrittivo al tema dell'identità, via via descritta come spazio di eccezione, legato al dato positivo e, quando si parla di valori, sottoposto alle rime obbligate dell'art. 2 TUE. Da ultimo, parametro di bilanciamento nella definizione dei rapporti tra diritto eurounitario e identità funzionale dello Stato. Di certo, la disposizione dell'art. 4.2 TUE non può essere intesa come possibile legittimazione, direttamente nel testo dei trattati, della teoria dei controlimiti, cioè dell'esistenza nei singoli ordinamenti nazionali di nuclei fondanti e vincolati di natura super-costituzionale, tali da resistere agli obblighi derivanti dal processo di integrazione. Questo è quanto. E non è certo un fatto di poco momento, perché solo ad un osservatore poco attento potrebbe sfuggire il legame tra l'avanzamento di questa chiusura ermeneutica, che punta sostanzialmente a rendere "innocua" la detta clausola, e i fattori storico-politici che l'hanno accompagnato. Non è un caso che nel periodo precedente a Lisbona fosse stata la stessa Corte di giustizia a individuare alcune formule di eccezione da riconoscere agli Stati nel momento discendente di applicazione del diritto comunitario. Il riferimento è qui alla prima teorica dei diritti fondamentali introdotta dal giudice europeo, imperniata sul concetto di "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", cioè all'idea di un recupero dal basso delle categorie dei diritti³⁰⁶. Ancora, rientra in questo medesimo orientamento la dottrina delle esigenze imperative, che postulava la possibilità per gli Stati membri di limitare la libertà di circolazione quando fossero stati messi a rischio valori generali di tutela ovvero esistessero motivi imperativi di interesse generale ostativi alla piena espansione della detta libertà³⁰⁷. Non mancarono Stati che, nell'ambito delle esigenze imperative, fecero rientrare valori di livello costituzionale, imponendo alla Corte il necessario bilanciamento tra libertà del mercato e libertà di espressione³⁰⁸ ovvero tra libertà del mercato e dignità umana³⁰⁹. Con l'approvazione del

³⁰⁵ Così nel primo paragrafo di questa seconda parte citando lo scritto di Tanja CERRUTI.

³⁰⁶ Così la già citata sentenza del 1970, *Internationale Handelsgesellschaft Mbh* contro *Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide Und Futtermittel*.

³⁰⁷ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 20 febbraio 1979, emessa all'esito della causa *Reve-Zentral AG* contro *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (famosa come la sentenza *Cassis de Dijon*, dal nome del famoso liquore).

³⁰⁸ Da citare qui la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 12 giugno 2003, emessa all'esito della causa *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* contro *Republik Österreich*.

³⁰⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 14 ottobre 2004, emessa all'esito della causa *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs-GmbH* contro *Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

Trattato di Lisbona, come anche a causa di alcune circostanze storiche contingenti, affiorarono però determinati fattori problematici, che hanno certo contribuito al cambiamento di approccio. Di sicuro è possibile annoverare tra questi l'entusiasmo costituzionale successivo alla stipulazione del nuovo Trattato nel 2007, che era intervenuto alla fine di un difficile percorso riformatore, segnato dalle bocciature referendarie di Francia e Paesi Bassi. L'idea che con Lisbona i trattati avessero acquisito un definitivo tono costituzionale influenzò molto la dottrina, tanto da suggerire letture essenzialmente votate alla prevalenza degli elementi di assimilazione e quindi conducendo la questione dell'identità nazionale sempre più nell'ambito degli strumenti ermeneutici interni al nuovo diritto eurounitario. Un secondo elemento di influenza riguarda l'allargamento verso est dell'unione, che si era concretizzato in gran parte nel 2004 ed era continuato poi nel 2007³¹⁰. L'apertura massiccia e repentina verso nuove tradizioni costituzionali rese certo necessaria una spinta unificatrice più forte, che evitasse di destabilizzare l'equilibrio eurounitario. Da ultimo (e siamo all'oggi!), l'avvento di fenomeni politici di ispirazione sovranista, spesso in aperta polemica con la costruzione europea, ha creato e sta creando tensioni, soprattutto sul tema dell'accettazione (forse meglio della comune interpretazione) dei valori fondativi europei. Il peso di queste contingenze storiche sulle linee di faglia del rapporto tra ordinamento eurounitario e ordinamenti assimilati non è stato nullo e anzi in un certo momento è sembrato suggerire la necessità di un avanzamento asimmetrico ovvero di uno sdoppiamento, come qualcuno lo ha definito³¹¹. L'idea cioè che per tenere in piedi il processo di integrazione fosse necessario immaginarne ritmi differenziati, sfumando o accrescendo, a seconda delle situazioni, il grado di assimilazione. Ecco, la questione diviene allora dogmatica e implica una considerazione di tipo organico. Sul finire del primo decennio del nuovo secolo, non mancarono considerazioni dottrinarie che sottolinearono come un'interpretazione della clausola identitaria nel senso di una "europeizzazione" dei controlimiti non avrebbe fatto altro che animare e rafforzare le logiche centrifughe. In sostanza, l'art. 4.2 TUE sarebbe potuto diventare (in negativo) lo strumento di rafforzamento delle pretese singolari all'interno dell'Unione, a scapito dell'uniformità dell'ordinamento e del principio del primato. Scriveva Fausto Vecchio nel 2010, «le disposizioni in materia di europeizzazione

³¹⁰ Con delibera del 13 dicembre 2002, il Consiglio dell'Unione europea approvò l'adesione di Cipro, Malta, Ungheria, Polonia, Slovacchia, Lettonia, Estonia, Lituania, Repubblica Ceca e Slovenia, che firmarono il Trattato d'adesione il 16 aprile 2003 ad Atene ed entrarono ufficialmente nell'Unione a partire dal primo maggio 2004. Con delibera del 16 dicembre 2004, il Consiglio dell'Unione europea approvò poi l'adesione di Romania e Bulgaria, che firmarono il Trattato d'adesione il 25 aprile 2005 a Lussemburgo ed entrarono ufficialmente nell'Unione il primo gennaio 2007. Solo con delibera del primo dicembre 2011, il Parlamento europeo approvò l'adesione della Croazia, che firmò il Trattato d'adesione il 9 dicembre 2011 a Bruxelles ed entrò ufficialmente a far parte dell'Unione dal primo luglio 2013.

³¹¹ Di nuovo qui torna l'opera di S. FABBRINI.

dei “controlimiti” [dava per certa l’identificazione tra identità nazionale e identità costituzionale] offrono una conferma circa l’emersione di un nuovo paradigma dell’integrazione asimmetrica: stretti tra il desiderio di non perdere il controllo sull’apparato istituzionale europeo e l’ineluttabilità politica di un processo di integrazione indispensabile per fronteggiare le nuove sfide poste dalla globalizzazione, gli Stati membri abbandonano l’originaria aspirazione federalista e funzionalista a realizzare un’Europa unita nella diversità e, riservando ai giudici costituzionali nazionali la possibilità (eccezionale, ma concreta) di sospendere l’applicazione delle norme più problematiche, scelgono pragmaticamente di configurare l’Unione europea come uno spazio condiviso irrimediabilmente segnato dalle diversità identitarie di ciascuno degli attori coinvolti e incapace di affrancarsi dalla sua genesi internazionalistica»³¹². Si ritrovano in poche frasi tutte le paure e i timori di un’epoca.

Da queste osservazioni ricaviamo però un fatto. La scelta di dissociare clausola identitaria e controlimiti è essenzialmente ispirata ad una ben precisa logica di politica costituzionale, soprattutto intenzionata a correggere alcune evidenti e pericolose storture illiberali. Il chiaro indebolimento del concetto di identità nazionale è dunque un’opzione dottrinarica, che però con difficoltà riusciamo a far combaciare con il modello di integrazione che abbiamo qui provato a costruire. In sostanza, essa si tradurrebbe nel rifiuto di ogni possibile dialettica tra istanza sovranazionale e istanza intergovernativa, soprattutto perché impedirebbe ogni concreta forma di influenza della seconda sulla prima, almeno a livello di indirizzo politico convenzionale. E questo, a parere di chi scrive, comporterebbe (e sta comportando) comunque un altissimo rischio di decostruzione dello spazio pubblico europeo. Soprattutto perché aumenterebbe il grado di dissociazione tra centro e periferia, escludendo dalla legalità dei trattati la rivendicazione delle istanze più sensibili per gli Stati assimilati. Per spiegare bene questi limiti, solo velocemente annotati, sarà utile approfondire un recente caso deciso dalla Corte di giustizia relativo alla presa di posizione della Corte costituzionale romena in tema di indipendenza dei giudici³¹³. Il giudice europeo non solo riafferma la lettura inflessa della clausola di identità, ma fissa anche specifiche regole procedurali, che in sostanza centralizzano, a scapito di ogni formula dialogica, il giudizio su cosa debba intendersi per identità nazionale

³¹² F. VECCHIO, *ult. cit.*, 169.

³¹³ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia dell’unione europea del 22 febbraio 2022, emessa all’esito della causa R.S. Per i commenti dottrinari alla decisione del giudice europeo, si veda D. GALLO, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2022; ancora, G. VOSA, *La tutela dello “Stato di diritto” in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell’Unione?*, in *federalismi.it*, n. 22/2022.

Il caso romeno presenta delle peculiarità singolari perché inserito in un contesto ordinamentale fortemente provato da un lungo e animato confronto tra politica e giudici, che ha finito per aprire una lunga crisi istituzionale, ancora oggi in corso³¹⁴. Negli anni che vanno dal 2013 al 2016, la magistratura romena ha iniziato a perseguire migliaia di casi di corruzione politica, soprattutto per il tramite dell'azione centralizzata della Direzione Nazionale Anticorruzione. L'impatto di questa azione sulla classe politica non ha avuto risvolti assai differenti da quelli che ebbe in Italia nei primi anni Novanta l'inchiesta di "mani pulite", con il risultato però che, fin dal 2016, il decisore politico, al fine di contenerne i contraccolpi e le conseguenze più radicali, ha tentato di limitare la pervasività dei poteri istruttori della DNA (per esempio, nella collaborazione con i servizi di intelligence) e ha rivisto in senso restrittivo la disciplina penale in tema di corruzione. Ancora, ha instaurato uno specifico corpo investigativo competente sui reati commessi da giudici e pubblici ministeri nell'esercizio delle loro funzioni (Sezione per le indagini sui reati commessi all'interno del sistema giudiziario, con acronimo SIIJ). Si è nella sostanza sviluppato un vero e proprio conflitto istituzionale, in cui è stata trascinata anche la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Infatti, la reazione dei giudici davanti a questo nuovo indirizzo di politica giudiziaria si è concretizzata in un sistematico rinvio alla Corte di Lussemburgo di questioni di pregiudizialità *ex art. 267 TFUE* con riguardo alla compatibilità delle dette novità normative con il diritto eurocomunitario. La Corte di giustizia si esprime con la sentenza del 18 maggio 2021, statuendo, per quel che a noi interessa, che il diritto europeo osta «a una normativa nazionale che prevede la creazione di una sezione specializzata del pubblico ministero la quale dispone di una competenza esclusiva e svolgere indagini sui reati commessi dai giudici e dai procuratori, senza che la creazione di una simile sezione (1) sia giustificata da esigenze oggettive e verificabili relative alla buona amministrazione della giustizia e (2) sia accompagnata da garanzie specifiche che consentano [...] di escludere qualsiasi rischio che tale sezione sia utilizzata come strumento di controllo politico dell'attività di detti giudici e pubblici ministeri che possa pregiudicare la loro indipendenza»³¹⁵. Interveniva allora la Corte costituzionale romena con la decisione su menzionata, che risale al giugno 2021, la quale salva appunto l'impianto della SIIJ, recuperandolo al contenuto proprio dell'identità costituzionale del paese e, in funzione di ciò, ritenendolo compatibile con l'art. 148 Cost., che sancisce appunto il primato del diritto dell'Unione su quello interno. Nella sostanza, la specifica ermeneutica sviluppata

³¹⁴ N. HOGIC, *Supremacy of EU law and judicial independence in Romania*, diritticomparati.it, 7 aprile 2022

³¹⁵ Così la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione del 18 maggio 2021, emessa all'esito della causa *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e altri contro Inspekția Judiciară e altri*, punto 223.

dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, che aveva ben inteso esprimere delle condizionalità all'accettazione della disciplina della SIIJ, viene contrastata dalla Corte costituzionale di Bucarest alla radice, con la costruzione di un'esigenza identitaria a cui far fronte e che comunque giustificerebbe la detta normativa a prescindere dalla sua conformità ai presupposti di validità espressi dalla giurisprudenza europea. La questione sembrerebbe chiusa, in quanto, sincerata la compatibilità della questionata disciplina con l'ordinamento costituzionale statale e con gli obblighi di conformità all'ordinamento europeo pur in senso derogatorio, al giudice non rimarrebbero più margini di dubbio, né la conseguente possibilità di una diretta disapplicazione. Tanto più che, nel sistema romeno, il mancato rispetto da parte del magistrato di una decisione del tribunale costituzionale può integrare un illecito disciplinare. I magistrati, però, non si arresero.

