



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare

di ANDREA BOSIO* E SERGIO DELLAVALLE**

**CRISI E RIDEFINIZIONE DELLA SOVRANITÀ
NEL CONTESTO PLURILIVELLARE**

di *Andrea Bosio*
Dottorando di Ricerca
Università degli Studi di Torino

e *Sergio Dellavalle*
Professore di Istituzioni di Diritto Pubblico
Università degli Studi di Torino

ABSTRACT

ITA

La globalizzazione e la frammentazione istituzionale, politica e giuridica hanno lanciato una sfida senza precedenti al concetto di sovranità. Il saggio analizza le possibili reazioni alla costellazione postnazionale e alle sue conseguenze sul concetto di sovranità dal punto di vista delle teorie dell'ordine e con particolare attenzione al contesto unionale. In conclusione, si rileva come gli attuali mutamenti nella realtà che ci circonda possano essere ricondotti ad una più ampia rivoluzione paradigmatica, in grado non solo di superare la classica dicotomia tra universale e particolare, ma anche di permettere il passaggio da una concezione unitaria ad una post-unitaria dell'ordine.

EN

Due to the process of globalization as well as to the institutional, political and legal fragmentation, the concept of sovereignty is facing an unprecedented challenge. The essay analyzes the reactions to the post-national constellation and its consequences on sovereignty from the perspective of the theories of order, whereas particular attention is devoted to the European context. In conclusion, it is pointed out how current changes in our surrounding reality can be put down to a wider par-

adigmatic revolution, which may be able to overcome the traditional dichotomy between the categories of universal and particular, thus marking the transition from a unitary to a post-unitary conception of order.

CRISI E RIDEFINIZIONE DELLA SOVRANITÀ NEL CONTESTO PLURILIVELLARE

di *Andrea Bosio e Sergio Dellavalle*

SOMMARIO: *1. Introduzione - 2. La concezione tradizionale della sovranità - 3. Il superamento della sovranità - 4. La ricerca di una terza via - 5. Verso un nuovo paradigma della sovranità.*

1. Introduzione

Nel lungo periodo che è andato dall'inizio dell'era moderna fino a pochi decenni or sono, la sovranità è stata concepita in termini monadici e gerarchici, e i conflitti di sovranità hanno avuto carattere essenzialmente orizzontale. Per quanto riguarda il primo punto, l'entità istituzionale – essenzialmente lo stato moderno – cui veniva attribuita la qualità della sovranità era intesa come *superiorem non recognoscens* nella misura in cui non condivideva poteri, autorità e norme con realtà esterne. In tal senso – e in esplicito contrasto con la tradizione medioevale che invece vedeva una complessa intersecazione di poteri, autorità e norme facenti capo a diversi ordinamenti coesistenti – lo stato moderno era concepito come un'entità autoreferenziale, come un corpo politico individuale che conviveva, e spesso confliggeva, con altri corpi politici. Inoltre, il suo ordinamento interno era considerato valido solo in quanto strutturato gerarchicamente, così che sia le istituzioni, sia le norme apparivano collocate su una scala di potere ascendente, da quelle a tutte subordinate a quelle a tutte sovraordinate, passando per vari gradi intermedi. In tale visione non vi era spazio per la possibilità che due norme, applicabili nello stesso ambito, potessero essere considerate contemporaneamente valide. Una tale evenienza era invariabilmente vista come un'antinomia da risolvere chiarendo la rispettiva posizione gerarchica delle norme in questione, ovvero come una patologia da sanare. Non che non vi fossero stati, già nell'era moderna, tentativi di superare la sovranità monadica, o quanto meno di affiancarle un ordinamento universalistico nel quale essa avrebbe dovuto inserirsi. Tuttavia, tali tentativi di superamento della sovranità

moderna rimasero per lo più all'interno di una dottrina del diritto naturale in cui il quadro normativo universalistico – e dunque collocato oltre l'assolutezza della sovranità dello stato particolare – non andava oltre i principi consuetudinari della ragione naturale¹. Oppure, anche quando la dimensione universalistica prendeva forma giuridica, come in Kant, essa non si traduceva in una proposta univoca e concretamente realizzabile².

La concezione monadica dello stato sovrano implicava che i conflitti di sovranità non potessero essere che esterni e orizzontali. Affrontandosi quali unità chiuse in sé, prive di sovrapposizioni istituzionali e normative e in una condizione di eguale sovranità, gli stati gestivano i conflitti come una contrapposizione nei confronti di entità "altre", normativamente collocate su un piede di parità, anche se fattualmente per lo più contraddistinte da un evidente disequilibrio di forze. Anche nei casi in cui il conflitto si sviluppava *all'interno* dello stato – a seguito della pretesa di alcuni territori di rendersi indipendenti – il conflitto di sovranità rimaneva privo di possibilità di compromesso. Lo stato centrale non riconosceva, in altri termini, alcuna sovranità originaria in materie di competenza centrale ai territori secessionisti, e questi ultimi rivendicano una non meno incontrovertibile sovranità assoluta. Nella stessa tradizione federalista statunitense, in cui l'idea di sovranità condivisa era ben presente, la sovranità del potere centrale e quella degli stati membri era concepita come ben distinta, senza ambiti di competenza concorrente. La conseguenza fu che, allorché alcuni stati sfidarono il potere centrale in quelle che erano le sue competenze costituzionali, nacque pure in questo caso un conflitto tra sovranità non sovrapponibili: l'una che, in nome delle prerogative federali, negava del tutto la sovranità dell'altra, e la seconda intenzionata a rivendicarne la pienezza. Pertanto, per il potere federale non era un conflitto di sovranità *interno* perché alla controparte non era rico-

¹ Si vedano, a questo proposito, soprattutto le opere di Hugo Grozio e Samuel Pufendorf: H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis* (1646), Buffalo (NY), 1995; S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), Buffalo (NY), 1995.

² Sull'irrisolto conflitto, nelle opere di Kant, tra l'ipotesi di una «repubblica mondiale» (*Weltrepublik*) e quella della «confederazione di popoli» (*Völkerbund*), si veda: I. KANT, *Zum ewigen Frieden* (1795), in I. KANT, *Werkausgabe*, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt a. M., 1977, Bd. XI, pp. 212 ss.; I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in I. KANT, *Werkausgabe*, cit., nota 2, Bd. VIII, § 54 ss., pp. 467 ss.

nosciuta sovranità nel senso del diritto internazionale, e per i Confederati era un conflitto *esterno* tra stati compiutamente sovrani.

Lo sviluppo della globalizzazione e il consolidamento delle organizzazioni internazionali hanno creato negli ultimi decenni una situazione del tutto nuova, lanciando una sfida senza precedenti alla concezione tradizionale di sovranità. Innanzitutto è stata infatti ampiamente limitata l'autodeterminazione politica ed economica dello stato sovrano. Inoltre, l'insieme delle organizzazioni internazionali ha instaurato un quadro istituzionale e giuridico sovraordinato rispetto agli attori prima considerati sovrani. Peraltro, tale primato – o “primazia” – non si traduce in una supremazia complessiva e fondata gerarchicamente, com'era il caso nei regimi federali. Infatti, la possibilità di usare la forza per imporre il rispetto delle norme rimane prerogativa degli attori statali, anche se l'uso *legittimo* della forza può essere reso dipendente dall'autorizzazione sovrastatale. Inoltre le competenze delle organizzazioni sovrastatali sono per lo più solo settoriali, né è possibile affermare che tali competenze sovrastino generalmente quelle che permangono a disposizione degli attori statali. In altri termini, l'organizzazione sovrastatale può avocare a sé competenze significative – quali, ad esempio, la tutela del libero commercio o degli investimenti – e asserire superiorità normativa in tali ambiti. Ciò non significa, tuttavia, che tali ambiti siano *nel loro complesso* normativamente più rilevanti di quelli che restano presso le autorità statali, tra i quali spiccano, del resto, ambiti tanto significativi per la vita della collettività quali la tutela dei diritti fondamentali e, in gran parte, della legittimità del potere pubblico. Ossia, mentre nei regimi federali classici le competenze centrali costituiscono il quadro più rilevante della vita pubblica, tale da inglobare le dimensioni subordinate dei poteri federati, nella costellazione postnazionale la superiorità normativa del più inclusivo ordinamento sovrastatale va bilanciata con una non meno evidente e contraria pretesa di supremazia, ovvero con quella che deriva dalla tradizionale capacità degli attori statali di garantire la legittimità dell'ordinamento pubblico nonché standard accettabili di libertà e giustizia.

Ne deriva una struttura complessa, interconnessa e poliarchica, il cui esempio più noto è dato dall'Unione Europea, ma le cui caratteristiche essenziali si riscontrano anche in altre realtà postnazionali. In tale contesto, i conflitti di sovranità divengono *interni e verticali*. Sono interni perché coinvolgono entità appartenenti a vario titolo ad un

unico ordinamento giuridico e istituzionale. E sono verticali perché non contrappongono più entità poste sullo stesso livello, bensì istituzioni e sistemi giuridici di diversa capacità inclusiva e di diverso valore normativo. Tuttavia, mentre nella concezione nazionale tradizionale istituzioni e norme hanno un posto univoco nella scala gerarchica, nella costellazione postnazionale è consueto non solo che un'istituzione o una norma sovrastatale o sovranazionale ambisca a veder riconosciuta una sua superiorità normativa in ragione della maggiore inclusività, ma debba anche accettare una contemporanea e contraria superiorità di norme e istituzioni statali nella misura in cui queste tutelano i diritti fondamentali dei cittadini. In tale situazione, la gerarchia lascia il posto al confronto e la contemporanea validità di più norme e autorità, provenienti da ordinamenti diversi ma applicabili nello stesso campo, non è più necessariamente una patologia, ma è vista da molti come una preziosa opportunità.