È stata la Corte d'Appello di Craiova a sollevare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, avendo sempre ad oggetto la disciplina istitutiva della SIIJ. Per quanto riguarda il giudizio generativo, esso riguarda il caso di R.S., soggetto sottoposto ad un procedimento penale all'esito del quale è stato condannato. Nel 2020, la moglie di R.S. presentava una denuncia penale avverso i giudici e il pubblico ministero che avevano istruito e deciso il caso del marito per aver commesso durante il processo fatti idonei a perfezionare i reati di abuso dello strumento giudiziario e di abuso d'ufficio. Visto che la denuncia riguardava dei magistrati, competente per condurre le indagini è la citata SIIJ, che ha avviato appunto l'azione penale nell'aprile 2020. Nel giugno 2021, RS adiva il giudice di appello con una particolare azione prevista dall'art. 488 bis del codice di procedura penale romeno, contestare l'eccessiva durata della fase dell'azione penale avviata a seguito di detta denuncia e a ottenere la fissazione, da parte di tale giudice, di un termine entro il quale il pubblico ministero investito della stessa denuncia debba pronunciarsi. È proprio nell'ambito di tale ultimo procedimento che la Corte d'Appello ha deciso di sollevare il rinvio *ex art. 267 TFUE* che ha generato la pronuncia qui in discussione. In particolare, essa ha chiesto alla Corte di Lussemburgo di esprimersi (1) sulla possibilità da parte del giudice nazionale di sindacare la conformità al diritto europeo di una disposizione nazionale, che ad esso sia stata dichiarata conforme da parte della Corte costituzionale del medesimo paese, e (2) sull'eventuale contrasto con il diritto europeo di una normativa nazionale - (3) o anche di una prassi nazionale - che disponga una responsabilità disciplinare del giudice che non rispetti un pronunciamento della Corte costituzionale, anche quando egli sia chiamato ad applicare una decisione della Corte di Lussemburgo che giudichi prioritaria.

La Corte di giustizia ha appunto preso posizione con la sentenza del 22 febbraio 2022. Sulla prima questione, la più complessa, la Corte recupera innanzitutto alcuni principi cardine della sua giurisprudenza in tema di articolo 2 e articolo 19 TUE, con l'obbligo per gli Stati membri di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva del diritto dell'Unione, anche garantendo l'indipendenza dei soggetti chiamati a farlo. Tale indipendenza deve essere assicurata anche nel più ampio contesto della divisione dei poteri, da tutelare a prescindere dalla libertà di ogni Stato membro di organizzare internamente il sistema giudiziario secondo la propria specifica identità. In questo senso, allora, nulla osta a che esistano degli strumenti interni atti ad imporre ai giudici ordinari di conformarsi alle decisioni della Corte costituzionale, purché questa risulti essere "indipendente" rispetto ai poteri legislativo ed esecutivo. Stando a questo impianto, di per sé nulla impedisce l'esistenza di strumenti di vincolatività delle decisioni della Corte costituzionale all'interno di un ordinamento statale, tranne se «una siffatta normativa o una siffatta prassi implichi l'esclusione di qualsiasi competenza [dei] giudici ordinari a valutare la conformità al diritto dell'Unione di una norma nazionale, che la Corte costituzionale di tale Stato membro abbia dichiarato conforme a una disposizione costituzionale nazionale che preveda il primato del diritto dell'Unione»³¹⁶. Infatti, rispetto ai risvolti organizzativi pur liberi, gli Stati membri non possono costruire un sistema che sia da ostacolo al principio di primazia e pervasività del diritto europeo, che trova nel giudice ordinario e nella possibilità della disapplicazione l'interprete particolare dell'ermeneutica unitaria espressa dalla Corte di giustizia. Ma da Lussemburgo si spingono oltre: «nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale di uno Stato membro abbia dichiarato che talune disposizioni legislative sono conformi a una disposizione costituzionale nazionale che preveda il primato del diritto dell'Unione, una norma o una prassi nazionale [...] osterebbe alla piena efficacia delle norme del diritto dell'Unione di cui trattasi, in quanto impedirebbe al giudice ordinario, chiamato a garantire l'applicazione del diritto dell'Unione, di valutare in via autonoma la conformità di tali disposizioni legislative a detto diritto»³¹⁷. Nella sostanza, la Corte di giustizia impone l'elemento di riduzione unitaria, teorizzando come l'ordinamento europeo non possa svilupparsi nell'ambito di un confronto tra sistemi giuridici e giudiziari (quelli degli Stati membri e quello centralizzato dell'Unione), ma si costruisca in un dialogo diretto tra ogni singolo giudice e gli stessi giudici di Lussemburgo, appunto ben oltre ogni elemento formale di costruzione sistematica statale interna, che sia intesa a far valere un precedente o un'organizzazione gerarchica. E ciò viene portato alle estreme conseguenze, quando la Corte di giustizia arriva a criticare il rifiuto della Corte costituzionale romena di adeguarsi

³¹⁶ Così la citata sentenza R.S. al punto 46.

³¹⁷ Così la citata sentenza R.S. al punto 66.

all'interpretazione da essa fornita, affermando che «qualora la Corte costituzionale di uno Stato membro ritenga che una disposizione del diritto derivato dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di detto Stato membro, tale Corte costituzionale deve sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda di pronuncia pregiudiziale [...] al fine di accertare la validità di tale disposizione alla luce dell'articolo 4.2 TUE, essendo la Corte di giustizia la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione»³¹⁸. Qui il discrimine è sottile. Lo strumento identitario di resistenza disegnato dall'art. 4.2 TUE non è nella disponibilità delle singole Corti costituzionali, ma va valutato comunque in sede centralizzata, così da darne ufficiale sanzione. E la chiusura è ancor più forte: «il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'articolo 267, secondo comma, TFUE, deve quindi eventualmente discostarsi dalle valutazioni di un organo giurisdizionale nazionale di grado superiore qualora esso ritenga [...] che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione, disapplicando all'occorrenza la norma nazionale che gli impone di rispettare le decisioni di tale organo giurisdizionale di grado superiore»³¹⁹. Partendo da tali considerazioni, il giudice europeo dichiara la fondatezza della prima questione sollevata e conclude allo stesso modo per le altre due, osservando consequenzialmente che la sanzione disciplinare non può in alcun modo impedire l'applicazione pervasiva e in via primaria del diritto europeo, tanto più nel caso in cui ciò derivi dal rifiuto di una Corte costituzionale di uno Stato membro di ottemperare alla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Da ciò, appare evidente l'elemento conflittuale che in queste pagine abbiamo provato ad evidenziare. La forza centripeta della Corte di giustizia si impone, come detto, in una precisa scelta di politica costituzionale, che fa prevalere, in una logica diffusa, il sindacato di conformità europea oltre le strutture proprie dei sistemi giurisdizionali interni. Ancora di più, essa assume un ruolo di copertura delle decisioni dei giudici rispetto ad un potere più propriamente politico (in questo caso la Corte costituzionale viene in sostanza assimilata, non proprio a ragione, ad un organo politico), col rischio però che la dinamica di accentramento si caratterizzi in termini puramente oppositivi, nell'ambito di una crisi istituzionale che mina seriamente la coesione interna del paese.

Sotto il primo punto di vista, va detto che la posizione dei giudici di Lussemburgo espressa al punto 71 della pronuncia, che centralizza la decisione in tema di riconoscimento dell'identità costituzionale dello Stato membro, è chiamata nei fatti ad affievolire il

³¹⁸ Così la citata sentenza R.S. al punto 71.

³¹⁹ Così la citata sentenza R.S. al punto 75.

carattere propriamente oppositivo dell'istituto previsto dall'art. 4.2 TUE e a diluirne la portata in mero strumento derogatorio del primato del diritto eurounitario, da attivare comunque negli stretti ambiti sovranazionali e quindi non nella piena disponibilità dell'autorità periferica. In un certo senso, in tale volontà accentratrice, la Corte riduce la solenne prescrizione dell'articolo su ricordato ad una dimensione propriamente formalista, ricavandone una clausola di salvaguardia a favore degli ordinamenti periferici, di cui comunque conserva il monopolio in termini di applicazione ermeneutica. Evidentemente ciò nega la funzione politica del concetto di "identità costituzionale", per come elaborato (e per come ancora utilizzato) dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco ben prima che fosse inserita nel Trattato di Lisbona, cioè nel preciso ambito degli strumenti di salvaguardia degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri dai rischi di un'apertura incondizionata al primato del diritto eurounitario³²⁰.

In realtà, una soluzione intermedia era stata evidenziata nelle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale, esprimendo indicazioni di carattere procedimentale, specificava che «nei casi in cui uno Stato membro invochi l'identità nazionale al fine di giustificare l'inosservanza di disposizioni del diritto dell'Unione, la Corte esaminerà se tali disposizioni costituiscano, di fatto, una minaccia reale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società o delle strutture fondamentali, politiche e costituzionali, di uno Stato membro. Affermazioni vaghe, generiche e astratte non raggiungono tale soglia»³²¹. E ancora, «qualsiasi affermazione dell'identità nazionale deve rispettare i valori comuni di cui all'articolo 2 TUE ed essere fondata sui valori indivisibili e universali menzionati al secondo paragrafo del preambolo della Carta. In queste situazioni, lo Stato di diritto e la tutela giurisdizionale effettiva si collocano in una posizione centrale»³²². Quel che appare è la sottolineatura di un necessario dialogo tra Corte sovranazionale e Corti periferiche in tema di identità costituzionale. Nel caso di specie, a dire dell'Avvocato generale, la Corte costituzionale romena avrebbe dovuto sollevare rinvio pregiudiziale prima di emettere la sentenza e, in quella sede, motivare le ragioni della propria resistenza e ricostruire l'ambito derogatorio in una proattiva dialettica con la Corte di Lussemburgo. Unico limite invalicabile, i valori comuni dell'art. 2 TUE. Avrebbe senso richiamare qui, nelle forme, quanto accaduto tra Corte di giustizia e Corte

³²⁰ Sulla nozione "conflittuale" di identità costituzionale si veda R. ARNOLD, *L'identità costituzionale. Un concetto conflittuale*, in A. DI BLASE A cura di, *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, 2014, pp. 149 ss.; favorevoli ad una lettura più "politica" del principio, pur con declinazioni differenti, A. VON BOGDANDY - S. W. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 5, 2011, pp. 1417 ss. e M. CARTABIA, *Art. 4, par. 2*, in *Trattati dell'Unione europea*, 2014, 23 ss.

³²¹ Così il punto 62 delle conclusioni dell'Avvocato Collins del 20 gennaio 2022.

³²² Così il punto 64 delle conclusioni dell'Avvocato Collins.

costituzionale italiana nel “caso Taricco”. Dunque, un procedimento che impone un dialogo, pur senza alcuna certezza che il contrasto si ricomponga, ma che comunque non esclude una dignità politico-giuridica alla resistenza identitaria.

Al contrario, la Corte sembra molto più tranciante, trasferendo su di sé il sindacato sulle ragioni e gli strumenti di salvaguardia identitaria e riportando tutto nel perimetro degli strumenti ermeneutici di risoluzione dei contrasti tra norme. Lo fa apertamente nei richiami giurisprudenziali a sostegno della sua posizione: la sentenza del 22 ottobre 1987, Foto-Frost, e la sentenza del 3 ottobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio, entrambe citate con riguardo al principio secondo cui «le giurisdizioni nazionali non sono competenti a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie». Una motivazione che appare inconferente, discutendosi qui non di validità o invalidità di uno specifico atto, quanto piuttosto della applicabilità in concreto dello stesso nell'ambito di un ordinamento periferico e in particolare della conformità dello stesso all'identità della Carta fondamentale di uno Stato membro.

Con riguardo, invece, al secondo punto di vista, il rischio che la Corte di Lussemburgo venga trasportata all'interno della crisi istituzionale romena è concreto. Mentre una dinamica dialettica che coinvolga la Corte costituzionale romena implicherebbe un rapporto con il complesso ordinamentale dello Stato, espresso nelle sue gerarchie e nei suoi equilibri, nel caso di specie esiste il serio rischio che il ruolo della Corte di giustizia sia utilizzato come strumento di confronto e scontro interno, ad accentuare un contrasto politico-istituzionale di rilevante portata. Ancor più tenendo presente una specifica considerazione. Piegare gli elementi di garanzia degli spazi identitari delle Costituzioni degli Stati membri alla logica di accentramento, corre il serio rischio che essi (gli spazi o meglio le istanze identitarie) defluiscono dalla legalità dei trattati, mettendo a repentaglio la tenuta complessiva del sistema europeo. L'integrazione europea regge se agisce da contenitore del conflitto tra istanza sovranazionale e istanza nazionale, se riesce cioè a ricomprendere e dunque a contenere le spinte contrapposte, armonizzandole. Se una delle due viene forzatamente esclusa dal processo, i rischi di delegittimazione dello stesso possono davvero essere irreparabili.

Soprattutto in un momento di crisi e incrinature profonde, potrebbe forse avere un senso il lento recupero ai trattati della spinta identitaria, magari concedendo spazio alle identità costituzionali, anche a costo di un andamento maggiormente asimmetrico che però conservi il *datum* europeo dal rischio di delegittimazione. Questo non significa indietreggiare sul tema dei diritti, ma verificarne in chiave dialogica forme e declinazioni,

senza mettere in dubbio la libertà e l'integrità dei singoli. E se il rinvio pregiudiziale ha rappresentato di certo lo strumento privilegiato del dialogo nell'applicazione discendente del diritto europeo, potrebbe avere un senso ribaltarne la logica e offrirlo alla stessa Corte di giustizia, quale modalità di apertura di una dialettica costruttiva con i singoli tribunali costituzionali nazionali, che dell'identità sono custodi. Tale ultima tesi è stata recentemente sostenuta in un interessante scritto a firma congiunta di alcuni importanti rappresentanti del mondo giuridico europeo³²³. In particolare, gli autori sostengono che la funzione dei tribunali costituzionali nel contesto europeo si sostanzia in (1) un *transfer review*, cioè il sindacato sul trasferimento dei poteri sovrani dalla periferia al centro, nel rispetto dei limiti stabiliti dai singoli ordinamenti nazionali, (2) un *ultra-vires review*, cioè la verifica sulla stretta osservanza del principio di attribuzione, (3) un *identity control*, con riguardo alla difesa del nucleo costituzionale fondamentale degli ordinamenti assimilati. Queste funzioni, a parere dei detti giuristi, non si porrebbero in contrasto con la competenza esclusiva della Corte di Lussemburgo sull'interpretazioni dei trattati, in quanto l'intervento delle corti nazionali si renderebbe necessario quando il giudice europeo non esercita completamente i propri poteri. In questo contesto, la proposta del rinvio pregiudiziale inverso, dalla Corte di giustizia ai tribunali costituzionali nazionali, quando la stessa si trovi a sindacare atti che possano interferire con il nucleo delle identità nazionali. In qualche modo, un preciso modello di dialogo, fondato su un fattivo e concreto decentramento della verifica sull'integrazione, con il rafforzamento e l'ampliamento degli strumenti dialettici. Pienamente in linea con il modello che stiamo tentando di ricostruire!

3.2 Resistenza pretoria: verifica *ultra-vires* e controlimiti.

Questa seconda categoria di resistenza che andremo a trattare riguarda, in verità, un fenomeno ampio e diversificato, che ha visto molti giudici nazionali riconoscere e definire alcuni specifici limiti al principio del primato del diritto europeo, soprattutto dopo Lisbona. Anzi, è proprio la nuova struttura giuridico-istituzionale introdotta dal Trattato del 2007 che ha imposto all'interno di ogni ordinamento assimilato una ridefinizione del

³²³ La proposta è stata avanzata in C. GRABENWARTER – P. M. HUBER – R. KNEZ – I. ZIEMELE, *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 2021. Gli autori sono, rispettivamente, il Presidente della Corte costituzionale austriaca, un membro del secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*, il Presidente della Corte costituzionale slovena e il già Presidente della Corte costituzionale della Lettonia.

senso stesso dell'integrazione, soprattutto perché essa sembrava acquisire quel tono costituzionale di cui sin qui abbiamo parlato.

Diversi sono i tribunali costituzionali nazionali che hanno preso posizione sull'introduzione del nuovo Trattato, certo per avallare la più stretta forma di adesione che sembrava strutturarsi, ma comunque sottolineando la prevalenza della preesistente identità costituzionale nazionale. Una presa di posizione forte e che rimarrà, in un certo senso, storica è quella del *Bundesverfassungsgericht* tedesco del 2009³²⁴, in cui il giudice di Karlsruhe modellò il processo di integrazione in ragione della coscienza costituzionale tedesca, ritagliando così un ampio spazio di discrezionalità per le istituzioni nazionali (il Parlamento in particolare) e un ruolo di controllo per lo stesso tribunale costituzionale federale.

La questione riguardava la compatibilità tra le previsioni contenute nel novello Trattato di Lisbona e la *Grundgesetz*. Come da tradizione dell'autorevole Corte renana, il *Lissabon Urteil* si apre con una lunga ricostruzione preliminare, che comprende un iniziale *excursus* storico del processo di integrazione europea e la specifica analisi delle disposizioni del nuovo Trattato, comparate con le corrispondenti norme che presiedono all'adeguamento ad esso dell'ordinamento tedesco. Chiarito il quadro, la Corte rileva che le questioni di costituzionalità sollevate concordano nel ritenere che tale nuovo livello di integrazione violi i limiti stabiliti dall'ordinamento interno per la legittima cessione di competenze e finisca per istituire un'inedita statualità continentale, sottratta ad una piena legittimazione democratica. Venendo al merito della decisione, il giudice tedesco, in via generale, non nega la compatibilità della Carta del 1949 con il Trattato di Lisbona, ma impone una interpretazione restrittiva per quelle disposizioni che appaiono più difficili da ricondurre a conformità. Infatti, l'incompatibilità tra Trattato e Carta resta, almeno potenzialmente, un rischio, proprio perché le competenze che la Repubblica federale sta cedendo saranno affidate ad un complesso istituzionale in cui non è assicurata la partecipazione diretta del cittadino (come vorrebbe tra l'altro la Costituzione tedesca all'art. 38) e che quindi vive uno strutturale *deficit* democratico. In considerazione di questo, la Corte si affrettò a recuperare una interpretazione internazionalistica del processo di integrazione, fondata sull'idea della *staatenverbund*: l'Unione europea come semplice associazione tra enti sovrani, certo reversibile. La sovranità europea condivisa, dice infatti la Corte, si esprime entro i limiti dello stretto riparto di competenze ad essa affidate dagli Stati e, dunque, senza poter esercitare la *kompetenz-kompetenz*. Tutto per dire che esistono delle specifiche condizioni

³²⁴ Si parla di BVerfG, decisione del secondo Senato del 30 giugno 2009.

che sono costituzionalmente necessarie per la cessione di sovranità: (1) il rispetto del nucleo duro della sovranità nazionale; (2) il rispetto dell'identità costituzionale tedesca; (3) il rispetto delle condizioni di autonomia dello Stato; (4) il rispetto delle regole sulla competenza (lo stretto principio di attribuzione). Qualche autore parlò espressamente di una nazionalizzazione del principio di supremazia, in quanto, stando al ragionamento di Karlsruhe, la clausola del primato, da una prospettiva interna all'ordinamento nazionale, troverebbe il suo fondamento non tanto autonomamente nella fonte convenzionale, quanto piuttosto nella legge di ratifica di quella medesima fonte, restando dunque sottoposto ad una verifica di conformità con il parametro costituzionale e con le formule in cui tale parametro vive nella giurisprudenza di Karlsruhe. Una verifica che la stessa Corte costituzionale federale si spinge a chiedere al legislatore interno, ammonendolo a introdurre specifiche procedure di *identity review* e di *ultra-vires review*.

È chiaro come la presa di posizione del *Bundesverfassungsgericht* in quel 2009 segni una distanza rispetto al modello che abbiamo provato a descrivere. Secondo il giudice tedesco il complesso normativo eurounitario, perfino nei trattati istitutivi, si pone in una forma di subordinazione rispetto alla Costituzione federale, tale per cui esso non solo va letto attraverso il filtro del principio democratico sancito dalla *Grundgesetz* (perfino attraverso il suo specifico sistema istituzionale³²⁵), ma deve anche passare per una severa verifica confinaria, cioè per un controllo serrato delle attribuzioni di competenza espresso secondo i canoni e i principi propri della giurisprudenza costituzionale tedesca (quest'ultimo aspetto emergerà con chiarezza nella decisione del medesimo giudice del 2020). Molto diverso è dire, come abbiamo fatto, che il principio di integrazione entra negli ordinamenti nazionali al più alto grado, quindi quale canone costituzionale. Ciò impone che tale principio sia bilanciato (a volte soccombendo) con gli altri canoni costituzionali interni, comunque prevalendo sempre sulle fonti subordinate. In sostanza, a seguire il ragionamento del giudice tedesco, l'integrazione non avrebbe diritto di sedersi al medesimo tavolo degli altri principi costituzionali, ma, nella grande sala

³²⁵ Nota L. CASSETTI come nella sentenza in commento sia presente «la riproposizione da parte del giudice costituzionale tedesco di una visione (*Staatenverbund*) che pone al centro delle trasformazioni europee non certo il “mito” dello Stato sovrano, quanto piuttosto il “valore” della struttura federale di quell'ordinamento, valore che si materializza nella struttura bicamerale del Parlamento. La stampa ha dato ampio spazio alle richieste dei governatori dei Länder dopo le precisazioni del Tribunale costituzionale federale e questo fermento conferma la sensazione che sullo sfondo delle rigorose argomentazioni giuridiche sulla natura dell'Unione e sulle garanzie di partecipazione, che passano attraverso il necessario coinvolgimento fattivo e non formale del Bundestag e del Bundesrat, vi sia la volontà di difendere il confronto serrato tra le conseguenze dell'ingresso nell'Europa di Lisbona (a partire dal nuovo riparto di competenze tra Stato e Unione) e le prerogative dei Länder, così come ridefinite e potenziate dalla riforma del federalismo introdotta nel 2006» (così in L. CASSETTI, *Il “Sì, ma” del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, in *federalismi.it*, n. 14/2009).

dell'ordinamento giuridico statale, non potrebbe che accomodarsi su un piccolo sgabello laterale, a guardare gli altri mangiare, anche sulla sua testa.