Le reazioni alla costellazione postnazionale e alle sue conseguenze sul concetto di sovranità sono essenzialmente tre. La prima considera la nuova realtà come una minaccia sia nei confronti della certezza del diritto, sia per le prerogative del potere politico, sia, infine, per la stessa legittimità democratica della dimensione pubblica. Prendendo le mosse dalla definizione di sovranità ad opera di Jean Bodin, autori contemporanei precisano le ragioni della sua difesa contro un'integrazione internazionale presunta eccessiva, così come contro ogni ambizione volta all'approfondimento dell'Unione Europea (*infra*, § 2). La seconda reazione è, per molti versi, opposta alla precedente, in quanto mira a superare il concetto di sovranità, fino a cancellarlo del tutto. Anche in questo caso il punto di partenza è rappresentato da un "padre nobile", ovvero da Hans Kelsen quale primo autore che concepì un sistema giuridico-istituzionale privo di riferimenti al principio di sovranità. Gli autori più recenti, pur condividendo l'idea della necessità di cancellare la sovranità dal panorama concettuale in uso, o quanto meno di limitarne radicalmente la portata, si sono tuttavia chiaramente allontanati dagli intenti del loro predecessore. Infatti, il fine dei critici contemporanei della sovranità è, non da ultimo, la giustificazione di una *governance* transnazionale di carattere tecnocratico e con prevalenza del potere esecutivo, la quale risulta sostanzialmente indifferente rispetto sia alla questione della certezza del diritto – come garanzia della sua trasparenza nei confronti di tutti coloro che vi sono soggetti – sia a quella della legittimazione del potere (*infra*, § 3). La

terza posizione si colloca press'a poco a metà strada, anche se con una certa tendenza verso una visione post-sovrano-centrica del mondo. Infatti, sebbene si condivida l'idea che la sovranità tradizionale abbia fatto significativi danni e vada consegnata alla storia, ciò nonostante si riconosce anche che il potere sovrano dava garanzie di legittimità, certezza e – spesso – tutela dei diritti, che nessuna costellazione post-sovrano-centrica ha finora mostrato di saper eguagliare. Ne risulta un complesso tentativo di conciliare il mantenimento di una certa concezione di sovranità, peraltro ora resa compatibile con un contesto di interdipendenza normativa e istituzionale, e l'apertura verso una valutazione positiva degli ordinamenti sovrastatali e sovranazionali (*infra*, § 4). Una tale visione, del resto, non si limita a ridefinire i contorni del concetto di sovranità, ma inserisce anche tale tentativo in una ancora più ampia e ambiziosa rivoluzione paradigmatica, al cui esito è legata una possibile profonda trasformazione del concetto stesso di diritto, dalla sua concezione gerarchica a una sua reinterpretazione in senso dialogico (*infra*, § 5).

2. La concezione tradizionale della sovranità

Sin dai tempi della sua prima teorizzazione sistematica ad opera di Jean Bodin, il concetto di sovranità è stato inscindibilmente collegato all'entità statale: chi è sovrano non ha nessun potere al di sopra di sé, così che lo stato sovrano è espressione dell'istanza ultima che decide entro i confini di un determinato territorio e che non ammette ingerenze dall'esterno. L'orizzonte unitario e particolaristico statale segna dunque i confini entro cui viene inizialmente elaborato e sviluppato il concetto di sovranità. Bodin, nel primo dei suoi *Six livres de la République*, introducendo gli elementi fondamentali della sua filosofia politica, asserisce infatti che «la sovranità è il potere assoluto e perpetuo dello Stato»³. La sovranità viene pertanto identificata come un potere perpetuo, assoluto, indivisibile e inalienabile che attribuisce al sovrano una *plenitudo potestatis* che lo colloca al vertice della gerarchia stata-

³ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, 1580 (1^a ed. 1576); trad. it. di M. I. Parente, Torino, 1964, vol. I, p. 345.

le⁴. Il concetto di sovranità si sostanzia così primariamente nel potere assoluto di dare, annullare, modificare e interpretare le leggi. Inoltre il sovrano è *legibus solutus* poiché le leggi da lui promulgate, «anche se fondate su buone e forti ragioni, ciò nonostante non dipendono che dalla sua pura e franca volontà»⁵.

Al fine di legittimare tale potere sovrano, Bodin ricorre alla teoria aristotelica dell'origine familistica della collettività politica⁶. Secondo questa concezione, «per Stato si intende il governo giusto che si esercita con potere sovrano su diverse famiglie e su tutto ciò che esse hanno in comune fra loro»⁷. La famiglia è l'unità fondamentale su cui si basa lo stato, una società fondata sull'ordine naturale, all'interno della quale – secondo Bodin – il *pater familias* gode di un'incontestabile autorità. Allo stesso modo, poiché lo stato non è altro che una sorta di macronucleo familiare, il potere è posto legittimamente secondo le stesse leggi di natura nelle mani del detentore dell'autorità pubblica. Il parallelismo così instaurato tra autorità paternale e autorità sovrana⁸ fa sì che quest'ultima tragga legittimazione dalla stessa legge naturale da cui trae giustificazione la prima, ammantando di una certa sacralità la figura del sovrano. La logica conseguenza di tale concezione discendente del potere pubblico, fondato sull'ordine naturale, è l'esclusione dall'esercizio di tale potere dei singoli individui, concepiti esclusivamente come sudditi che devono incondizionata obbedienza al comando sovrano.

⁴ Va constatato come lo stesso Bodin, pur avendo affermato il carattere assoluto della potestà sovrana, avesse individuato alcuni limiti all'esercizio della medesima. Tuttavia, tali limitazioni, in virtù della loro stessa formulazione, si riducevano a mere enunciazioni di principio; sul punto si veda: L. VENTURA, *Sovranità: da J. Bodin alla crisi dello stato sociale*, Torino, 2014, pp. 11 ss.; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, Bologna, 1976; J. H. FRANKLIN, *Jean Bodin and the rise of Absolutist Theory*, Cambridge/New York, 1973, in particolare pp. 73 ss.

⁵ J. BODIN, *Les six livres de la République*, cit. nota 3, p. 359.

⁶ Cfr. S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la République*, Parigi, 1989, pp. 81 ss. Per un confronto Bodin – Aristotele, si veda: D. MAROCCO STUARDI, *La République di Jean Bodin. Sovranità, Governo, Giustizia*, Milano, 2006, pp. 15 ss.

⁷ J. BODIN, *Les six livres de la République*, cit. nota 3, p. 159.

⁸ L'argomento familistico sarà anche utilizzato da Bodin per dimostrare il carattere prettamente naturale del regime monarchico. La più naturale delle istituzioni umane, la famiglia, ha un solo capo, il padre; ne consegue che è connaturato alla natura delle cose che la sovranità spetti a un unico soggetto, il monarca. Cfr. G. CONTI ODORISIO, *Famiglia e Stato nella Repubblica di Jean Bodin*, Torino, 1993, pp. 31 ss.

È indiscutibile che la teoria della sovranità di Bodin abbia rappresentato un punto di svolta nella teoria politica del pensiero occidentale. Non stupisce, quindi, che la concezione classica della sovranità, con i dovuti aggiustamenti concettuali, sia tuttora condivisa da numerosi interpreti contemporanei del diritto pubblico. Comune a tutti è l'idea dell'irriducibile e indivisibile sovranità delle singole comunità politiche. Ciò in cui differiscono le varie posizioni teoriche ascrivibili a questa corrente di pensiero sono i contenuti di tale idea di sovranità. A tal proposito, sono distinguibili due varianti.

La prima variante si focalizza maggiormente sul potere, intendendo la sovranità come l'espressione di un atto di volontà politica originario e non eteronomo. In effetti, la proposta teorica di Martin Loughlin aggiorna la concezione della sovranità elaborata da Bodin⁹ introducendo giustificatamente una forma di legittimazione dell'autorità ascendente¹⁰. Essa resta tuttavia ancorata a un'interpretazione dell'ordine unitaria e stato-centrica. Nella formulazione di Loughlin, infatti, la sovranità, concetto situato al confine tra politica e diritto¹¹, funge da simbolica rappresentazione di quel preciso atto di volontà che costituisce una determinata collettività politica, istituisce il potere pubblico che la governa e crea un esclusivo legame tra chi governa e chi è governato¹². Detto altrimenti, la sovranità è l'idea regolativa che rende possibile concepire come ontologicamente e storicamente correlati i concetti di stato e di diritto pubblico: da un lato l'idea astratta della sovranità nacque solo con l'affermazione dello stato quale istituzione impersonale dotata di un'autorità suprema in un definito territorio e distinta

⁹ Emblematicamente viene riservata molta attenzione al pensiero bodiniano in M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford/New York, 2010, pp. 56–73.

¹⁰ *Ivi*, p. 224.

¹¹ M. LOUGHLIN, *Ten tenets of sovereignty*, in N. WALKER, *Sovereignty in transition*, Oxford/Portland, 2003, p. 69. Peraltro l'autore non si mantiene sempre fedele all'affermazione per cui diritto e politica costituiscano due sfere assolutamente autonome, seppur intrinsecamente legate. Cfr. M. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford/New York, 2003, p. 47, dove l'autore sembra sostenere l'argomento tipicamente schmittiano per cui il diritto deve riconoscere l'esigenza ultima di necessità politica di un'azione di governo extra-legale e fornire il contesto in cui questa possa esprimersi; riconosciuta tale esigenza il diritto perde proprio il suo carattere autonomo perché rischia di diventare lo strumento di governo di un'autorità che opera al di sopra di ogni limite normativo sostanziale.

¹² M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, cit. nota 9, p. 56; M. LOUGHLIN, *Why Sovereignty?*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (eds.), *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Oxford/New York, 2013.

dalla società, dall'altro lato il diritto pubblico è il frutto di quell'atto autonomo e particolaristico di volontà politica sovrana attraverso cui una determinata collettività si autocostruisce come società politica. Intesa in questo senso la sovranità è quel fondamentale costrutto teorico che ci consente di concepire lo stato come un'entità politica unitaria ed autonoma rispetto agli altri stati. Essa è dunque uno dei concetti fondativi del diritto pubblico, del *public law* inteso come insieme di norme, regole, principi, usi e consuetudini che sostengono e regolano l'attività di governo dello stato.

La seconda variante della ripresa contemporanea dell'idea tradizionale di sovranità insiste invece sul concetto di identità nazionale. Secondo tale approccio, il contenuto della sovranità si sostanzia nell'unità nazionale di un popolo in grado di legittimare il potere pubblico instaurato attraverso la costituzione nazionale. A sua volta l'unità nazionale di un popolo – secondo Dieter Grimm, uno dei maggiori esponenti del costituzionalismo tedesco – deriva dal linguaggio condiviso dai membri di una determinata comunità: solo una comunanza di linguaggio può infatti adeguatamente legittimare le istituzioni del potere pubblico e l'esercizio di tale potere¹³. L'unità dello stato nazionale fondata sulla sua indiscutibile sovranità in questo caso è frutto dell'autocomprensione di un popolo quale attore politico attivo e partecipante, caratterizzato da una sufficiente omogeneità sociale e culturale, nonché di una sfera comunicativa consolidata. La funzione del concetto di sovranità è, quindi, di proteggere l'autodeterminazione democratica di una comunità politicamente coesa¹⁴, poiché solo l'unità del sistema giuridico fondata sul primato della costituzione nazionale e del potere pubblico con essa instaurato può garantire la realizzazione dello stato di diritto e la legittimità dello stesso.