Questo concetto appare con ancor più chiarezza quando nel 2020 la medesima Corte costituzionale tedesca ha riconosciuto (pur indirettamente) essere oltre la legalità dei trattati il programma di acquisto di titoli di stato (il PSPP) varato dalla Banca centrale europea a guida Mario Draghi. Proprio quella iniziativa, che ha tenuto al riparo le economie più traballanti dell'Unione dalla tempesta speculativa degli ultimi anni, per i giudici di Karlsruhe si pone al di fuori dell'ordine di competenze e funzioni tracciato dai trattati europei, tanto che ben possono gli organi della sovranità politica di uno stato membro come la Germania chiamare a rispondere la stessa Banca centrale del suo operato³²⁶. Ripercorrendo brevemente i termini delle questioni sollevate alla Corte costituzionale tedesca attraverso la formula del *Verfassungsbeschwerde*, ai giudici veniva richiesto (1) di dichiarare illegittime le decisioni della Banca Centrale Europea (BCE) che istituiscono e applicano il citato PSPP, (2) di condannare il *Bundestag*, il *Bundesregierung* e la *Bundesbank* per non aver impedito l'approvazione dei detti atti incriminati, (3) di vietare alla *Bundesbank* l'acquisto dei titoli di stato sui mercati secondari nell'ambito dello stesso PSPP. La prima richiesta è stata respinta, riconoscendo la Corte di non essere il giudice della legittimità degli atti dell'Unione. La seconda è stata accolta solo in parte. Ma il vero terremoto è stato l'accoglimento totale dell'ultima richiesta, tanto che nella sentenza si dispone uno specifico divieto di acquisto per la *Bundesbank* se la Banca Centrale Europea non avrà dimostrato, nel termine di tre mesi, che le decisioni adottate nell'ambito del programma PSPP rispettavano il principio di proporzionalità: «ma non, attenzione, il principio di proporzionalità quale principio generale del diritto UE, per come esso è stato plasmato ed adattato nella propria giurisprudenza dalle Corti UE, bensì il *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* tedesco!»³²⁷.

Questo aspetto non è certo secondario e merita un breve approfondimento. La verifica di proporzionalità è un elemento caratterizzante della dottrina costituzionale tedesca, fin dalle origini. Risale addirittura al 1912 la famosa proposizione di Fritz Fleiner, nata nel contesto specifico del *Polizeirecht*, secondo cui “la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni”³²⁸. Tre sono gli elementi chiave che compongono e secondo cui deve svilupparsi il giudizio di proporzionalità di impronta tedesca: l'idoneità dell'atto rispetto all'obiettivo prefissato, intesa come utilità a favorirne il fine; la necessità dello stesso, quale

³²⁶ Si parla di BVerfG, decisione del 5 maggio 2020.

³²⁷ D.U. GALETTA, Karlsruhe über alles? *Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, n. 14/2020.

³²⁸ Così F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1912, 354.

imposizione del mezzo più mite per ottenerlo; la proporzionalità in senso stretto dell'atto, tale per cui la misura adottata dai pubblici poteri non deve essere tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e da risultargli, perciò, intollerabile³²⁹. Proprio partendo da questa solida impostazione, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha definito un proprio sindacato di proporzionalità, utilizzato sia per la verifica della legittimità degli atti delle istituzioni eurounitarie, sia per verificare le misure adottate dagli Stati membri in applicazione del diritto europeo. Proprio per le specifiche finalità di utilizzo, il modello europeo di proporzionalità marca alcune differenze rispetto alla ispiratrice teorica germanica. Il giudice europeo si trova a sindacare «misure adottate in contesti ad alta complessità tecnica e rispetto a cui vi è un ampio margine di imprevedibilità dei risultati a priori. Sicché, in contesti siffatti i giudici UE compiono un sindacato che è necessariamente limitato alla cd. apparenza esterna»³³⁰. Grava allora sull'istituzione uno specifico onere probatorio: «è infatti necessario che l'organo che ha adottato l'atto sappia fornire al giudice l'illustrazione di quegli elementi che lo hanno spinto ad usare così del suo (pur ampio) potere discrezionale»³³¹. Fornito questo principio di prova, la Corte di giustizia si limiterà a verificare che non siano stati violati in maniera palese l'idoneità e la necessità dell'atto.

Ora, nella decisione in commento, il *Bundesverfassungsgericht* non si spinge ad una valutazione dell'atto della Banca centrale Europea (non gli compete), ma indirettamente impone alla stessa istituzione monetaria di provare la proporzionalità rispetto alla legalità dei trattati delle misure adottate, non secondo i canoni del sindacato di proporzionalità europeo, ma secondo quelli, ritenuti (in maniera forse un po' presuntuosa) più validi e stringenti, della giurisprudenza costituzionale tedesca. Il tutto a tradire due presupposti assunti. Innanzitutto, un residuale ma primario potere di controllo in capo alla Corte costituzionale nazionale sull'emanazione *ultra vires* degli atti eurounitari. In secondo luogo, la natura derivata della sovranità europea, condizionata nella piena espansione del suo potere dalle regole costituzionali degli Stati membri. Non è un caso che nella lunga motivazione della sentenza, il giudice tedesco ribadisca con forza il medesimo orientamento teorico del 2009, riferendosi però all'Unione con una particolare e in realtà nuova definizione, *eine Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs-, Rechtsprechungsverbund*³³². Torna

³²⁹ Per una ricostruzione del sindacato di proporzionalità da un punto di vista storico-giuridico si veda D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998.

³³⁰ Così D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in *Diritto online*, Enciclopedia giuridica Treccani 2012.

³³¹ D.U. GALETTA, *ult. cit.*

³³² Qui una possibile traduzione: «un'associazione di stati, di costituzioni, di amministrazioni, di giurisprudenze».

preponderante qui l'elemento intergovernativo della struttura eurounitaria, spiegata con modelli teorici che fanno riferimento alla tradizionale dottrina federalista. Torna il tema del deficit democratico che, secondo Karlsruhe, ancora caratterizza il sistema istituzionale europeo. In buona sostanza, si continua a negare (e si continuerà a negare anche in futuro³³³) la caratterizzazione costituzionale dell'integrazione, che sempre è chiamata a dimostrare la sua conformità e il suo adattamento al complesso identitario, istituzionale sì, ma certo anche valoriale, delle Carte fondamentali degli Stati membri.

Si iscrive, in realtà, a questo medesimo filone la decisione del Tribunale costituzionale polacco dell'ottobre 2021, in tema di ordinamento giudiziario. La questione inizia nel luglio dello stesso anno, quando la Corte di giustizia dell'Unione emana un'ordinanza con cui intima alla Repubblica di Polonia di sospendere in via provvisoria l'applicazione della legge nazionale che istituisce una specifica Sezione disciplinare della Corte Suprema con il compito di sanzionare gli illeciti disciplinari dei magistrati polacchi, in quanto violerebbe il principio dello stato di diritto inteso come esercizio imparziale della giurisdizione (indipendenza dei giudici rispetto al potere politico). A poche ore dall'ordinanza, la Corte pronuncia la relativa sentenza di merito, con cui dichiara l'incompatibilità con il diritto eurounitario di tutto l'ordinamento disciplinare dei magistrati polacco, imponendone così la disapplicazione in sede giudiziaria e lo smantellamento in sede legislativa. È proprio con riferimento a questa decisione che il Presidente della Repubblica di Polonia adisce il proprio Tribunale nazionale per verificare la compatibilità della stessa con l'ordinamento costituzionale nazionale. Nella sentenza di ottobre, emessa dal collegio polacco con il dissenso di due giudici su dodici, si statuisce che:

«1. gli artt. 1 commi 1 e 2, 4 comma 3 e 19 comma 1 secondo capoverso, TUE - nella misura in cui la UE, istituita da Stati eguali e sovrani, crea “una sempre più stretta unione tra i popoli dell'Europa”, l'integrazione dei quali - avvenendo sulla base della legge EU ed attraverso l'interpretazione della legge UE da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - implica un 'passo avanti' per il quale: a) le autorità dell'Unione Europea agiscono al di fuori dello scopo ed ambito di competenze conferite dalla Repubblica di Polonia nei Trattati; b) la Costituzione

³³³ Il riferimento è alla decisione del BvefG del 15 aprile 2021, con cui il giudice costituzionale tedesco ha sottoposto al proprio esame il *Next Generation EU*. In quel caso, in realtà, pur tenendo in piedi la costruzione teorica che vede in capo al giudice di Karlsruhe un ultimativo controllo sul rispetto del principio di attribuzione, la Corte decise di non fermare l'applicazione del meccanismo di finanziamento post-pandemico, con l'idea che quel blocco avrebbe comportato una maggiore tensione nelle relazioni straniere ed europee della *Bunderepublik* di quanto non avrebbe fatto un differimento della declaratoria di costituzionalità. Per un'analisi organica si veda A. FERRARI ZUMBINI, *Il Recovery Plan e la Corte costituzionale tedesca*, in DPCEonline, n. 3/2021.

non è la legge suprema della Repubblica di Polonia, che deve riconoscere la precedenza rispetto alla sua forza vincolante ed applicazione; c) la Repubblica di Polonia può non funzionare come Stato sovrano e democratico - contrastano con gli artt. 2, 8 e 90 (1) della Repubblica di Polonia. 2. l'art. 19 (1), secondo capoverso, TUE - nella misura in cui, allo scopo di assicurare protezione legale effettiva nelle aree coperte dalla legge EU, garantisce alle corti domestiche (corti comuni, corti amministrative, corti militari, e la Corte Suprema) la competenza a: a) superare le previsioni della Costituzione nel corso del giudizio - contrasta con gli artt. 2, 7, 8 (1), 90 (1) e 178 (1) della Costituzione; b) giudicare sulla base di previsioni che non sono vincolanti, essendo state revocate dal Sejm (il Parlamento nazionale polacco) e/o giudicate dal Tribunale Costituzionale per essere in contrasto con la Costituzione - contrasta con gli artt. 2, 7, 8 (1), 90 (1) e 178 (1), e 190 (1) della Costituzione. 3. L'art. 19(1), secondo capoverso, e l'art. 2 del TUE - nella misura in cui, allo scopo di assicurare effettiva protezione legale nelle aree coperte dalla legge UE ed assicurare l'indipendenza dei giudici - garantiscono alle corti domestiche (corti comuni, corti amministrative, corti militari, e la Corte Suprema) la competenza a: a) revisionare la legalità della procedura di nomina di un giudice, inclusa la revisione di legalità del provvedimento con cui il Presidente della Repubblica nomina un giudice - contrastano con gli artt. 2, 8(1), 90(1) and 179 in combinato con l'art. 144(3)(17) della Costituzione; b) revisionare la legalità delle risoluzioni del Consiglio Nazionale Giudiziario in risposta alle richieste del Presidente della Repubblica di nominare un giudice - contrastano con gli artt. 2, 8(1), 90(1) e 186(1) della Costituzione; c) determinare la inefficacia del processo di nomina di un giudice e, per l'effetto, rifiutare di considerare una persona nominata ad un ufficio giudiziale in accordo all'art. 179 della Costituzione, come giudice - contrastano con gli artt. 2, 8(1), 90(1) e 179 in combinato con l'art. 144(3)(17) della Costituzione» [sottolineato aggiunto]³³⁴.

Pur nella formulazione complessa, propria evidentemente del linguaggio giuridico polacco, la Corte di Varsavia compie due osservazioni di rilievo ai fini del nostro discorso: (1) il rispetto severo del principio di attribuzione, tale per cui l'azione dell'Unione in un ambito come quello dell'ordinamento giudiziario (che non corrisponde ad una specifica competenza ceduta) è fuori dalla legalità dei trattati; (2) la prevalenza del dettato costituzionale nazionale, che non può essere messo in discussione, sia sotto il profilo della sua forza vincolante (comunque prevalente sul principio del primato), sia sotto il profilo

³³⁴ Così la traduzione del dispositivo della sentenza del *Trybunał Konstytucyjny* K3/2021.

della sua struttura fondamentale e valoriale, di cui non può teorizzarsi l'incompatibilità democratica. In sostanza, nella Costituzione polacca è sancito il modello proprio dello stato di diritto per come la comunità polacca lo vuole intendere e ciò non può essere messo in discussione. L'argomento è certamente forte e trasmette una declinazione estrema della natura internazionalistica dell'Unione, ma non si distacca teoricamente dalla posizione della Corte di Karlsruhe, fondata anch'essa sulla piena identificazione dei concetti di democrazia e stato di diritto con quello di costituzione. Anzi di più, con quello della contingente Costituzione³³⁵. Non vi è stato di diritto e democrazia che possano essere intesi se non nelle forme in cui si realizzano nella *Grundgesetz* (per i tedeschi) ovvero nella *Konstytucja* (per i polacchi).

A questa posizione dogmatica di resistenza extra-convenzionale, se ne oppone in verità un'altra, con una più marcata impostazione dialettica e certo più vicina al modello che ci siamo proposti di sviluppare. La teorica dei controlimiti affiora in maniera carsica nel contesto della giurisprudenza costituzionale italiana. Perfino quella famosa pronuncia che consacra in maniera specifica la teorizzazione dei principi supremi, la sentenza n. 1146 del 1988, richiama la questione come *obiter dictum*, quasi volendo restituire l'evidenza di un principio, le cui conseguenze giuridiche sono però tutt'altro che inoffensive. Così recita il testo:

«La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro

³³⁵ Conferma questa lettura anche B. CARAVITA - M. CONDINANZI - A. MORRONE - A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020. Si sostiene nel testo citato che «alla radice della posizione tedesca [e anche di quella polacca, si potrebbe aggiungere] ci sono due assunti: a. l'indissolubilità del rapporto tra Costituzione, Stato, democrazia e omogeneità del popolo; b. la permanente scarsa democraticità dei meccanismi istituzionali europei, che deriverebbe essenzialmente dalla inesistenza di un popolo europeo».

conformità ai “principi supremi dell'ordinamento costituzionale” [...], sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte “in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana” [...]. Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore»³³⁶.

Nella sostanza, la Consulta riconosce l'esistenza di questo nucleo essenziale di principi che è alla base dell'ordinamento, che ne presiede dunque la fondamentale esistenza e la coscienza valoriale. L'elemento fondativo della comunità nazionale. Esso va garantito e tutelato, riconoscendo alla Corte il potere di sindacare il contenuto delle leggi di revisione della Carta (approvate a norma dell'art. 138 Cost.), come anche di quelle leggi ordinarie che hanno una copertura di tipo costituzionale. Pietro Faraguna ne individua tre tipologie: concordatarie (le leggi che danno applicazione al Concordato del 1929 tra Stato italiano e Chiesa cattolica, coperte dall'art. 7 Cost.), internazionali (le leggi che danno applicazione al diritto internazionale consuetudinario, coperte dal “trasformatore permanente” di cui all'art. 10 Cost.) e comunitarie (oggi diremmo eurounitarie, coperte dall'art. 11 e dall'art. 117, comma 1, Cost.)³³⁷. Dunque, nella logica della Consulta, l'operatività del diritto comunitario «negli ambiti di sua competenza, non è più subordinata alla volontà degli Stati, nemmeno, in via generale, delle loro Costituzioni [è parte delle loro Costituzioni]; e dunque, in tali ambiti, si può dire che esso è supremo», ma tale primato è bilanciato dal fatto che «sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale [della Corte costituzionale] sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali»³³⁸ (così nella sentenza n. 183 del 1973); o ancora, come si afferma nella sentenza n. 170 del 1984, «la legge di esecuzione del Trattato [può] andar soggetta al [sindacato della Corte], in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»³³⁹. Già solo da questa prima

³³⁶ Così Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988, punto 2.1 del Considerato in diritto. Famosa è la critica interna che del contenuto della sentenza fa S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007, 102 ss., in chiave però interna. La Consulta, assegnandosi in via autonoma il potere di individuare, qualificare e garantire i “principi supremi”, si sta ponendo nel ruolo di organo di chiusura dell'ordinamento, a scapito di altri organi con maggiore legittimazione democratica, in primis il Parlamento.

³³⁷ P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015, 72 ss.

³³⁸ Così Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 1973, punto 9 del Considerato in diritto.

³³⁹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 1984, punto 7 del Considerato in diritto.

essenziale ricostruzione, emerge un'impostazione differenziata fin da principio dal modello dogmatico prima analizzato. Fin da principio, la Corte ha definito il processo di integrazione dell'ordinamento italiano in una prospettiva di tipo dualistico (il fatto che Italia e sistema istituzionale europeo facessero capo a due ordinamenti distinti, anche se integrati), da una parte così garantendo l'ampia autonomia dell'ordinamento nazionale, dall'altra pensando l'integrazione come elemento inquadrato nella nostra Costituzione, proprio attraverso una lettura adattata dell'art. 11 Cost. Dice Frosini, «alla domanda perché la Corte costituzionale ha voluto che il rapporto fra l'ordinamento comunitario e quello statale fosse mantenuto nell'alveo del dualismo, sia pure coordinato, [...] si possono offrire alcune risposte. Che sia stata l'esigenza di garantire l'esistenza del nostro ordinamento e quindi della sovranità statale, che, in tal modo, anziché essere ceduta o assorbita all'interno di una ipotetica sovranità superiore e distinta, rimanesse piuttosto a essere solo limitata, ai sensi dell'art. 11 Cost. [...]. La Corte costituzionale, allora, ha mirato essenzialmente a conservare e preservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, tale da consentire allo Stato di continuare a essere interamente sovrano, e pertanto libero di disporre in maniera incondizionata delle proprie fonti normative»³⁴⁰. Se pure l'intento era soprattutto difensivo, la Corte accettò in questo modo di “costituzionalizzare” l'integrazione e dunque di far vivere il complesso di principi (e solo dopo di valori) comunitari (europei) nell'Olimpo della Carta. Non quale principio supremo chiaramente, ma di certo in via parificata con le restanti determinazioni normative del testo del 1948. Ma cosa dobbiamo intendere esattamente per “costituzionalizzazione dell'integrazione”? Se integrazione significa cessione sempre maggiore di sovranità, fino a che punto essa può spingersi?

Interessante la risposta che fornisce ai quesiti qui proposti Omar Chessa, in un suo recente scritto a commento dell'art. 11 Cost. A parere dell'autore, «se la sovranità dello Stato è assetto costituzionale delle competenze, per “limitazioni di sovranità” dovranno intendersi solamente quelle incidenti su norme di competenza e procedurali»³⁴¹. Proprio quell'insieme di poteri che Max Weber definiva con l'espressione “potestà di comando”: «il complesso di potestà legislative, esecutive, di governo, giurisdizionali, di controllo, di indirizzo, ecc.»³⁴². Per questo motivo, «non sono consentite deroghe implicanti lesioni dei diritti inviolabili e di qualsiasi altro principio costituzionale

³⁴⁰ T. E. FROSINI, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, in G. F. FERRARI A cura di, *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli 2006, 370.

³⁴¹ Così O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. BERARDI A cura di, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, 305 ss.

³⁴² Così O. CHESSA, *ult. cit.*, 302 ss.

sostantivo, perché altrimenti le “limitazioni della sovranità” non sarebbero volte ad assicurare la “giustizia fra le Nazioni”, cioè la stessa «“moralità politica” che è incorporata nel testo costituzionale e che risulta dall’insieme dei suoi principi sostantivi o diritti fondamentali»³⁴³. In buona sostanza, i contro-limiti troverebbero in realtà un riscontro nel testo costituzionale italiano là dove l’art. 11 mette in correlazione la cessione di sovranità con il concetto di giustizia, con l’idea che la prima possa avvenire solo se non si comprometta la seconda. È su tale necessario bilanciamento che la Consulta è chiamata a vigilare³⁴⁴. Sta di fatto che la posizione della Consulta sembra attestarsi su un fronte opposto rispetto a quella del *Bundesverfassungsgericht*, che abbiamo visto come ancora non abbia maturato il pieno superamento della logica internazionalistica dei trattati.

Ma la differenza di approccio non risalta solo da un punto di vista sostanziale, ma ancor più nel metodo che la Corte utilizza nel determinare limiti tra sovranità condivisa e sovranità nazionale e ancor più quando è costretta ad affermare la prevalenza della seconda sulla prima. Il caso è quello della cosiddetta “saga Taricco”. Nel 2015 il Tribunale di Cuneo decise di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia in merito al paventato contrasto della normativa europea con la disciplina nazionale in tema di computo del termine massimo di prescrizione per alcuni reati finanziari in danno dell’Unione. In estrema sintesi, la Corte di Lussemburgo ritenne fondata la questione, invitando il giudice nazionale a disapplicare la normativa oggetto del ricorso, così da far prevalere il diritto

³⁴³ Sempre O. CHESSA, *ult. cit.*, 305 ss.

³⁴⁴ Una posizione questa che sconfessa alcune teoriche che vorrebbero sottrarre determinate materie alle determinazioni degli Stati membri. Su questa linea, ad esempio, Cerulli Irelli, secondo cui, con riguardo ai rapporti economici, «il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno; nel senso che con i suoi principi (alcuni chiari e altri meno chiari e più perplessi), ne copre tutto l’ambito. Il che significa che i nostri principi costituzionali, intanto possono trovare applicazione nella legislazione positiva, in quanto quest’ultima risulti conforme al diritto europeo e salve previsioni dello stesso diritto europeo circa riserve di attività rapportabili a quelle dell’art. 43 Cost. [...] Peraltro, i principi costituzionali nella nostra materia (la cosiddetta “costituzione economica”) non si ascrivono a quelli “fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” che in quanto tali non sarebbero derogabili da norme dell’ordinamento europeo» (così V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in C. PINELLI - T. TREU A cura di, *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna 2010, 141 ss.). Una posizione che S. D’ANDREA definisce di una certa assolutezza e rigidità e che, in realtà, sembra rientrare a pieno titolo nella tendenza, già denunciata nelle pagine che precedono, a leggere il sistema eurounitario in via dogmatica e non in una logica dialettica e di confronto tra istanza assimilatrice e istanza di resistenza. Va infatti considerato che «la norma che prevede il diritto al lavoro e il dovere della Repubblica di promuovere “le condizioni che rendano effettivo questo diritto” è almeno una norma costituzionale come le altre (ma in realtà è molto di più: è il dovere economico-sociale fondamentale della Repubblica, parte del nucleo duro non soggetto a revisione della Costituzione). E l’aver ratificato trattati che non soltanto non prevedono il diritto al lavoro, ossia il dovere dello Stato di perseguire la piena occupazione, ma anzi prevedono che lo Stato non debba perseguire la piena occupazione e nemmeno l’aumento dell’occupazione qualora rigorosi criteri volti a garantire la stabilità dei prezzi, i vincoli al deficit di bilancio, il divieto di monetizzazione del debito, il principio di concorrenza, il divieto di aiuti di Stato, il vincolo dell’economia aperta e del mercato unico, la libera circolazione dei capitali ecc., non lo consentano, è in radicale contrasto con il dovere dello Stato di perseguire la piena occupazione» (così S. D’ANDREA, *L’Italia nell’Unione europea. Tra europeismo retorico e dispotismo “illuminato*, Soveria Mannelli 2022, 235).

eurounitario³⁴⁵. In sostanza la Corte ritenne la normativa italiana sulla prescrizione del reato di frode troppo restrittiva, tale per cui risultava lesa l'interesse dell'Unione ad una efficace e pronta repressione dei reati finanziari avverso le istituzioni europee. A fronte di tale pronuncia, la Corte di Cassazione sollevò una questione di legittimità costituzionale alla Consulta ritenendo che la disapplicazione della normativa italiana, imposta ai giudici nazionali in ragione della pronuncia di Lussemburgo, avrebbe comportato un vero e proprio terremoto giuridico, innanzitutto per la violazione del fondamentale principio di legalità (la sentenza del giudice europeo era in realtà vaga su quali reati sarebbero dovuti essere sottratti alla disciplina nazionale sulla prescrizione) e in secondo luogo per la retroattività che avrebbe avuto, in ragione della disapplicazione, una nuova regola che mutava *in peius* la precedente. La Corte costituzionale italiana tentò di individuare un punto di mediazione e cercò di individuare una soluzione ermeneutica di mediazione che salvasse i principi fondanti dell'ordinamento nazionale. Sollevò allora essa stessa un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ordinanza n. 24 del 2017), dando quindi la possibilità ai giudici di Lussemburgo di rivedere la propria decisione del 2015 in senso conforme alle problematiche sollevate dai giudici italiani. Da sottolineare il fatto che, nell'ordinanza, la Consulta non esplicita precisamente quali saranno le modifiche alla posizione del giudice europeo che riterrà accettabili né sotto quale prospettiva le giudicherà: si limita ad esporre le conseguenze problematiche che la decisione del 2015 stava comportando. La Corte di giustizia si pronunciò sulla questione nel 2017, ritenendo che, al ricorrere di determinate condizioni, i giudici potessero applicare la disciplina nazionale³⁴⁶. La Consulta si pronunciò definitivamente l'anno successivo (sentenza n. 115 del 2018), dichiarando l'infondatezza della questione sollevata dalla Cassazione, chiudendo così in maniera proficua un efficace procedimento di risoluzione dialettica del contrasto tra sovranità.