Quali sono, a questo punto, le conseguenze che la difesa di una concezione tradizionale della sovranità produce se applicata al contesto postnazionale, sia esso unionale o, più in generale, sovrastatale? In entrambe le varianti prese in considerazione, il concetto di sovranità è inscindibilmente legato all'esistenza di un *demos* costituente, sia esso frutto di un atto di volontà politica di un'entità sociale autonoma che

¹³ D. GRIMM, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, vol. 12, n. 4, 2005, pp. 447 ss.

¹⁴ D. GRIMM, *Sovereignty Today. The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, New York, 2015, p. 128.

si autocostruisce tramite la stipula di una legge fondamentale come suggerito da Loughlin, oppure sia la traduzione giuridica dell'identità socio-linguistica e pre-politica della nazione come sostenuto da Grimm. L'esistenza di un *demos* così definito è condizione necessaria a garantire un sufficiente grado di legittimità democratica all'interno della comunità nazionale, poiché ogni potere pubblico è legittimo solo se deriva dalla volontà libera e riflessiva di coloro che a tale potere sono soggetti. Date queste premesse, qualsivoglia potere sovrastatale – anche e soprattutto il più ambizioso e influente di tutti, ovvero il potere che risiede nell'Organizzazione delle Nazioni Unite – non godrà di alcuna legittimità democratica se si renderà anche solo parzialmente autonomo dalla volontà sovrana degli stati membri. Nella misura in cui l'intatta sovranità garantisce l'autonomia dei governati e la legittimità del potere pubblico, la sua difesa nella costellazione sovrastatale diviene *conditio sine qua non* del mantenimento di standard democratici normativamente validi.

Indubabilmente, il potere pubblico sovrastatale presenta caratteristiche diverse da quello sovrastatale, e – almeno questo si potrebbe pensare – tali caratteristiche sembrerebbero favorire una legittimazione autonoma, sebbene in un contesto non sovrano nel senso tradizionale del termine. Innanzitutto, infatti, il potere pubblico dell'Unione Europea è non solo molto più chiaramente individuabile, ma anche dispone di un suo proprio organo legittimante – o, quanto meno, co-legittimante. Ciò nonostante, i sostenitori del concetto tradizionale di sovranità non si mostrano più ottimisti nemmeno in questo caso. In particolare, l'argomento decisivo è dato, anche qui, dalla presunta assenza di una compiuta legittimazione democratica a causa dell'inesistenza di un *demos* costituente e legittimante europeo¹⁵. In altre parole, se si assume come presupposto fondamentale al fine di legittimare le istituzioni deputate al governo della comunità sociale e politica, sia a livello nazionale che sovranazionale, l'esistenza di un popolo unito da tratti pre-giuridici e pre-politici, l'assenza di un *demos* europeo storicamente sedimentato non può che essere considerata come un ostacolo insormontabile al consolidamento di una legittimazione democratica a livello sovranazionale. Vista l'ineludibilità dei presupposti del costituzionalismo fondazionale, alcuni studiosi euroscet-

¹⁵ D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *Juristenzeitung*, 50. Jahrgang, n. 12, 1995, pp. 581–591.

tici sostenitori della cosiddetta *no demos thesis* hanno sottolineato la necessità di una parziale rinazionalizzazione delle competenze unionali. Quanto non convince in particolare Grimm è l'«ipercostituzionalizzazione» dell'Unione Europea, cioè la sproporzionata assegnazione di competenze in capo alla Commissione Europea e alla Corte di Giustizia e il conseguente acuirsi del deficit democratico endemico delle istituzioni europee¹⁶. Ovviamente tale diagnosi non può se non appoggiarsi su una presunta impossibilità – peraltro assai contestabile – di affidare al Parlamento Europeo il ruolo di garante della legittimità del potere pubblico unionale. I motivi addotti non sono nuovi, né diventano per questo più convincenti: tra gli altri, si cita la mancanza di una legge elettorale comune a tutti gli stati membri, l'assenza di un'opinione pubblica europea, la forte disomogeneità nel rapporto rappresentanza – popolazione, la mancanza di partiti europei. Va da sé che la ripetuta e insistente critica del Parlamento Europeo (PE) non manca di un suo intrinseco carattere performativo. Infatti, l'affermazione della mancanza di competenze del PE diventa anche espressione di una precisa non-volontà politica. Inoltre, se si prende posizione contro la piena presa di coscienza delle potenzialità del PE in termini di competenze, diventa alquanto banale ribadire la sua incapacità di garantire la legittimazione democratica. Una volta collocata la sua posizione nell'orizzonte del consueto scetticismo nei confronti della capacità, da parte delle istituzioni unionali, di dare autonoma legittimità democratica al potere pubblico europeo, a Grimm non rimane altra soluzione che individuare nelle Corti costituzionali nazionali l'argine adatto a controbilanciare la tecnocratizzazione e depoliticizzazione della sfera europea¹⁷. A questo proposito, sembra peraltro poco coerente ritenere che il potere giudiziario, considerato uno dei maggiori responsabili della deriva tecnocratica in ambito europeo, possa svolgere un ruolo diametralmente opposto a livello nazionale.

3. Il superamento della sovranità

¹⁶ D. GRIMM, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, pp. 460–473.

¹⁷ D. GRIMM, *Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie*, in C. FRANZIUS, F. C. MAYER, J. NEYER (Hrsg.), *Grenzen der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2014, pp. 27 ss.; si veda altresì: D. GRIMM, *Sovereignty Today*, cit. nota 1414.

Al polo opposto rispetto alle teorie che sostengono apertamente la sovranità dello stato nazionale si collocano le proposte teoriche che sanciscono l'inutilità epistemologica del concetto tradizionale di sovranità. Nel corso della storia del pensiero contemporaneo nessun autore ha rappresentato questa posizione in maniera così articolata e coerente come Hans Kelsen. Nella sua *Dottrina pura del diritto* il concetto di sovranità fu infatti radicalmente criticato e desostanzializzato: nel contesto della concezione kelseniana, essa non denota più quell'insieme di prerogative la cui titolarità compone materialmente il potere assoluto e perpetuo dello stato, bensì solo un'essenziale qualità dell'ordinamento giuridico¹⁸; in particolare quella qualità per cui l'ordinamento non deriverebbe la sua legittimità da nessun altro ordinamento superiore. La sovranità non si riconosce quale caratteristica immanente di un soggetto sovrano, ma semmai è una tendenza conoscitiva legata alla circostanza per cui un ordinamento può essere considerato come statale o giuridico solo in quanto l'individuo osservatore lo presupponga come supremo ed autonomo¹⁹. Intendendo quindi la sovranità come un concetto relazionale e in particolare come la non derivabilità della validità di un ordinamento giuridico da un ordinamento sovraordinato, Kelsen ne auspicò la radicale rimozione dal discorso politico-giuridico²⁰. La ragione di tale definitiva liquidazione deriva dalla postulazione dell'esistenza di un unico sistema giuridico universale all'apice del quale è collocato il diritto internazionale.

¹⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (MA), 1945.

¹⁹ Ci si potrebbe chiedere: quando un individuo osservatore è spinto a ipotizzare questa sovranità? Kelsen propone peraltro una soluzione del tutto coerente con i presupposti teorici della dottrina pura: poiché la sovranità non è un fatto bruto empiricamente rilevabile, la domanda in realtà riguarda le condizioni psicologiche in presenza delle quali si è indotti ad avanzare l'ipotesi logico-giuridica della sovranità, nonché le cause sociali che portano ad una rappresentazione condivisa di essa. Essendo una questione di psicologia sociale, è impossibile risolverla con strumenti giuridici; perciò la soluzione del quesito è totalmente irrilevante per la validità logica di una concezione, per la verità del suo contenuto, cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1928.

²⁰ Raccoglie l'auspicio kelseniano di una radicale rimozione del termine sovranità dal lessico politico-giuridico L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997, secondo il quale «la storia giuridica della sovranità è la storia di un'antinomia tra due termini – diritto e sovranità – logicamente incompatibili e storicamente in lotta fra loro», antinomia che oggi sarebbe più evidente a causa della crisi dello stato nazionale quale soggetto sovrano (cit. nota 20, p. 43).

Quest'ultimo, in virtù della sua maggior inclusività, è collocato al vertice della piramide giuridica globale e forma con il diritto interno dei singoli stati un unico ordinamento, un'unità logica postulata in termini trascendentali²¹. Una volta posto il carattere unitario ed esclusivo dell'ordine giuridico cosmopolitico, il concetto di sovranità palesa, per Kelsen, la sua inconsistenza epistemologica: se la sovranità altro non è che una relazione normologica fra inferiore e superiore, in presenza di un unico sistema giuridico globale, il problema della non derivabilità non sarebbe neanche logicamente prospettabile²².

La teoria normativa kelseniana, vaticinando la dissoluzione della sovranità, auspica la costituzione di un ordinamento cosmopolitico, la *civitas maxima*, ad immagine della *Weltrepublik* kantiana²³. Sebbene la concezione di Kelsen rappresenti uno dei momenti più affascinanti dell'intera storia del pensiero giuridico, l'aver concepito l'ordine universale come un sistema unitario e conchiuso, come un'entità monadica corrispondente ad uno stato globale e fondata su un approccio conoscitivo esclusivamente normativo-giuridico, non solo rende fattualmente non implementabile il progetto di Kelsen, ma gli impedisce anche di rilevare la pluralità di livelli in cui si articola qualunque ordinamento e di valorizzare la funzione di garanzia di legittimità del potere politico e di integrazione sociale svolta da quest'ultimo.

Nonostante i difetti in cui incappa la strutturazione unitaria del sistema giuridico della *civitas maxima*, a Kelsen va riconosciuto l'indubitabile merito di aver spezzato quell'inscindibile rapporto che univa il concetto di sovranità al concetto di stato e di aver dato un fondamentale contributo allo sviluppo e alla valorizzazione del diritto internazionale. In effetti, pur muovendo da presupposti teorici assolutamente opposti, tutti i recenti tentativi di ridefinire e riconcettualizzare la sovranità prendono avvio dalla dissoluzione del binomio sovranità – stato e dall'attenzione ai processi politici e giuridici in atto al di

²¹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. di A. Carrino, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, p. 371.

²² Per una critica della tesi kelseniana e più in generale di tutte le posizioni liquidatorie del concetto di sovranità si veda: B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015.