La differenza emerge con chiarezza. Il Tribunale costituzionale tedesco utilizza il suo approccio dogmatico per alzare in fretta un solido muro al confine. La contrapposizione con la Corte di giustizia è massima e serve nella sostanza a riaffermare in maniera perentoria una prevalenza di sovranità interna, quando questa sembra minacciata. La Corte costituzionale italiana si muove con un approccio più propriamente dialogico, con l'idea che il limite tra sovranità contrapposte vada ricostruito con un'attenta azione di cucitura, soppesando le esigenze delle due parti e bilanciandole. Si può dire che «mentre l'approccio del *Bundesverfassungsgericht* sembra improntato a un confronto aperto e diretto,

³⁴⁵ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 8 settembre 2015, nella causa riguardante il procedimento penale a carico di Ivo Taricco e altri.

³⁴⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 dicembre 2017, nella causa riguardante il procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.

quasi di sfida, con la controparte europea, l'atteggiamento della Corte costituzionale ricorda piuttosto quello di un giocatore di carte, che apre la partita e attende la reazione dell'avversario tenendo coperte le sue carte migliori. E un simile atteggiamento forse meglio si addice ad una Corte che, nell'arena europea, non dispone della stessa forza contrattuale del Bundesverfassungsgericht. Basti pensare che, giocando a poker, non necessariamente vince il giocatore con le carte migliori, bensì quello che riesce a convincere l'avversario a cedere, attraverso un abile gioco di calcoli e sguardi. E forse questo non è poi molto distante da quanto la Corte ha fatto in Taricco»³⁴⁷.

Se dovessimo allora caratterizzare queste forme di resistenza pretoria all'esercizio della sovranità condivisa, da un punto di vista sostanziale potremmo definire la prima dogmatica e la seconda dialettica, da un punto di vista metodologico potremmo definire la prima di contrapposizione e la seconda di dialogo. È chiaro che la seconda tipologia non solo incarna perfettamente il senso del principio di integrazione per come lo abbiamo descritto in queste pagine, ma soprattutto sembra idonea ad occupare quello spazio di eccezione disegnato dall'articolo 4.2 TUE. Recuperare il senso di quello spazio, cioè intenderlo come la porta attraverso cui far filtrare nella casa europea le tensioni e le distanze, i conflitti perfino che sono pronti a nascere sulla linea di faglia tra sovranità condivisa e sovranità nazionale, significa trasfigurare le energie disgregatrici in elementi di costruzione armonica, contrappesi di bilanciamento. Anche ove determinassero forme asimmetriche di integrazione, essi non tradirebbero l'obiettivo di un'unione sempre più stretta tra i popoli europei. Diversamente avverrebbe se escludessimo dalla legalità dei trattati le spinte di autonomia, inevitabili nella diversità di un continente complesso come il nostro. Soprattutto non verrebbe meno la natura pubblicistica dello spazio giuridico europeo, che l'approccio dogmatico, al contrario, nega in partenza e contribuisce inevitabilmente a demolire.

4. Conclusioni.

Recuperando le fila del discorso, proviamo a ripartire dal quesito iniziale e dal motivo dell'operazione che in queste pagine abbiamo provato a realizzare. L'idea era quella di comprendere se il discorso giuspubblicistico si potesse applicare alla costruzione dell'Europa unita. Se si potessero, in definitiva, rinvenire nella struttura istituzionale e normativa costruita dal processo di integrazione europea degli elementi idonei a

³⁴⁷ A. VON BOGDANDY - D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in Quaderni costituzionale, 01.03.2020.

caratterizzare lo spazio giuridico europeo come spazio pubblico di coesistenza comunitaria e non come mero luogo di cooperazione economico-commerciale. In questo senso, era innanzitutto necessario comprendere se esista o meno un autonomo indirizzo politico espresso dall'ordinamento eurounitario e, ove se ne accertasse la sussistenza, in che rapporti questo si ponga con gli indirizzi politici propri degli Stati membri. La risposta è evidentemente affermativa. Dopo Lisbona, i trattati istitutivi hanno evidentemente acquisito un tono costituzionale, soprattutto prevedendo un solido nucleo valoriale che si è aggiunto al complesso di principi sull'integrazione che la Corte di giustizia aveva negli anni individuato e definito. Questa forza unificante dell'ordinamento eurounitario è, però, sviluppata nei trattati in chiaroscuro. Agli elementi forti che producono assimilazione, sono via via affiancati, in maniera esplicita e letterale, degli elementi di resistenza, votati al riconoscimento delle specifiche identità nazionali che animano gli Stati membri. Quel complesso di disposizioni che abbiamo descritto fa da bilanciamento al nucleo valoriale e alla Carta dei diritti, quasi a voler sottolineare l'irriducibile natura derivata di questi dati normativi. Da ciò deriva che l'indirizzo politico convenzionale non è totalmente staccato dagli indirizzi politici costituzionali degli ordinamenti assimilati, quasi che l'ordinamento europeo vivesse una strutturazione bifronte. Per questo, la prospettiva giuspubblicistica del sistema si può rinvenire proprio in questa basilare dialettica, a cui il dato normativo dei trattati stessi rimanda. Il tono costituzionale della costruzione sta nella condivisione del processo di integrazione tra istituzioni centrali e istituzioni periferiche. La sovranità condivisa europea tiene una sua autonomia in quanto ogni Stato membro riconosce nel proprio ordinamento il vincolo dell'integrazione, cioè riconosce l'integrazione come principio portante della sua struttura ordinamentale e quindi si vincola a quel potere nei limiti della cessione di sovranità statale che ha voluto accordare. Ma accettando quel vincolo e ponendolo necessariamente al più alto grado delle fonti giuridiche del proprio sistema ne mantiene comunque una possibilità di ultimativo controllo. Non ne riconosce la piena autonomia, ma ne teorizza un potere di influenza. Si costruisce così un modello che vive una doppia spinta, una tesa ad assimilare gli ordinamenti statali a quello europeo e una di resistenza nazionale, che bilancia l'accentramento. L'analisi che abbiamo portato avanti ha voluto soprattutto restituire le moltissime sfumature di questa dialettica, per comprenderne i momenti di bilanciamento e soprattutto per provare a dare una nuova metodologia di lettura e una deontologia dei rapporti.

Dal punto di vista dell'assimilazione, le forze individuate sono di due tipi. Una propriamente riconducibile alle istituzioni europee, quelle che hanno il compito di porre in essere gli obiettivi dell'Unione attraverso la produzione di regole. Esse sono le ispiratrici

dell'indirizzo politico normativo, che è comunque già costruito sull'armonizzazione tra una linea intergovernativa (Consiglio dell'Unione europea) e una sovranazionale (Parlamento e Commissione). Una seconda è invece di tipo giurisdizionale e vede come unico protagonista la Corte di giustizia dell'Unione, che ha promosso quella "integrazione mediante il diritto" tanto cara alla dottrina italiana. In verità, dato l'assetto dialettico, si dovrebbe pensare di ricondurre il giudice europeo ad un ruolo di maggiore terzietà tra le due forze, soprattutto perché unica istituzione pienamente indipendente da ogni condizionamento centrale o periferico. Fare, insomma, della Corte di Lussemburgo un vero tribunale dell'integrazione, capace di mediare le spinte concorrenti e di dialogare con le istituzioni degli Stati membri (in particolare con i tribunali costituzionali) per accompagnare e guidare l'assestamento del diritto europeo nel bilanciamento con le molteplici identità sistemiche (utile in questa sarebbe l'introduzione - anche per mera via pretoria - di un sindacato pregiudiziale inverso, attivabile dalla Corte di giustizia sulle singole corti costituzionali nazionali).

Dal punto di vista della resistenza, sono comunque emerse due forme di manifestazione. Una che si sviluppa intorno al senso da dare al concetto di identità nazionale predicato dall'art. 4.2 TUE; una seconda liberamente espressa dai tribunali costituzionali degli Stati membri e legata a differenti teorizzazioni di verifica della generale compatibilità dell'ordinamento europeo con i valori costituzionali nazionali, come anche di controllo della stretta applicazione del principio di attribuzione. Nella più ampia prospettiva che ci siamo dati, questa seconda dicotomia va evidentemente risolta, utilizzando lo spazio d'eccezione normato al citato articolo del trattato istitutivo, così da permettere l'accesso dell'istanza di resistenza nazionale nella legalità dei trattati. Per quanto da questo possa dipendere una disarticolazione asimmetrica dell'integrazione, non va sottovalutato il pericolo di ricacciare al di fuori del processo di integrazione quelle istanze identitarie profonde che sempre più si stanno rianimando e che davvero, se non controllate, possono sfociare in una fatale decostruzione dell'Unione.

Quello che si è voluto far emergere è un approccio il più possibile antideologico alla definizione del sistema integrato europeo. Non si tratta qui di immaginare come l'Unione dovrebbe essere, né di sponsorizzarne una particolare versione, federalista o funzionalista o identitaria che sia. Assestare il modello per come oggi si realizza significa assicurarne il futuro. Soprattutto provare a definirlo nel rispetto della molteplicità che caratterizza l'identità propria del continente è il miglior modo per valorizzarne le potenzialità, in particolare in questi tempi difficili, senza che possa tramutarsi in una gabbia.

Nella consapevolezza che le costruzioni unitarie non sono obiettivi di un momento, ma processi che si realizzano su scontri, dialettica e conflitti; la *reductio ad unum* si può realizzare solo se da tante coscienze singole se ne genera una, non più ristretta, ma più larga ed armonica, forse meglio condivisa e accettata, democraticamente legittimata. Ecco, sia chiaro però che la democrazia è nemica dell'individualità. Il principio maggioritario non si realizza sulla somma delle posizioni dei singoli, ma interpreta un sentimento che più è fondato quanto più è generale e intestino. La democrazia non è mai resistenza, ma adesione e dunque sacrificio del proprio. Ecco, se dobbiamo costruire un nuovo spazio di coscienze, è fondamentale e necessario che in esso ci sia posto per la nostra.

Parte III

Modello di sintesi

Al termine di uno svolgimento così articolato, il momento di sintesi è certo utile a ricongiungere le osservazioni fatte e gli elementi specifici colti nella ricerca con il suo obiettivo iniziale. Comprendere le dinamiche che ispirano oggi la costruzione degli spazi giuridici di natura pubblica, inevitabilmente fondati su una pre-posta istanza comunitaria che con maggiore difficoltà si può cogliere nella modernità. Ciò che ora possiamo dire, innanzitutto, è che tale difficoltà non è di oggi e può essere ricondotta ad un preciso processo di secolarizzazione, insito nel carattere proprio della cultura occidentale. Dopo il tradimento di Parmenide, si è avviata una specifica dinamica nichilista, che in sostanza si fonda sull'astrazione delle cose dal loro principio fondativo. Non l'essere, ma i processi. Il diritto non è esente da questa prospettiva e la stessa tensione tra giusnaturalismo e giuspositivismo è il segno di questa distorsione, che crea una spinta gravitazionale a cui si oppone un eguale forza di resistenza. Schmitt ha compreso molto bene questo processo e tutta la sua costruzione giuridico-filosofica è il tentativo di frenare tale dinamica, opponendo una forza aggregatrice che si manifesta nel politico. Schmitt crede che nella politica risieda la massima formula di assimilazione comunitaria, che ben si manifesta nello stato d'eccezione. È in quel momento che si mostra la sovranità e che la comunità si realizza pienamente, perché unificata. La prevalenza del politico genera però una distorsione: l'imposizione di una assimilazione totalizzante e incontrollata, un potere dunque sovrabbondante e senza alcun tipo di bilanciamento. Il costituzionalismo del secondo dopoguerra cerca di mediare questa distruttiva e pericolosa tendenza. L'idea è di non distruggere il presupposto politico, ma di ingabbiarlo nella regola, nella procedura, nel diritto. Si impone, in sostanza, alla forza ordinante di manifestarsi solo nel giuridico. Uno schema che potrebbe essere valido anche oggi, ma in un ottico contraria. Mentre in quell'epoca storica era necessario evitare la degenerazione del politico, oggi il rischio assai più impellente è che sia la dimensione astratta del diritto a prevalere. Il diritto staccato da ogni pre-ordinato elemento extragiuridico si riduce ad essere mero *instrumentum regni*. Per evitare questo bisogna comprendere come sia possibile strutturare oggi un ordinamento che contemperi al meglio i due elementi dialettici. Le componenti individuate sono essenzialmente tre: (1) un ordinamento in cui agiscono due differenti indirizzi politici, l'uno costituzionale e l'altro normativo, il primo espressione dei principi e dei valori espressi nel testo costituzionale e letti da uno specifico tribunale, il secondo nella mani del decisore politico, legittimato democraticamente; (2) un ordinamento ispirato ad una formula conflittuale, cioè ad una continua forza di confronto tra le diverse istanze, che

non solo possono spingere e modificare la struttura (costituzione materiale), ma anche dare una profondità storica ai diritti e ai valori costituzionali. L'elemento identitario è ben oltre questo dualismo, anzi lo precede. Si pone come nucleo fondativo dello Stato ed entrambi gli indirizzi politici descritti devono ad esso conformarsi ovvero non possono metterlo a rischio. Tre allora sono le dimensioni da attenzionare per edificare la *Verfassungs*: una pre-posta di natura etica e di principio, che si realizza nelle forme proprie della comunità che rappresenta; una seconda di tipo costituzionale che vincola struttura e decisore politico ad un quadro valoriale a cui deve conformarsi; una terza di natura normativa, propriamente nelle mani delle forze politiche dominanti.

Questo modello, qui depurato dal complesso quadro teorico che prima abbiamo sviluppato, ci è stato utile per misurare il tono costituzionale dell'ordinamento eurounitario. Per comprendere cioè se e in che modo questo singolare modello di ordinamento sovranazionale possa acquisire una rilevanza di natura pubblicistica. Un quesito non certo peregrino. In Italia, molto più che nel resto d'Europa in realtà, si è a lungo considerato lo studio dell'ordinamento europeo come materia da assimilare al diritto internazionale, in sostanza negando le peculiarità del fenomeno ovvero registrandone gli effetti sull'ordinamento costituzionale come accidenti ad influenza indiretta. Non è un caso che in una delle più grandi biblioteche giuridiche del nostro paese, quella della Camera dei Deputati, con sede nel prestigioso Palazzo di San Macuto a Roma, il reparto dedicato al "diritto comunitario" (ancora si riporta questa dicitura) si trovi nella sala dedicato al "diritto straniero". Evidentemente non è solo un problema di risistemazione e aggiornamento, ma la conseguenza di un certo atteggiamento dottrinario che ha sempre escluso, tranne poche significative eccezioni, una organica lettura dell'ordinamento eurounitario sotto un profilo propriamente costituzionale. Oltre tale notazione, ciò che è emerso da questo lavoro di ricerca è che il senso costituzionale dell'ordinamento europeo si realizza in una modalità peculiare: attraverso la costituzionalizzazione all'interno di ogni Stato membro di un principio di integrazione, che consiste in una congerie di regole di effettività, nei singoli ordinamenti nazionali, dell'ordinamento europeo e della sovranità che esso esprime. Ecco perché, da un punto di vista pubblicistico, ha più senso parlare di diritto dell'integrazione europea e non meramente di diritto europeo. Ancora, se questo è vero, l'istanza intergovernativa rimane forza di ricostruzione all'interno del complesso ordinamentale europeo. Sul fronte opposto alla forza di assimilazione propria del dato istituzionale e dell'attività della Corte di giustizia, si pongono le identità nazionali degli Stati, che entrano nella dinamica europea sia attraverso le disposizioni del trattato (art. 4.2 TUE), sia con la forza delle loro

istituzioni interne (soprattutto i tribunali costituzionali). Se questo è il modello, due sono le conseguenze teoriche che dovremmo cogliere. Innanzitutto, immaginare un nuovo ruolo per la Corte di giustizia, che, piuttosto che servire direttamente l'istanza sovranazionale, potrebbe rappresentare il punto di connessione di questa con l'istanza intergovernativa, divenendo un vero e proprio giudice dell'integrazione. In secondo luogo, contenere le forze disgregatrici, richiamando all'interno della legalità dei trattati le modalità di difesa dell'identità costituzionale di ogni singolo Stato membro. Avrebbe un senso ribadire la piena identità tra identità nazionale e identità costituzionale, così da trasformare l'art. 4.2 TUE nella disposizione che assorba nel testo convenzionale i cosiddetti "controlimiti". Magari introducendo, allo stesso tempo, un nuovo rinvio pregiudiziale inverso, che permetta alla Corte di giustizia di confrontarsi direttamente con le corti costituzionali nazionali e di dialogare con esse nella costruzione dell'identità integrata europea.

La verità è che il grande ideale dell'unità civile europea, come la chiama Federico Chabod³⁴⁸, non è estraneo né lontano dalle coscienze degli europei, che veramente si sentono eredi di un comune patrimonio identitario e del lascito storico di dividerlo in una comunità di destino. In essa però non vogliono entrare nudi, non vogliono entrare trasformati, ma portando la libertà della propria coscienza, così da contribuire all'edificio comune con la loro specifica nazionalità, che è ricchezza nella molteplicità e non deviazione nella marcia forzata. L'Europa vivrà se saprà costruire un modello ordinamentale, giuridico, identitario che salvi questo sentimento.

³⁴⁸ Si veda l'interessante volume F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, Roma-Bari 1961, che racchiude un corso universitario dello storico valdaostano dedicato alla storia del continente presso la facoltà di lettere dell'Università di Milano nell'anno accademico 1943-1944, e poi presso la stessa facoltà dell'Università di Roma nei successivi anni accademici 1947-1948 e 1958-1959.

Bibliografia

- G. AGAMBEN, *Homos sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995
- L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017
- P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, Torino 2011
- A. ANNICHIARICO, *La guerra di Xi Jinping contro le big tech: Alibaba deve cedere i media, Pinduoduo decapitata*, in *Il Sole24ore*, 17 marzo 2021
- G. A. ARENA, *Paura e violenza in Vico e Sorel*, in D. PASINI A cura di, *La paura e la città*, Vol. II, Roma 1984
- A. ARESU, *Il dominio del XXI secolo. Cina, Stati Uniti e la guerra invisibile sulla tecnologia*, Milano 2022
- A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, Milano 2020
- R. ARNOLD, *L'identità costituzionale. Un concetto conflittuale*, in A. DI BLASE A cura di, *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, 2014
- J. ASSMANN, *Verso l'unico Dio. Da Ekbaton a Mosè*, Bologna 2018
- G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari 2005
- G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010
- G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari 2021
- G. AZZARITI, *Pier Paolo Pasolini: lo sguardo lungo dell'inquietudine*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022
- F. BALAGUER CALLEJON, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos*, 2019/3
- M. BALESTRIERI, *La legge e l'arcaico. Genealogia comparata dell'ordine moderno*, Milano 2017
- E. BALIBAR, *La forma nazione: storia e ideologia*, in E. BALIBAR – I. WALLERSTEIN, *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, Roma 1991
- E. BALIBAR, *Una cittadinanza senza Comunità?*, in E. BALIBAR, *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo Stato, il popolo*, Roma 2004
- P. BARILE, *Potere costituente*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1966

- R. E. BARNETT, *Common-Good Constitutionalism reveals the dangers of any non-originalist approach to the Constitution*, in *The Atlantic*, 3 aprile 2020
- P. BIANCHI, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 50, n. Sp., mar. 2022
- R. BIFULCO, *L'Europa e il «Constitutional Pluralism»: prospettive e limiti*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2018
- N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino 1996
- N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino 2004
- R. BORRELLO, *Paolo Barile e l'indirizzo politico*, in M. PERINI - A. PISANESCHI A cura di, *La lezione di Paolo Barile*, in *Quaderni del Circolo Rosselli*, n. 3/2022
- M. A. CABIDDU, *Presentazione* in (M. A. CABIDDU A cura di) H. KELSEN, *Lo Stato come integrazione*, Torino 2001
- M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano 1994
- L. CALIFANO, *Autodeterminazione vs. eterodeterminazione dell'elettore: voto, privacy e social network*, in *federalismi.it*, 2019/16
- L. CALIFANO, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data*, in *federalismi.it*, 2017/9
- J. CANNATAKI - V. FALCE - O. POLLICINO A cura di, *Legal challenges of Big Data*, UK 2020
- E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino 2018
- A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino 2021
- B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca*, Padova 1985
- B. CARAVITA, *Lecture di diritto costituzionale*, Torino 2020
- B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino 2020
- B. CARAVITA, *Territorio degli enti territoriali minori*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1994

- B. CARAVITA - M. CONDINANZI - A. MORRONE - A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020
- F. CARDINI, *Le dimore di Dio. Dove abita l'eterno*, Bologna 2021
- S. CARLONI, *Terra e mare. Riflessioni di geopolitica e geo-diritto a partire da Carl Schmitt*, Lecce 2013
- M. CARTABIA, *Art. 4, par. 2*, in *Trattati dell'Unione europea*, 2014
- M. CARTABIA - E. LAMARQUE, *Il retaggio del modello austriaco nella giustizia costituzionale italiana cent'anni dopo*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019
- M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e Mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna 2018
- M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2000
- L. CASSETTI, *Il "Sì, ma" del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, in *federalismi.it*, n. 14/2009
- E. CASSINI, *Introduzione a Carl Schmitt*, Genova 2016
- E. CAVASINO, *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *rivista AIC*, n. 3/2022
- T. CERRUTI - A. POGGI - M. ROSBOCH, *"Spazio e frontiera". In ricordo di Giorgio Lombardi*, Torino 2022
- T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, *federalismi.it*, fascicolo n. 24/2014, 24 dicembre 2014
- V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in C. PINELLI - T. TREU A cura di, *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna 2010
- F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, Roma-Bari 1961
- O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. BERARDI A cura di, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017
- O. CHESSA, *Sovranità*, in C. CARUSO - C. VALENTINI, *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna 2021