²³ H. KELSEN, *Peace Through Law*, Chapel Hill (NC), 1944. Sulle incongruenze generate dal doppio proposito kelseniano di fondare un metodo oggettivo e a-politico applicabile alla scienza del diritto e promuovere un progetto politico di un ordine globale completamente legalizzato e istituzionalizzato si veda: J. V. BERNSTOFF, T. DUNLAP, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge/New York, 2010.

fuori della sfera prettamente nazionale. L'attuale critica della sovranità si basa proprio sulla considerazione del ridimensionamento del ruolo delle entità statali nel panorama politico e giuridico globale. L'intensificarsi e l'ampliarsi dei rapporti di traffico, comunicazione e scambio causati dalla globalizzazione non solo ha sollevato nuove problematiche e nuovi interrogativi irrisolvibili esclusivamente sul piano nazionale, ma ha anche determinato la proliferazione ed affermazione di nuovi soggetti pubblici e privati in grado di affiancare e in alcuni casi anche di concorrere con la potestà regolativa statale. L'idea di uno stato sovrano che esercita un potere supremo e assoluto su un determinato territorio viene messa da parte per far posto a un sistema di relazioni orizzontali globali in cui lo stato è solo uno dei molteplici attori che agiscono a livello globale e in cui assumono una netta prevalenza i cosiddetti *networks of global governance*²⁴, cioè sistemi transnazionali di interazione e regolazione composti da stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, amministrazioni nazionali²⁵, istituzioni giudiziarie internazionali²⁶. L'immagine dello stato sovrano quale soggetto unitario che agisce sulla scena internazionale come un'entità monadica viene soppiantata dall'idea di un ordinamento globale dai caratteri prevalentemente amministrativi, in cui attori globali pubblici, privati e ibridi contribuiscono a formare un ordine poliarchico e multilivellare privo di una rigida scala gerarchica. Parallelamente, la sovranità non deve essere più concepita in maniera esclusiva, anzi al contrario può essere definita come l'effettivo esercizio di un potere pubblico su una determinata comunità con riguardo a una determinata forma di interazione sociale. Tale ridefinizione offre la possibilità di strutturare il potere sovrano secondo un sistema reticolare di poteri diffusi in cui ciascuna *public authority* persegue i propri specifici obiettivi facendo ricorso sia a strumenti

²⁴ Cfr. A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, 2004.

²⁵ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and contemporary problems*, vol. 68, n. 15, 2005, pp. 15–61.; R. B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2005, pp. 633–640.

²⁶ A. BOGDANDY, I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking*, Heidelberg, 2012.

giuridici vincolanti sia, e forse maggiormente, a strumenti di *soft law*²⁷.

Tuttavia, in netto contrasto con la rapida affermazione delle autorità pubbliche internazionali, la loro legittimazione non sembra essere costruita su basi democratiche. Al contrario sembra basarsi sulle presunte superiori competenze tecniche e capacità dei detentori del potere. In altre parole, una volta postulata l'impossibilità di costruire un *demos* globale in grado di conferire ai *networks of global governance* una sufficiente legittimazione democratica attraverso il meccanismo elettivo²⁸, è stata così dedotta la necessità di offrire forme alternative di legittimazione²⁹. Le soluzioni offerte spaziano dalla proceduralizzazione del momento decisionale³⁰, al ridimensionamento del concetto di legittimità in termini di legalità o garanzia giurisdizionale³¹, all'individuazione di una forma di legittimazione orientata al risultato³². Fondando l'esercizio del potere esclusivamente su un tipo di razionalità prettamente tecnico, l'attività di governo sembra così coinci-

²⁷ Per una dettagliata analisi degli strumenti giuridici attraverso cui le istituzioni internazionali esercitano il proprio potere pubblico e delle difficoltà concettuali insite nella distinzione tra strumenti giuridici vincolanti e non vincolanti si veda: M. GOLDMANN, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, in *German Law Journal*, vol. 9, n. 11, 2008, pp. 1865–1908.

²⁸ In questi termini si esprimono: S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 30 ss.; T. MACDONALD, K. MACDONALD, *Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry*, in *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 1, 2006, pp. 93 ss.; G. DIMITROPOULOS, *A common GAL: the legitimating role of the global rule of law*, in *4th Viterbo Global Administrative Law Seminar Papers*, 2008, pp. 18 ss.

²⁹ La possibilità di legittimare democraticamente il potere pubblico al di là delle frontiere dello stato nazionale non è peraltro un'assurda utopia, come dimostrano le proposte concrete di numerosi autori. Si veda al riguardo, anche per quanto concerne i riferimenti bibliografici: A. PETERS, *Dual Democracy*, in J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford/New York 2009, pp. 297 ss.

³⁰ D. C. ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 7, 2006, pp. 1522 ss.

³¹ R. WOLFRUM, *Legitimacy of International Law and the Exercise of Administrative Functions*, in *German Law Journal*, vol. 9, n. 11, 2008, pp. 2039 ss.

³² F. W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford/New York, 1999, dove l'autore parla di una «*output-oriented legitimacy*»; cfr. D. C. ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale*, cit. nota 3030, dove l'autore definisce tale forma di legittimazione col termine di «*results-based legitimacy*», p. 1517; si veda altresì: V. A. SCHMIDT, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Output, Input and Throughput*, in *KFG Working Paper Series*, n. 21, 2010, Kollegforschergruppe "The Transformative Power of Europe", Freie Universität Berlin, pp. 16 ss.

dere con un'attività settoriale di *problem-solving*³³, dove il conflitto ideologico e politico vengono squalificati aprioristicamente e la partecipazione democratica ai processi decisionali che riguardano la collettività viene negata in nome di una superiore investitura del potere a vantaggio dei suoi detentori³⁴.

Tale concezione discendente del potere ha raccolto larghi consensi anche all'interno del dibattito sulla legittimazione del potere dell'Unione Europea. Il punto di partenza in effetti, è esattamente coincidente con l'approccio appena analizzato: una piena legittimazione democratica non sarebbe possibile a livello unionale a causa dell'assenza di un *demos* europeo. La soluzione, assolutamente opposta a quella individuata dai sostenitori di una rinazionalizzazione, almeno parziale, delle competenze dell'UE, sarebbe al contrario la ricerca di una legittimità post-democratica del potere unionale. Il percorso fu tracciato apertamente da Fritz Wilhelm Scharpf. Ponendo alla base della sua analisi sul potere pubblico dell'Unione europea la distinzione³⁵ tra legittimità in entrata (*input-oriented legitimacy*), cioè la partecipazione dei cittadini alla definizione delle norme condivise, e legittimità in uscita (*output-oriented legitimacy*), ossia l'accettazione tacita dell'autorità sulla base del presupposto che questa agisca nell'interesse dei cittadini³⁶, Scharpf indicò quest'ultima come l'unica via percorribile per una legittimazione del potere unionale. Questo perché la *input legitimacy* presuppone, secondo Scharpf, la preesistenza di elementi comuni di carattere storico, linguistico, culturale ed etnico che siano in grado di far percepire a tutti i cittadini come le decisioni prese democraticamente siano orientate alla tutela dell'interesse condiviso³⁷. In assenza di tale substrato pre-politico e pre-giuridico comune, la legittimità del potere pubblico unionale non potrà che costruirsi sul tacito consenso dei cittadini, sul presupposto di una supe-

³³ A. SOMEK, *Administration without Sovereignty*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, n. 09/04, 2009, pp. 17 ss.

³⁴ D. LUSTIG, E. BENVENISTI, *The Multinational Corporation as 'The Good Despot': The Democratic Costs of Privatization in Global Settings*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 15, n. 1, 2014, pp. 125–158, in particolare pp. 155 ss.

³⁵ Cfr. J. H. H. WEILER, *Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe*, in *Aussenwirtschaft*, 46. Jg., Heft III/IV, 1991, pp. 411–437, dove l'autore già aveva proposto, pur con le dovute riserve, un'analoga distinzione tra legittimazione «formale» e legittimazione «empirico-sociale».

³⁶ F. W. SCHARPF, *Governing in Europe*, cit. nota 32, p. 6.

³⁷ *Ivi*, p. 9.

riore competenza delle istituzioni europee, nonché sulla prevalenza di forme decisionali di stampo corporativo e intergovernativo.

Un'ulteriore variante della giustificazione tecnocratica del potere unionale è rintracciabile in quel fenomeno noto con il termine di *comitology*³⁸, cioè la prassi normativamente specificata tale per cui le competenze attribuite alla Commissione europea sono esercitate attraverso l'istituzione di Comitati specifici composti dai rappresentanti degli stati membri. Il sistema di *bargaining* tipico della *comitology* avrebbe il merito di creare uno spazio istituzionalizzato in cui gli interessi nazionali, rappresentati dai membri dei rispettivi esecutivi, possono confrontarsi e giungere a un accordo mutualmente soddisfacente. Non ci sono dubbi sul fatto che tale prassi possa essere letta come un tentativo da parte degli esecutivi nazionali di mantenere un certo controllo in ambiti potenzialmente sensibili per gli interessi nazionali. La questione sorge tuttavia quando i fautori della comitologia tentano di nobilitare tale prassi identificandola come una delle espressioni della partecipazione deliberativa in ambito europeo: quello spazio di confronto fra interessi nazionali spesso non coincidenti infatti rimane un buon esempio di cooperazione e interazione fra esecutivi, ma in nessun modo può sostituire la deliberazione fra cittadini tipica dei parlamenti di ogni ordine e grado.

La funzione del principio di legittimità democratica è proprio quello di creare, attraverso la neutralizzazione dei poteri sociali ed economici, una piattaforma deliberativa per tutti i cittadini al fine di poter individuare interessi condivisi e di affrontare problematiche comuni. Se svuotato nella sua essenza e sostituito dalla pretesa tecnocratica di governare la cosa pubblica secondo una presunta superiore razionalità, il potere unionale – e, più in generale, il potere sovranazionale e sovrastatale – rischia di degenerare in uno strumento di egemonia asservito al perseguimento di meri interessi particolaristici. In questo modo, l'idea evocata dal concetto di sovranità dell'esistenza di una distinta dimensione politica dell'attività pubblica in cui si presuppone che il potere sia esercitato a beneficio dell'intera collettività, si dissolve totalmente in favore dell'affermazione dell'egoismo individuale.

³⁸ C. JOERGES, J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in *European Law Journal*, vol. 3, n. 3, 1993, pp. 273–299.

4. La ricerca di una terza via

Dalla breve analisi sin qui delineata sembrerebbe apparentemente che le concezioni pro-sovrane (II.) e ultra-sovrane (III.) rappresentino i rispettivi termini di una dicotomia che esaurisce in tale contrapposizione l'intero dibattito in tema di sovranità. Tuttavia non sono mancate proposte che, nel tentativo di emanciparsi da tale dicotomia, abbiano percorso la strada della ricerca di un modello alternativo in grado di sopperire alle criticità degli approcci esaminati in precedenza. In effetti, nel modello pro-sovrano, l'affermazione della sovranità nazionale e l'asserzione dell'imprescindibilità di un *demos* costituente costituiscono condizioni vincolanti per la piena legittimazione del potere pubblico. Da questi presupposti, tuttavia, consegue l'adesione a una concezione unitaria e particolaristica dell'ordine che induce a un'ingiustificata sottovalutazione della complessa realtà pluralistica in cui oggi viviamo. Sul versante del modello ultra-sovrano, peraltro, nemmeno il tentativo di marginalizzare il concetto di sovranità conduce a risultati pienamente convincenti. Nel caso di Kelsen, il progetto di una *civitas maxima*, di un sistema globale – essenzialmente giuridico – concepito come un'entità monadica, non solo risulta di complessa realizzazione, ma appare anche incapace di valorizzare la pluralità di livelli politici e giuridici in cui si articola qualunque ordinamento. Parallelamente, il ridimensionamento del ruolo dello stato a mero organo di reti di *global governance* consente il riconoscimento positivo della possibilità della coesistenza di realtà politiche, normative, ed istituzionali plurali e multilivellari. A quest'ultimo tuttavia si accompagna l'inadeguatezza dei meccanismi di legittimazione del potere a garantire una partecipazione realmente inclusiva dei cittadini ai processi decisionali. Emerge una certa specularità fra le opposte posizioni prese in considerazione: ciò che costituisce il punto di forza di un modello rappresenta una criticità per l'altro e viceversa. La sfida è dunque quella di delineare una proposta teorica in grado di conciliare il riconoscimento positivo della pluralità e il principio di legittimità del costituzionalismo moderno.

La strada è stata tracciata in maniera paradigmatica nell'ambito del *Global Trust Research Project*, coordinato da Eyal Benvenisti. Il punto di partenza è il riconoscimento dell'inadeguatezza della concezione

egoistica e solipsistica della sovranità³⁹ a spiegare la complessità della realtà politica e istituzionale attuale. Non solo infatti i processi decisionali nazionali producono effetti al di là delle frontiere dello stato senza che i cittadini appartenenti a ordinamenti giuridici differenti siano in grado di condizionarli significativamente⁴⁰, ma lo stesso ruolo degli stati è stato ridimensionato dall'affermazione degli organismi di *global governance*. Prendendo atto di tali trasformazioni negli assetti politico-istituzionali⁴¹, l'approccio teorico in questione auspica una necessaria riconcettualizzazione della sovranità in chiave solidaristica⁴², delineando alcune obbligazioni fondamentali⁴³ che garantiscano una maggior partecipazione da parte dei cittadini stranieri all'elaborazione e implementazione delle politiche nazionali i cui effetti potrebbero ripercuotersi negativamente al di là delle frontiere statali⁴⁴. In altre parole, gli stati, in quanto fiduciari dell'umanità, hanno l'obbligo innanzitutto morale, ma anche giuridico, di favorire l'inclusione dell'altro nei processi decisionali, sia a livello politico che giurisdizionale⁴⁵, senza che questo implichi il sacrificio degli interessi dei propri cittadini. Al di là dell'indubbia necessità di una predisposizione morale all'inclusione dell'altro, resta da verificare se un vero e proprio obbligo alla solidarietà verso gli stranieri o non cittadini sia razionalmente fondabile. A questo proposito, il paradigma comunicativo dell'ordine sociale, sviluppato da Karl-Otto Apel e Jürgen Ha-

³⁹ E. BENVENISTI, *Legislating for Humanity: May States Compel Foreigners to Promote Global Welfare?*, Global Trust Working Paper Series 02/2013, p. 4.

⁴⁰ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, in *The American Journal of International Law*, vol. 107, n. 2, 2013, pp. 295–333.

⁴¹ E. BENVENISTI, *The Emergence of Global Governance and the Corresponding Need to Regulate it*, Global Trust Working Papers, 03/2014.

⁴² *Contra*: A. FITZMAURICE, *Sovereign Trusteeship and Empire*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 16, n. 2, 2015, pp. 447–471; E. J. CRIDDLE, *A sacred Trust of Civilization: Fiduciary Foundations of International Law*, Oxford/New York, 2013; in risposta alle critiche si veda: E. BENVENISTI, *The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 16, n. 2, 2015, pp. 534–548.

⁴³ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity*, cit. nota 40, pp. 316 ss.

⁴⁴ Sulle ragioni a favore della solidarietà a favore dell' "altro" e del "diritto a essere ascoltati", cfr. S. DELLAVALLE, *Opening the Forum to the "Others": Is There an Obligation to Take Non-National Interests into Account within National Political and Juridical Decision-Making-Processes?*, in *Göttinger Journal of International Law*, 6/2 (2014), pp. 217–257.

⁴⁵ P. MERTENSKÖTTER, *National Court as "Trustees of Humanity"?*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 46 (2013), pp. 291 ss.

bermas, viene individuato come lo strumento teorico idoneo per una riconcettualizzazione della sovranità in chiave solidaristica⁴⁶.

Il paradigma comunicativo infatti, parte dal presupposto che la società sia costituita da una pluralità di interazioni intersoggettive, ciascuna delle quali è caratterizzata da una finalità che influenza in maniera decisiva i contenuti discorsivi dell'interazione⁴⁷. Nonostante gli scopi dell'interazione sociale siano decisivi nella determinazione dei contenuti del discorso, l'idea di razionalità adottata da tale paradigma, che trova espressione nella comunicazione (soprattutto a livello linguistico), ha un nucleo normativo che rende la razionalità comunicativa potenzialmente universale, cioè un tipo di razionalità a cui possono fare riferimento tutti gli individui in quanto esseri "comunicanti". Tale nucleo normativo è costituito dal cosiddetto *telos* dell'intesa che vale non solo come finalità immanente alla prassi quotidiana, ma anche come condizione perché quella possa costituirsi e sussistere⁴⁸. In particolare, la razionalità comunicativa è normativa nella misura in cui tutti i soggetti coinvolti presuppongono reciprocamente che: a) da un punto di vista oggettivo, le asserzioni siano vere, cioè riferite a situazioni o fatti reali; b) da un punto di vista soggettivo, i soggetti coinvolti nel processo comunicativo agiscano secondo il criterio di veridicità, cioè siano convinti di dire il vero; c) da un punto di vista intersoggettivo, gli individui interagiscano secondo gli standard di definizione del giusto, cioè accettando che le loro asserzioni debbano soddisfare il principio di un reciproco riconoscimento da parte di tutti coloro che sono coinvolti nella comunicazione.

Il paradigma comunicativo apre la strada alla possibilità per i singoli di una molteplice appartenenza a diversi contesti interattivi: gli individui sono al contempo cittadini di una singola organizzazione politica, così come persone coinvolte nelle interazioni che le riguardano nella loro non meno essenziale dimensione di esseri umani in quanto

⁴⁶ S. DELLAVALLE, *On Sovereignty, Legitimacy and Solidarity Or: How Can a Solidaristic Idea of Legitimate Sovereignty Be Justified?*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol.16, n. 2, 2015, pp. 367-397.

⁴⁷ Cfr. J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M., 1981.

⁴⁸ Habermas si esprime nei termini seguenti: «L'intesa inerisce come *telos* al linguaggio umano. Il linguaggio e l'intesa (*Verständigung*) non stanno certo, tra loro, in un rapporto di mezzo e fine. Tuttavia noi possiamo spiegare il concetto della *Verständigung* solo se indichiamo che cosa significa usare proposizioni con intento comunicativo. I concetti del parlare e dell'intendersi si interpretano reciprocamente» (*Theorie des kommunikativen Handelns*, cit. nota 47, trad. it di Paola Rinaudo, Bologna, 1986, p. 396).

tali. Tali interazioni, tuttavia, necessitano di regole per poter funzionare in modo adeguato: applicato al contesto giuridico, il paradigma comunicativo si traduce, nella versione habermasiana, in una strutturazione tripartita del diritto pubblico di ispirazione kantiana, in cui ogni livello corrisponde alla regolamentazione giuridica di una specifica interazione sociale⁴⁹. Al primo livello, il diritto pubblico nazionale regola le interazioni tra i cittadini della medesima comunità politica, così come quelle tra questi e le istituzioni dell'ordinamento: l'applicazione della razionalità comunicativa è qui garanzia dell'inclusione di tutti i cittadini nei processi deliberativi poiché le regole comuni, nell'ottica del paradigma comunicativo, sono il prodotto dell'interazione tra soggetti razionali. Al secondo livello è collocato il diritto pubblico internazionale che disciplina i rapporti tra stati, quindi le interazioni tra individui qualificati principalmente in ragione della loro appartenenza a differenti comunità politiche. Infine, il terzo livello è occupato dal cosiddetto diritto cosmopolitico, cioè quell'insieme di regole e principi che orientano le interazioni tra esseri umani in quanto soggetti dotati di capacità comunicative e a prescindere dalla loro appartenenza a una determinata comunità politica. Dunque, posto che tutti gli esseri umani in quanto tali sono dotati di una razionalità comunicativa che contiene un nucleo normativo di mutuo riconoscimento, è sul diritto cosmopolitico, cioè quel diritto pubblico che garantisce la proficua e cooperativa interazione tra individui in quanto esseri capaci di comunicare, che può essere fondato un obbligo giuridico di solidarietà verso "gli altri". Nell'ottica del paradigma comunicativo la solidarietà verso il prossimo non dipende da una predisposizione morale, ma è un dovere normativo, necessario a garantire le condizioni di base dell'interazione umana, né presuppone l'esistenza – empiricamente indimostrabile – di una comunità globale di tutti gli esseri umani la quale condivide *ex ante* interessi e valori, poiché tale dovere si basa sull'universale e pragmatica capacità comunicativa di tutti gli individui.