- S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007
- F. CIOFFI e altri, *Il testo filosofico*, Vol. 2, Trento 2000
- I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli 2010
- C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana alla “prova” del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in rivista AIC, n. 3/2022
- G. COLLI, *La nascita della filosofia*, Milano 1975
- P. COLASANTE, *Austria*, in E. DI SALVATORE A cura di, *Sistemi costituzionali europei*, Milano 2021
- P. COLOMBO, “Riforma legale” e “potere costituente” nelle costituzioni rivoluzionarie francesi, in *Il Politico*, n. 3/1985
- A. CORBOZ, *Le Territoire comme palimpseste*, in *Diogène*, 1983, n. 121
- L. D’ALESSANDRO, *Genealogie costituzionali. Alcune suggestioni nichiane*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018
- S. D’ANDREA, *L’Italia nell’Unione europea. Tra europeismo retorico e dispotismo “illuminato*, Soveria Mannelli 2022
- A. DE CRESCENZO, *Looking for a European Policy Direction*, in rivista AIC n. 3/2020
- A. DE CROO, *Europe’s existential recovery fund battle*, in *politico.eu*, 15.06.2020
- C. DE FIORES, *L’Europa smarrita. Dalla Costituzione-Trattato al Trattato senza Costituzione*, in A. CANTARO, *Il costituzionalismo asimmetrico dell’Unione. L’integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino 2010
- R. DEHOUSSE – L. BOUSSAGUET, *L’impact de la crise sur la Gouvernance européenne*, in Autori Vari, *La Gouvernance Européenne*, in “*Pouvoirs. Revue française d’études constitutionnelles et politiques*” n. 149/2014
- G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021
- G. DE SANTILLANA - H. VON DECHEND, *Il mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Milano 2003
- A. DI CORINTO, *La vera storia di Arpanet. Attenzione: non nacque come progetto militare*, in *La Repubblica*, 29 aprile 2016

- I. DIONIGI A cura di, *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano 2006
- M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI - S. LABRIOLA A cura di, *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano 2001
- M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in Quad. cost., 1995
- M. DOGLIANI, *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in S. CASSESE – G. GUARINO A cura di, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano 2000
- J. DUFOURCQ, *Per Parigi è l'ora dell'Europa potenza*, in Limes, n. 6/2022
- R. M. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano 2002
- G. EPPS, *Common-Good Constitutionalism Is an Idea as Dangerous as They Come*, in The Atlantic, 3 aprile 2020
- D. FABBRI, *Con lo scempio del Campidoglio il potere è passato agli apparati*, in Limes, 2021/1
- S. FABBRINI, *Madison in Brussels: The EU and the US as Compound Democracies*, in *European Political Science*, giugno 2005
- S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Bari-Roma 2017
- P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015
- L. FERRAJOLI, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino 2021
- G. FERRARA, *Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve»*, in S. CASSESE - G. GUARINO A cura di, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano 2000
- G. F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2016
- A. FERRARI ZUMBINI, *Il Recovery Plan e la Corte costituzionale tedesca*, in DPCEonline, n. 3/2021
- M. FIORAVANTI, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in M. GALIZIA - P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano 1990
- M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma 2018

- M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999
- M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993
- F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1912
- F. FOCHER, *Vico e Hobbes*, Napoli 1977
- J. FORESI - J. CARAVELLI, *I segreti del Cybermondo*, Milano 2019
- M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano 2005
- M. FRAU, *I nodi irrisolti della difesa comune europea. Una prospettiva federalista*, in *federalismi.it*, n. 6/2022, 23 febbraio 2022
- F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, 1992
- F. FUKUYAMA, *La fiducia delle nazioni*, in *Corriere della Sera*, 5 agosto 2007
- D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998
- D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in *Diritto online*, Enciclopedia giuridica Treccani 2012
- D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, n. 14/2020
- M. GALIZIA A cura di, *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Torino 2007
- C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996
- D. GALLO, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2022
- L. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, Bologna 2020
- M. S. GIANNINI, *Costituzione e Stato pluriclasse*, Intervista a cura di D. Corradini (1980), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano 2005

- M. S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse* (1979), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano 2005
- M. GIGANTE, *Nomos Basileus*, Napoli 1993
- A. GIULIANI, *Vico's rethorical philosophy and the new rethoric*, in G. TAGLIACOZZO - D. P. VERENE - S. ROTELLA, *Giambattista Vico's science of humanities*, Baltimore 1976
- A. J. GOLIA, *A Road to Redemption? Reflections on Law & Leviathan*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2022-04
- N. GÓMEZ DÁVILA, *Escolios a un texto implícito*, vol. I e II, Roma 2017
- C. GRABENWARTER – P. M. HUBER – R. KNEZ – I. ZIEMELE, *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 2021
- P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Milano 2021
- P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015
- G. GUARINO, «Classi» e «gruppi» nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano 1988
- N. HOGIC, *Supremacy of EU law and judicial independence in Romania*, diritticomparati.it, 7 aprile 2022
- S. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996
- P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017.
- N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2005
- N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2006
- R. D. KELEMEN, *Une gouvernance fédérale : mort et résurrection*, in Autori Vari, *La Gouvernance Européenne*, in "Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques" n. 149/2014
- P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma 2016
- P. KHANNA, *La rinascita delle città-stato*, Roma 2017
- H. A. KISSINGER, *World Order*, New York 2014

- I. KRASDEV, *Gli ultimi giorni dell'Unione*, Roma 2019
- S. LAGI, *Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)*, in *Giorn. di st. cost.*, 2006
- G. LOMBARDI, *Scritti scelti. A cura di E. PALICI DI SUNI e S. SICARDI*, Napoli 2012
- F. LOSURDO, *Unione europea*, in E. DI SALVATORE A cura di, *Sistemi costituzionali europei*, Milano 2021
- M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016
- G. LUEBBE-WOLFF, *Transnational Judicial Interactions and the Diplomatization of Judicial Decision-Making*, in C. LANDFRIED A cura di, *Judicial Power. How constitutional Courts affect political transformation*, Cambridge 2019
- N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 1/2022
- S. MANCINI, *La religione nello spazio pubblico europeo*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2/2013
- L. MANNORI, *La nozione di territorio tra antico e nuovo regime. Qualche appunto per uno studio sui modelli tipologici*, in M. CAMELLI A cura di, *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007
- A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti "proclamata"*, in L. S. ROSSI A cura di, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano 2002
- P. MARCHETTI, *De Iure finium*, Milano 2001
- L. MENGONI - C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in L. LOMABRDI VALLAURI – G. DILCHER A cura di, *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano 1981
- F. J. MOOTZ e altri, *Law and Community: Alessandro Giuliani's aristotelian vision*, in *federalismi.it*, n. 16/2013
- A. MANGIA, *L'interruzione della grande opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019

- G. MEUTER, *Carl Schmitts "nomos basileus,, oder, Der Wille des Führers ist Gesetz: über den Versuch, die konkrete Ordnung als Erlösung vom Übel des Positivismus zu denken*, Neubiberg 2000
- C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano 1979
- C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli 2014
- F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Varese 1977
- A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017
- C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova 1969
- C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Milano 2021
- E. NAVARRETTA, *Identità nazionale e primato dell'Unione europea*, in *Atti del Convegno "Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali"*, tenuto presso la Corte costituzionale il 5 settembre 2022
- F. NICOLINI, *La religiosità di Giambattista Vico*, Bari 1949
- S. NOVAK, *Le grand retour des Etats?*, in *Autori Vari, La Gouvernance Européenne*, in *"Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques"* n. 149/2014
- G. PANNO, *Mediazione della parola nel pensiero di Hölderlin: tragico e legge*, in *Estetica*, n. 1/2004
- D. PASINI, *Il diritto della violenza in Vico*, in *Giornale di Metafisica*, n. 1/1979
- F. PASTORE, *Modelli teorici ed esperienza storica nel processo di integrazione europea: uno spunto*, in A. CANTARO, *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino 2012
- M. PATRONO, *Diritto dell'integrazione europea. Volume I*, Padova 2013
- F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova 2005
- F. POLITI, *L'assetto istituzionale dell'Unione Europea*, in F. POLITI - P. PULSONI, *Assetto istituzionale e competenze dell'Unione Europea. Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, L'Aquila 2016

- F. POLITI, *Rappresentanza politica e assetto istituzionale dell'ordinamento europeo*, in Scritti in onore di Gianni Ferrara, vol. III, Torino 2005
- A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, Firenze 1998
- A. PUNZI, *Esiste una via d'uscita dal nichilismo?*, in Studi in onore di Franco Modugno, Napoli 2011
- F. RAMPINI, *Fermare Pechino*, Milano 2021
- M. RAVERAIRA, *Sovranazionalità vs sovranità (e viceversa)*, in Studi in onore di Franco Modugno, Napoli 2011
- G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, far positivismo giuridico e "ginsnaturalismo"*, in Studi in onore di Franco Modugno, Napoli 2011
- F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma 2011
- L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli 2007
- A. ROSAS - L. ARMATI, *EU constitutional law. An introduction*, Portland 2010
- M. ROSBOCH, *Frontiere e confini "porosi" nel tempo e nello spazio: centro, periferia e autonomie regionali alla luce del pensiero di Giorgio Lombardi*, in *Politica.eu*, n. 2/2021
- L. S. ROSSI, *Regole dell'Unione europea ed eccezioni nazionali: la questione "identitaria"*, in Atti del Convegno "Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali", tenuto presso la Corte costituzionale il 5 settembre 2022
- M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino 2022
- M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014
- R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992
- C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017
- F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021

- C. SBAILÓ, *Perché l'Europa è condannata a vincere. Premessa allo studio delle ricadute del pensiero di Emanuele Severino nella dottrina giuspubblicistica*, in DPCE online, 2020/4
- C. SBAILÓ, *Sul sentiero della notte. La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*, Pisa 2020
- G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017
- E. SCHMIDT - J. ROSENBERG, *How Google works*, New York 2014
- C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Milano 1984
- C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Torino 1981
- C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano 1991
- C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale con divieto di intervento per potenze estranee* (1941), in C. SCHMITT, *Stato, grande spazio, nomos*, Milano 2015
- C. SCHMITT, *Terra e Mare*, Milano 2002
- P. C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione Europea e perché*, Bologna 2010
- B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A critical Analysis*, Oxford 2017
- A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *federalismi.it*, 18/2021
- G. SESSA, *L'eco della Germania segreta*, Milano 2021
- E. SEVERINO, *Essenza del nichilismo*, Milano 1982
- E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano 1998
- E. SEVERINO, *Sul divenire*, Modena 2014
- R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1955
- E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 75/1981
- J. B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893

- G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano 2008
- G. TREMONTI, *Globalizzazione, Le piaghe e la cura possibile*, Milano 2022
- N. URBINATI, *Costituzione italiana: articolo 1*, Roma 2017
- V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino 2010
- F. VECCHIO, *Primato del diritto europeo e identità costituzionali. Le implicazioni dogmatiche dell'europeizzazione dei "controlimiti"*, Acireale-Roma 2011
- A. VERMEULE, *Beyond Originalism*, in *The Atlantic*, 31 marzo 2020
- A. VON BOGDANDY, *Il "pubblico" nel diritto internazionale alla luce del concetto di politico di Schmitt. Un contributo alla teoria generale del diritto pubblico*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018
- A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Heidelberg 2022
- A. VON BOGDANDY – D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionale*, 01.03.2020
- A. VON BOGDANDY - S. W. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 5, 2011
- H. VON DECHEND, *Il concetto di simmetria nelle culture arcaiche*, in G. DE SANTILLANA - H. VON DECHEND, *Sirio*, Milano 2020
- G. VOSA, *La tutela dello "Stato di diritto" in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione?*, in *federalismi.it*, n. 22/2022
- M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, 1904-1905