In un mondo sempre più interconnesso, in cui le interazioni tra individui appartenenti a diverse comunità politiche sono sempre più frequenti, il paradigma comunicativo offre dunque la struttura teoretica in grado di sostenere l'idea di un'obbligazione giuridica che impone

⁴⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M., 1992.

l'inclusione dell'altro: tale dovere incombe in primo luogo sui singoli individui, ma anche sulle istituzioni che rappresentano la società in cui questi sono immersi. Infatti, se si presume che gli attori collettivi, siano essi stati, organizzazioni internazionali o qualunque altro soggetto a cui sia riconducibile l'esercizio di un potere sovrano, interagiscono applicando la medesima razionalità di cui si serve la collettività (o la parte di essa) di cui sono espressione, la razionalità comunicativa impone anche a tali soggetti collettivi l'obbligo giuridico alla solidarietà universale. Tuttavia, poiché le interazioni a livello globale sono meno intense che a livello nazionale o locale, sul piano operativo tale obbligo comporta il rispetto e la considerazione degli essenziali diritti umani altrui che sono considerati indispensabili per un'interazione umana dignitosa. In quanto obbligo giuridico vincolante sia per gli individui che per le istituzioni che li rappresentano, la solidarietà verso "l'altro" diventa ineludibile presupposto per l'esercizio legittimo del potere sovrano. Si è notato in precedenza come il paradigma comunicativo consideri i singoli individui come immersi in una molteplicità di contesti interattivi simultanei e come l'adozione di una razionalità comunicativa sia teoreticamente compatibile esclusivamente con una forma di legittimazione del potere ascendente, cioè proveniente dal basso, dai singoli individui che compongono una determinata comunità politica. In quest'ottica, la legittimazione del potere deve provenire da tutti i contesti interattivi in cui è inserito il singolo individuo, sia in quanto cittadino di un determinato stato, sia in quanto cittadino della *cosmopolis*, o meglio, in quanto essere umano dotato di capacità comunicative. Ribaltando la prospettiva, un potere sovrano sarà legittimo solo se, oltre a tutelare i diritti e gli interessi dei cittadini della propria comunità, prenda anche in considerazione le legittime pretese della comunità internazionale.

La riconcettualizzazione della sovranità come responsabilità fiduciaria e la riformulazione del concetto di esercizio legittimo del potere sovrano offerta dal paradigma comunicativo, se calate nel contesto unionale, aprono la possibilità di una legittimazione democratica piena anche a livello sovranazionale. A tal proposito sono individuabili due approcci solo in parte coincidenti: il primo è l'interpretazione del potere dell'Unione Europea offerta da Habermas; il secondo riguarda la teoria della "demoi-crazia" europea. In effetti Jürgen Habermas è uno fra gli autori che con più assiduità e impegno intellettuale ha contribuito ad offrire soluzioni teoriche e istituzionali a sostegno del proget-

to politico dell'integrazione europea. Rifiutando esplicitamente la *no demos thesis*⁵⁰, Habermas ha sempre sostenuto nei suoi numerosi interventi che la legittimazione del potere pubblico unionale da parte di tutti coloro che ad esso sono soggetti non solo è necessaria al fine di garantire gli standard normativi degli ordinamenti democratici, ma è anche soprattutto possibile.

Infatti, come si è già rilevato, nell'ottica del paradigma comunicativo i singoli individui sono immersi contestualmente in una molteplicità di contesti interattivi che, quando assumono una veste giuridica e istituzionale, richiedono un'adeguata legittimazione. Pertanto, nel legittimare il potere unionale i cittadini non sospendono il loro *status* di cittadini del singolo stato membro, ma sono al contempo cittadini dell'Unione e membri delle singole comunità politiche di appartenenza, offrendo in questo modo una duplice legittimazione⁵¹. Tale doppia legittimazione coincide, sul piano istituzionale dell'Unione europea, con la necessaria compresenza dell'assenso del PE e degli stati membri (dunque, indirettamente, dei cittadini dei medesimi). Si viene dunque a delineare, nel contesto unionale, una struttura istituzionale specifica di «sovranità condivisa»⁵² in grado di garantire un duplice risultato. In primo luogo la costruzione concettuale della doppia legittimazione, evitando qualunque riferimento a un *demos* fondato prevalentemente su caratteri preriflessivi e a forme di legittimazione del potere pre-democratiche, dimostra la possibilità di garantire sufficiente legittimità democratica alle istituzioni europee e al contempo di tutelare il ruolo svolto dagli stati membri, da considerare a tutti gli effetti poteri costituenti e non costituiti⁵³, di garanti dei livelli di libertà e giustizia acquisiti. In secondo luogo risolverebbe il paradosso giuridico per cui al diritto europeo è riconosciuto il primato sul diritto degli stati mem-

⁵⁰ J. HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt a. M., 1998; J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?* In G. ZAGREBELSKY, S. DELLAVALLE, J. LUTHER (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, pp. 94–118; J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas*, Frankfurt a. M., 2011; J. HABERMAS, *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy is Necessary and How It Is Possible*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, 2015, pp. 546–557. Sul concetto di popolo europeo si veda altresì: S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, 2002.

⁵¹ J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas*, cit. nota 50, p. 66 ss.

⁵² J. HABERMAS, *Democracy in Europe*, cit. nota 50, p. 554.

⁵³ J. HABERMAS, *Im Sog der Technokratie*, Frankfurt a. M., 2011, p. 80.

bri, ma non la sua collocazione superiore nella gerarchia delle fonti del diritto. Infatti, in quanto frutto di una duplice e simultanea legittimazione, il sistema unionale di sovranità condivisa non avrà struttura gerarchica, ma multilivellare e poliarchica, in modo che il diritto statale (e in particolare costituzionale) goda di piena autonomia e pari peso normativo rispetto al diritto dell'UE.

Anche la teoria della *demoi-crazia* sostiene l'idea che la legittimazione del potere unionale sia possibile. A differenza della proposta habermasiana, tuttavia, l'approccio in questione si concentra sull'interconnessione già esistente tra i vari *demoi* europei. Secondo gli autori riconducibili a tale approccio, l'intero dibattito in materia di integrazione europea andrebbe riformulato partendo dalla considerazione che l'Unione Europea deve essere considerata come «un'unione di popoli che governa congiuntamente, ma non in termini unitari»⁵⁴, appunto una *demoi-crazia*, cioè una vera e propria unione con funzioni di governo legittimata dalla molteplicità dei *demoi* che compongono gli ordinamenti costituenti della stessa unione e i cui cittadini sono rappresentati sia individualmente, sia collettivamente in quanto statipopolo a livello europeo⁵⁵. In questo senso, la legittimazione del potere unionale è collocata ancora principalmente nei processi politici interni agli stati membri⁵⁶, ovvero in forme di trasparenza e responsabilizzazione post-tradizionali, sempre però nella piena consapevolezza del mutuo riconoscimento e delle intersezioni reciproche.

Rifacendosi ad alcuni *tòpoi* tipici del pensiero repubblicano, i fautori della *demoi-crazia* individuano il collante della pluralità dei *demoi* europei nel mutuo riconoscimento della reciproca interdipendenza: poiché i processi democratici interni a una determinata comunità politica possono potenzialmente minare il diritto all'autodeterminazione di un altro *demoi*, l'ideale repubblicano della libertà intesa come non-dominazione (*liberty as non-domination*)⁵⁷, si realizza solo attraverso

⁵⁴ K. NICOLAIDIS, *European Democracy and Its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 351 ss.

⁵⁵ K. NICOLAIDIS, *We The Peoples of Europe*, in *Foreign Affairs*, vol. 86, n. 3, 2004, pp. 97–110.

⁵⁶ Cfr. F. CHENEVAL, *Constituting the Demoi Democratically*, National Centre of Competence in Research, Working Paper n. 50, 2011.

⁵⁷ P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford/New York, 1997; R. BELLAMY, *Republicanism: Non Domination and the Free State*, in G. DELANTY, S. P. TURNER (eds.), *Routledge International Handbook of Contemporary Social and Political Theory*, New York, 2011, pp. 130 ss.

il riconoscimento di responsabilità reciproche e la definizione di politiche comuni in grado di minimizzare tali esternalità negative, favorendo la cooperazione. L'implementazione delle politiche comuni dovrebbe avvenire a livello unionale e basarsi sul mutuo riconoscimento, sul confronto e sulla reciproca inclusione delle rispettive culture politiche democratiche⁵⁸.

La teoria della *demoi-crazia* si propone perciò come un'autentica "terza via" unionale rispetto all'intergovernamentalismo e al federalismo: l'interpretazione dell'Unione europea, intesa come *demoi-crazia*, si discosta infatti sia «dalla tradizione sovranazionale che postula la necessità e pretende la costituzione di un *demos* europeo, sia dall'interpretazione intergovernamentalista che propende per l'assegnazione di poteri limitati alle istituzioni dell'Unione Europea attraverso la delegazione da parte dei *demoi* nazionali»⁵⁹. In ottica *demoi-cratice*, l'UE può essere rappresentata come un ordinamento politico di stati democratici a struttura multilivellare, che garantisce la continua interazione tra i rappresentanti dei cittadini e quelli degli stati-popolo, e poliarchica⁶⁰, tale da promuovere «la condivisione e la distribuzione orizzontale della sovranità»⁶¹. Resta tuttavia da chiarire quale forma istituzionale debba assumere l'idea di un'unione di popoli che governa congiuntamente, ma non in termini unitari. Sorprendentemente le istituzioni chiave di un'Unione Europea *demoi-cratice* non sono individuate né nella Commissione, né nel Consiglio, né nel PE, quanto piuttosto nei singoli parlamenti nazionali⁶². Ciò che può sembrare un paradosso, per i sostenitori di tale tesi è perfettamente coerente: la *demoi-crazia* è democrazia tra *demoi*, cioè popoli, non tra stati;

⁵⁸ K. K. NICOLAIDIS, *The Idea of European Demoicracy*, in J. DICKSON, P. ELEFThERIDIS (eds.), *Philosophical Foundations of EU Law*, Oxford/New York, 2012, pp. 248 ss.

⁵⁹ F. CHENEVAL, S. LAVENEX, F. SCHIMMELFENNING, *Demoi-crazy in the European Union: Principles, Institutions, Policies*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 22, n. 1, 2015, pp. 1-18, p. 3.

⁶⁰ *Ivi*, p. 9.

⁶¹ K. NICOLAIDIS, *The New Constitution as European "Demoi-crazy"?*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 7, n. 1, 2004, pp. 76-93, p. 78.

⁶² In particolare: R. BELLAMY, *An Ever Closer Union Among the Peoples of Europe: Republican Intergovernmentalism and Demoicratic Representation within the EU*, in *Journal of European Integration*, vol. 35, n. 5, 2013, pp. 499-516; R. BELLAMY, A. WEALE, *Political Legitimacy and European Monetary Union: Contracts, Constitutionalism and the Normative Logic of Two-level Games*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 22, n. 2, 2015, pp. 257-274; F. CHENEVAL, F. SCHIMMELFENNING, *The Case for Demoicracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 2, pp. 334-350, in particolare pp. 340 ss.

ciò implica che i singoli *demoi*, attraverso gli organi legislativi nazionali, debbano effettivamente partecipare alla definizione delle politiche e alla produzione del diritto europeo perché solo in questo modo può essere sanato l'endemico *deficit* di legittimazione democratica che caratterizza le istituzioni europee.

Nonostante la teoria della *demoi-crazia* possa rappresentare una valida proposta per la legittimazione del potere pubblico europeo, ciò in cui si dimostra carente è la traduzione degli ideali normativi su cui si basa in termini istituzionali. In particolare non sono chiari i meccanismi attraverso i quali si potrebbe garantire un'effettiva inclusione dell'altro e un confronto discorsivo e costruttivo nella definizione di interessi comuni. L'impressione è dunque che tale maggior solidarietà corrisponda a un'esigenza di principio, più che non a un consolidato costruito giuridico, oltre a mal conciliarsi con l'intenzione di mantenere una molteplicità di identità collettive nettamente distinte l'una dall'altra.

5. Verso un nuovo paradigma della sovranità

L'introduzione di un nuovo concetto di sovranità corrisponde a una *rivoluzione paradigmatica* in grado di coinvolgere non solo la nozione al centro della presente indagine, ma, più in generale, l'idea stessa di ordine sociale, politico e giuridico⁶³. Tale rivoluzione presenta due aspetti separati. Innanzitutto si supera la classica dicotomia tra visione particolaristica e visione universalistica dell'ordine. Tradizionalmente, infatti, le teorie del diritto internazionale e delle relazioni internazionali possono essere divise in due campi ben distinti tra loro: da un lato quelle dottrine che assumono che l'ordine – ovvero la condizione in cui le interazioni sociali sono regolate in modo che si dipanino in forma pacifica e i conflitti siano operazionalizzati, dunque depotenziati – sia possibile solo all'interno di collettività limitate e in qualche modo omogenee, mentre tra queste solo la limitazione del disordine è ipotizzabile; dall'altro lato, invece, le teorie per cui l'ordine è potenzialmen-

⁶³ Sul concetto di paradigma dell'ordine e di rivoluzione paradigmatica, si veda: S. DELLAVALLE, *Dalla comunità particolare all'ordine universale. Vol. I: I paradigmi storici*, ESI, Napoli 2011; A. v. BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *Universalism Renewed. Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms*, in *German Law Journal*, Vol. 10 (2009)/1, pp. 5–29.

te universalizzabile⁶⁴. Sia gli autori che ritengono centrale la sovranità per la teoria dello stato e del diritto, sia quelli che invece la considerano obsoleta e da abbandonare radicalmente, si muovono ancora pienamente nell'orizzonte della dicotomia classica tra particolarismo e universalismo: i primi, ovviamente, sul versante particolarista, i secondi su quello universalista. Non così, al contrario, gli studiosi che si sono impegnati nell'individuare quella che abbiamo chiamato "la terza via". Nella loro proposta, infatti, vi è un elemento di particolarismo nella misura in cui riconoscono che proprio il contesto *particolare* che si concretizza nella sovranità statale offre garanzie costituzionali difficilmente sostituibili (a condizione che la sovranità sia declinata non tanto come espressione dell'autorità, ma soprattutto come articolazione della legittimazione dal basso del potere pubblico, ossia come *sovranità popolare*). Ma nella "terza via" è anche presente un'essenziale dimensione universalistica, in quanto la sovranità dei singoli ordinamenti costituzionali trova la sua compiutezza all'interno del più inclusivo contesto sovranazionale e sovrastatale. In altri termini, poiché ciascun cittadino è al centro di più "appartenenze", la sovranità dell'ordinamento costituzionale troverà la sua piena legittimità solo se non rimuoverà il profondo legame che la unisce – fattualmente e prescrittivamente – alla costellazione postnazionale.

Il secondo aspetto presente nella rivoluzione paradigmatica che accompagna l'introduzione di una nuova idea di sovranità è connesso al passaggio da una concezione unitaria a una post-unitaria dell'ordine⁶⁵. Nell'approccio classicamente particolaristico o universalistico cambia l'estensione dell'ordine, ma non la convinzione che, affinché esso sia veramente tale, la struttura istituzionale e giuridica che lo contraddistingue deve avere il carattere di una piramide organizzata gerarchicamente e in sé chiusa. Solo in tal modo, infatti, si potrebbe con sicurezza evitare che ordinamenti e norme si sovrappongano, creando disordine e confusione. La prospettiva cambia, però, in ottica post-unitaria. Qui si ammette che anche una pluralità di ordinamenti coesistenti non crea necessariamente disordine, bensì piuttosto una forma di

⁶⁴ A. v. BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Paradigms of International Law*, in M. N. S. SELLERS (ed.), *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, Cambridge/New York, 2012, pp. 40–117.

⁶⁵ S. DELLAVALLE, *Addressing Diversity in Post-unitary Theories of Order*, GlobalTrust Working Paper No. 05/2015, The Buchmann Faculty of Law, University of Tel Aviv, pp. 1–28.

ordine più articolato e complesso, dove istituzioni e norme si intersecano e convivono, dando realtà non più a una piramide (o a più piramidi collocate senza sovrapposizioni l'una accanto all'altra), ma a una rete comunicativa.

È questa una delle grandi frontiere del diritto contemporaneo, in cui si delinea l'ipotesi di una transizione epocale, quella dal diritto *autoritativo-gerarchico* al diritto *dialogico*. Due sono le dimensioni di tale transizione. La prima è quella giurisprudenziale, la quale comprende l'inserimento nella giurisprudenza delle Corti nazionali, sovranazionali, transnazionali e internazionali – accanto ai classici riferimenti ai dati normativi del proprio regime giuridico – anche di riferimenti orizzontali a decisioni prese da Corti esterne al proprio ordinamento gerarchico⁶⁶. Infatti, sebbene sia indubitabile che le Corti giudicanti, con particolare riguardo alle Corti supreme e/o costituzionali e internazionali, abbiano sempre dimostrato una certa sensibilità all'elaborazione giurisprudenziale svolta in ordinamenti giuridici differenti dal proprio, solo negli ultimi decenni è possibile riscontrare un'intensificazione dei riferimenti espliciti e impliciti, spesso unilaterali, ma anche bilaterali, a decisioni prese da Corti esterne al regime giuridico di appartenenza. Più in particolare, tale trasformazione si articola attraverso tre diversi meccanismi.

Innanzitutto assistiamo alla creazione e applicazione di procedure atte a rendere possibile il dialogo tra Corti appartenenti a ordinamenti

⁶⁶ La bibliografia sul tema del c.d. «dialogo fra corti» è molto ampia. Pars pro toto: A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 125 ss.; V. BARSOTTI, P. G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford/New York, 2016; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012; M. CARDUCCI, "Imitazioni" e "dialoghi" come «amministrazione» del linguaggio?, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Tomo I, Padova, 2015, pp. 381 ss.; P. RIDOLA, *Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2012, pp. 273 ss.; S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; C. PINELLI, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2011, pp. 495 ss.; M. LUCIANI, *Suggerimenti anglosassoni e modelli continentali nel costituzionalismo italiano*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Diritto e cultura delle politiche*, Roma, 2004; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; A. VESPAZIANI, *Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture*, in *German Law Journal*, vol. 9, n. 5, 2008, pp. 547 ss.

distinti. Fra queste una delle più significative è senza dubbio la “procedura del rinvio pregiudiziale” (*preliminary ruling procedure*) dinanzi alla Corte di Giustizia dell’UE (CGUE) prevista all’art. 267 TFUE. Nonostante il ricorso alla procedura sia stato apertamente osteggiato⁶⁷, specialmente da parte di alcune Corti costituzionali che si impegnarono nell’adottare atteggiamenti esplicitamente difensivi se non addirittura ostili⁶⁸, l’introduzione del rinvio pregiudiziale ha avuto l’indiscusso merito di portare alla luce quel dialogo che prima si dipanava in maniera ufficiosa e informale attraverso conferenze, dibattiti accademici, visite istituzionali. Attenendosi al dato letterale della norma sembrerebbe non potersi parlare di un dialogo fra la CGUE e le Corti nazionali per due motivi. Il primo attiene all’inesistenza di un dialogo diretto, nel senso di un confronto aperto in merito all’interpretazione più idonea per un determinato caso di specie. Il secondo riguarda invece il fondamento stesso della comunicazione fra Corti, individuabile non nel reciproco riconoscimento quanto piuttosto nell’autorità e supremazia della CGUE nell’uniformare e dare contenuto alle clausole astratte del diritto europeo. Nonostante queste osservazioni, l’interazione giudiziaria conseguente al ricorso alla procedura del rinvio pregiudiziale può considerarsi dialogica per tre ordini di ragioni. In primo luogo spetta alle giurisdizioni nazionali formulare il quesito; in questo modo, l’ambito entro il quale la CGUE potrà statuire è delimitato dalla stessa formulazione della questione da parte degli organi giurisdizionali nazionali, i quali inoltre hanno la facoltà di suggerire e delineare le possibili soluzioni interpretative. In secondo luogo, sebbene la statuizione sul quesito oggetto del rinvio alla CGUE sia vincolante, in definitiva la decisione del caso di specie spetta ai singoli organi giudicanti nazionali; inoltre, le interpretazioni della CGUE hanno spesso carattere generale, lasciando di fatto un certo margine di discrezionalità alle Corti nazionali nell’applicazione della

⁶⁷ M. CLAES, *Luxembourg Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, pp. 1331–1342.

⁶⁸ Per un’analisi dei vari approcci delle Corti costituzionali europee si veda: M. CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, pp. 1791–1796. Per quanto riguarda l’atteggiamento della Corte costituzionale italiana si veda in particolare: G. REPETTO, *Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, pp. 1449–1470; F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it*, XIV (2016)/7.

giurisprudenza europea. In terzo luogo, occorre considerare come le peculiarità della normativa europea si riflettano inevitabilmente sull'azione della CGUE. Infatti, così come il diritto europeo può essere descritto come il risultato di una complessa negoziazione politica sulla base di differenti presupposti normativi⁶⁹, così l'accettabilità della giurisprudenza della CGUE da parte delle magistrature nazionali sembra dipendere dal grado con cui la prima riesca a giustificare le proprie interpretazioni tenendo conto delle differenti culture giuridiche che stanno alla base della pluralistica comunità giuridica europea.

Il secondo meccanismo giurisprudenziale ascrivibile a un'accezione "dialogica" del diritto consiste nella ricezione, anche al di fuori di procedure formali, della giurisprudenza di Corti appartenenti a ordinamenti diversi, ovvero l'anticipazione di possibili reazioni da parte di Corti interconnesse, ma appartenenti formalmente a regimi giuridici distinti. Con riguardo alle Corti internazionali si può ragionevolmente affermare che una certa inclinazione a guardare alla giurisprudenza di altri sistemi giuridici è propria della loro stessa natura, dovendo rapportarsi con i vari ordinamenti degli stati membri e confrontarsi con contesti giuridici e culturali variegati. L'affermazione tuttavia non è sufficiente a svalutare l'importanza di una crescente tendenza da parte delle Corti internazionali a osservarsi, a citarsi e persino ad adottare soluzioni convergenti in diversi ambiti⁷⁰. Tale tendenza è particolarmente evidente se si considera la casistica giurisprudenziale della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo (CIDU)⁷¹. L'iniziale unilateralità dei riferimenti per parte CIDU, probabilmente imputabile alla sua più recente istituzione e quindi alla carenza di un patrimonio casistico consolidato, fu soppiantata a partire dagli anni duemila dalla tendenza alle citazioni reciproche, specialmente nell'ambito del processo

⁶⁹ L. M. P. MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, 2007, pp. 1–27.

⁷⁰ Dando così luogo a quella convergenza di soluzioni giurisprudenziali che Slaughter ha definito «*emerging global jurisprudence*»; cfr. A. M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard Journal of International Law*, vol. 44, n. 1, 2003, pp. 191–219.

⁷¹ Per una ricerca empirica molto ben documentata dei rapporti fra CEDU e IDU si vedano: T. GROPPI, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte Europea e la Corte Interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in *Federalismi.it*, XI (2013)/19; J. GARCIA ROCA, P. A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOLAYA MACHETTI, R. CANOSA USERA, *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos Humanos*, Madrid, 2012.

equo, dei trattamenti disumani e degradanti, delle sparizioni forzate e delle violazioni della libertà di espressione⁷². Per quanto riguarda le Corti costituzionali nazionali, nuovamente, non è una novità che un organo giurisdizionale faccia riferimento alla giurisprudenza straniera, tuttavia ciò che può essere letto come un'evoluzione di tale prassi è il mutamento nella percezione dell'importanza della comparazione e collaborazione fra sistemi giuridici differenti. In particolare, se in passato il riferimento a pronunce emesse da organi giudiziari stranieri era finalizzato ad assicurare l'uniformità della giurisprudenza nell'ambito del *common law* o a suffragare le motivazioni addotte nella pronuncia (soprattutto in caso di questioni particolarmente controverse o di un rilevante mutamento giurisprudenziale), si assiste oggi ad una più stretta e reciproca interazione fra le Corti supreme, con l'obiettivo più o meno dichiarato di contribuire alla formazione di un *common core* di principi e valori costituzionali condivisi⁷³.

Il terzo meccanismo giurisprudenziale del "diritto dialogico" va individuato nell'attenzione implicita o esplicita, all'interno delle regole formali previste dalla propria procedura, nei confronti di processi decisionali analoghi espletati all'interno di regimi giuridici distinti. Oltre a questi meccanismi, va prestata attenzione anche al rapporto tra il sistema giurisprudenziale nelle sue varie componenti e gli stimoli provenienti dalla società civile. Il fenomeno in questione è stato affrontato con riguardo alla possibilità che il dialogo giudiziale transnazionale e la cooperazione fra Corti appartenenti a regimi giuridici differenti possa svolgere un ruolo fondamentale nel bilanciamento fra interessi nazionali e globali⁷⁴. Più in particolare, partendo dall'assunto che oggi

⁷² *Pars pro toto*: per parte CIDU: *Lori Berenson-Mejía c. Perù*, 25 novembre 2004; *Cabrera Garcia e Montiel Flores c. Messico*, 26 novembre 2010; "Pueblo Bello Massacre" c. *Colombia*, 31 gennaio 2006; *Loayza-Tamayo c. Perù*, 17 settembre 1997; *Penal Miguel Castro Castro c. Perù*, 25 novembre 2006; *Fontevicchia et D'Amico c. Argentina*, 29 novembre 2011; Per parte CEDU: *Ocalan c. Turchia*, 12 marzo 2003; *Timurtas c. Turchia*, 13 giugno 2000; *Varnava e al. c. Turchia*, 18 settembre 2009; *Zontul c. Grecia*, 17 gennaio 2012; *Stoll c. Svizzera*, 10 dicembre 2007.

⁷³ T. GROPPI, M. C. PONTHEREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford/Portland, 2013, dove le autrici prendono in esame i riferimenti a fonti extrasistemiche da parte delle Corti Supreme di Australia, Canada, India, Irlanda, Israele, Namibia, Sud Africa, Austria, Germania, Ungheria, Giappone, Messico, Romania, Russia, Taiwan, Stati Uniti.

⁷⁴ E. BENVENISTI, O. FRISHMAN, *National Courts and Interpretative Approaches to International Law: The Case Against Convergence*, Global Trust Working Papers Series 08/2014, pp. 1-20.

gli effetti prodotti dai processi decisionali nazionali valicano i confini statali senza che i *foreigns stakeholder* possano far valere i loro interessi⁷⁵, il dialogo intergiudiziale può essere lo strumento idoneo per individuare gli interessi di quei soggetti che non hanno avuto voce nei processi decisionali nazionali e internazionali e favorirne per lo meno l'inclusione nelle procedure giurisdizionali⁷⁶.

La seconda dimensione del “diritto dialogico” è invece più propriamente logico-linguistica. È infatti ipotizzabile che la prassi recentemente instauratasi, seppur solo in forma iniziale, sia destinata a introdurre significative novità nella logica del discorso giuridico, la quale, prendendo le distanze dalla mera enunciazione autoritativa, si trova a introdurre sempre più elementi dialogici. In via del tutto preliminare e parziale, si può rilevare come l'idea di una logica giuridica di natura dialogica presupponga la risoluzione di almeno tre problematiche. *In primis*, è necessario chiedersi quali possano essere gli strumenti teorici e pratici che consentono la risoluzione di un conflitto fra norme di pari ordine. La seconda questione, invece, concerne il valore da attribuire alle fonti extra-sistemiche nell'interpretazione giuridica. Tale questione, a sua volta, può essere scissa in due ulteriori dimensioni. Nella sua dimensione pragmatica, è necessario verificare quale valore effettivamente sia attribuito alle fonti extra-sistemiche dagli interpreti del diritto nell'applicazione del medesimo. In altre parole, il riferimento a fonti esterne al contesto giuridico di riferimento è frutto di una scelta utilitaristica basata sul *cherry picking* oppure deriva da una maggior percezione, da parte degli organi giurisdizionali, di appartenere a una comunità giuridica globale? Nella sua dimensione teorica e normativa, la questione riguarda l'individuazione o la formulazione di una teoria dell'interpretazione giuridica in grado di rendere normativamente auspicabile una maggior interazione costruttiva fra interpreti del diritto e più in particolare fra Corti appartenenti a ordinamenti giuridici differenti.

La terza problematica riguardante la dimensione logico-linguistica del “diritto dialogico” si concentra infine sulla legittimazione e giustificazione del riferimento a fonti extra-sistemiche. Al centro

⁷⁵ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity*, cit. nota 40, p. 298.

⁷⁶ Per l'analisi di alcuni casi in cui gli organi giurisdizionali nazionali hanno preso in considerazione gli interessi di soggetti stranieri: P. MERTENSKÖTTER, *National Court as “Trustees of Humanity”?*, cit. nota 45.

dell'attenzione è qui la teoria del ragionamento giuridico, la quale, avvalendosi delle acquisizioni della logica, della filosofia del linguaggio e della linguistica, ha lo scopo di formulare modelli di accettabilità razionale di una decisione giudiziale, cioè di stabilire a quali condizioni la conclusione di un ragionamento giuridico risulti giustificata. L'apertura a fonti giuridiche extra-sistemiche sembrerebbe presupporre l'adozione di un modello giustificativo dell'attività interpretativa basato sull'osservanza di regole a carattere universale, affinché il prodotto dell'attività interpretativa e la decisione giudiziale che ne consegue possano essere considerate giustificate da qualsiasi soggetto razionale⁷⁷.

La prima e più naturale tendenza, quando si ha a che fare con i nuovi fenomeni rilevabili, è quella di tentare di ricondurli all'interno della cornice esplicativa esistente. Tuttavia, quando quest'ultima non è più in grado di giustificare in maniera convincente la realtà che ci circonda, si ingenera la ricerca di nuove soluzioni, la quale, una volta consolidatasi nella forma e nei nuovi contenuti, dà vita a un nuovo paradigma. A questo proposito, è indispensabile riflettere sulle condizioni complessive di un mutamento di paradigma, il quale, partendo dall'individuazione – soprattutto ad opera della scienza giuridica e di Corti aperte all'innovazione – di una nuova concettualità atta a risolvere questioni peraltro ormai non più procrastinabili, deve estendere la sua efficacia al sistema giuridico nel suo complesso, così come alla futura formazione dei giuristi.

⁷⁷ Il primo contributo in questa direzione è riscontrabile nel modello analitico del ragionamento giuridico elaborato da Robert Alexy, secondo cui una tesi normativa è razionalmente giustificata se e solo se è il risultato di una procedura argomentativa razionale basata sulle regole fondamentali del discorso pratico razionale. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1978 (trad. it. Milano, 1998). Recentemente il modello di Alexy è stato ripreso e ulteriormente sviluppato dalla teoria pragma-dialettica del ragionamento giuridico; si veda E. T. FETERIS, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht/Boston/London, 1999; E. T. FETERIS, *A Pragma-dialectical Approach of Legal Argumentation: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions*, in F. H. VAN EEMEREN, B. GARSSEN (eds.), *Scrutinizing Argumentation in Practice*, Amsterdam 2015. Si veda altresì: M. ATIENZA, *Il diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli, 2012, dove l'autore, riesaminando criticamente le teorie classiche dell'argomentazione e affrontando i teorici del dibattito contemporaneo, sostiene che l'argomentazione giuridica si componga di tre dimensioni strettamente interdipendenti: la dimensione logico-formale, quella materiale e quella pragmatica.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Luciano

PATRUNO, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Sara

SPUNTARELLI, Chiara

TRIPODINA

Redazione

Andrea

DEFFENU, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)