

GINO SCACCIA¹

Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico²

Terytorium jako obiekt suwerenności państwowej oraz globalizacji w przestrzeni ekonomicznej

Streszczenie

Autor podkreśla istotne z wielu względów znaczenie terytorium dla życia człowieka i jego zachowań społecznych. Wskazuje też na rolę prawa dla ewolucji znaczenia terytorium dla człowieka i społeczeństwa. Autor rozważa procesy przemian, jakie zachodzą w – do niedawna – dosyć stabilnych poglądach na istotę terytorium.

Zmienia się rola terytorium państwowego jako tradycyjnego kryterium legitymizacji regulacji prawnych, co jest szczególnie widoczne przy okazji problemów dotyczących „terytorium europejskiego”, w skład którego wchodzi odrębne państwo. W zderzeniu z konserwatywnymi tendencjami do odzyskania wpływu państwa na to, co dzieje się na jego terytorium, rodzi się kryzys „przestrzeni europejskiej”. Trudno jest przesądzić, w jaki sposób rozwiązywane będą niewątpliwie sprzeczności między państwem i jego terytorium a dominującymi zjawiskami o globalnym charakterze.

Słowa kluczowe: państwo, terytorium, suwerenność, globalizacja

¹ Prof. Gino Scaccia – Katedra Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu w Teramo, prof. Libera Università Internazionale di Scienze Sociali (LUISS) w Rzymie; e-mail: ginoscaccia@hotmail.com.

² Convegno AIC 2016.

GINO SCACCIA

The territory as an object of state sovereignty and the globalisation in economic sphere

Abstract

In his reflections, the Author emphasises the importance of territory for human life and its social behaviour. He draws attention to the role of law in the evolution of the meaning of territory for the human being and the society.

The Author examines the processes of transformation that have taken place in relation to the quite durable views on the essence of the territory.

The role of the state territory, as a traditional criterion for the legitimacy of legal regulations, is changing. This is notably evident when solving problems related to the „European territory”, consisting of a number of independent states. This in turn leads to a crisis of the „European sphere” in its encounter with conservative tendencies to regain state influence on what is going on in its territory. It is difficult to determine which direction the resolution of the undeniable contradictions which exist between the state and its territory and the prevailing manifestations of global nature will take.

Keywords: state, territory, sovereignty, globalisation

Prologo. Il territorio come nozione culturale e giuridica

L'uomo è un animale territoriale e la territorialità influisce sul comportamento a tutti i livelli dell'azione sociale. Non sorprende, perciò, che il territorio abbia uno statuto epistemico multiforme e che possa essere diversamente definito a seconda delle discipline che lo pongono ad oggetto della loro indagine: geografia fisica, geologia, psicofisiologia, antropologia sociale, geoeconomia, geopolitica, diritto. Così stando le cose, è vano muovere alla ricerca di una teoria generale unificatrice delle conoscenze umane sul territorio. Va anzi accolto il suggerimento dello storico dell'architettura André Corboz, secondo il quale esso, più che un concetto unitariamente definibile, costituisce piuttosto un "orizzonte di riferimento"³.

Anche nel più delimitato campo della riflessione giuridica, la pluridimensionalità della nozione che ci occupa emerge già nella duplice radice del lessema, che taluni rinvennero nel latino *terra*, altri riconducono a *terreo* e a *territo*⁴. La prima ipotesi etimologica, di più intuitiva comprensione, fa riferimento all'elemento spaziale terrestre, distinto dal *solum*, che identifica il mero strato superficiale del terreno; la seconda indica invece l'attività consistente nell'esercitare su un determinato spazio un "dominio che atterrisce", un'autorità – per meglio dire – che si avvale della forza coattiva, della weberiana violenza legittima e che ha in sé il carattere della durezza, ad accogliere le più recenti ricostruzioni filologiche⁵.

³ A. Corboz, *Le Territoire comme palimpseste*, in *Diogenè*, 1983, n. 121, 14 ss.; ora ripubblicato in idem, *Le Territoire comme palimpseste et autres essais*, Paris 2001.

⁴ Questa è l'accezione che si trova in Sesto Pomponio, *Liber singularis Enchiridii* 50, 16; nonché, in epoca medievale, in Cino da Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos prini Pandectarum tomi: id est Digesti veteris doctissima commentaria*, Francoforte sul Meno 1578 (rist. anast. Torino 1964) e Bartolo da Sassoferrato, *In Secundam Infortiati partem (commentaria)*, Venezia 1575, L pupillos, paragrafo territorium, Tit. *De verborum et rerum significazione*, che poneva in rilievo la correlazione esistente tra "populus" e "provincia".

⁵ S. Elden, *The Birth of territory*, Chicago–London 2013, 218 ss. e max. 221–222, prende in esame proprio il caso di *territorium* in relazione all'*usus scribendi* di Bartolo da Sassoferrato, riferendo al solo Pomponio la radice *terreo*. Sul punto, paiono da condividere gli spunti del filologo A. Maiuri, che ringraziamo per averci amichevolmente proposto la sua interpretazione. Secondo Maiuri, scindendo nel sostantivo *territorium* le sue componenti costitutive, l'etimo da *terreo* si fa più persuasivo rispetto a quello da *terra*. Se la parte iniziale, infatti, sembrerebbe ricordare il sostantivo tanto al primo quanto al secondo termine, c'è un morfema che tradisce piuttosto la provenienza dalla forma verbale: si tratta di *-it-*, l'elemento di raccordo tra il radicale *terr-* e il suffisso *-orium*. Se infatti alla base di *territ-orium* ci fosse il participio perfetto *territ-us*, da *terreo* appunto, avremmo spiegato la presenza del nesso *-it-*, inspiegabile con il solo ricorso al sostantivo *terra*.

Il morfema “it”, elemento di raccordo fra le componenti costitutive del sostantivo *territorium* (la radice *terr* – e il suffisso – *orium*) rende difatti plausibile la derivazione dell’intera formazione lessicale dalla forma verbale *terreo* e la colloca in ambito spaziale. Induce, anzi, a preferire a *terreo* l’intensivo *territo*, nel quale è accentuato proprio il carattere della durevolezza stanziale. Benché meno lineare dello scontato “terra”, l’etimo *terreo-territo* evocerebbe, insomma, la stabilità del potere esercitato su una certa porzione di spazio. Questa ricostruzione trova sostegno nella definizione del Digesto, secondo la quale *territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis, quod magistratus ejus loci intra eos fines terrendi id est summovendi jus habent*⁶. Viene qui in primo piano l’esercizio del potere di dominio e si evoca uno spazio sottomesso all’autorità, controllato e parcellizzato, suddiviso secondo le rispettive *jurisdictiones* degli organi di governo, *magistratus* avendo in questo contesto una latitudine di significato molto estesa e tale da ricomprendere, genericamente, i soggetti detentori del potere pubblico.

La compenetrazione concettuale fra *territorium* e *jurisdictio*, già presente in epoca romana, si rinnova e si complica nel Medioevo, quando il paradigma territoriale sul quale era per l’innanzi ordinato lo spazio si dimostra inadeguato a risolvere i conflitti insorgenti fra le diverse *dominationes* compresenti sulla stessa porzione di terra. Il medesimo spazio geografico è percorso da frontiere interne, corrispondenti ad altrettanti regimi giuridici particolari, differenziati, la cui dimensione non è sempre fissata secondo il μέτρον territoriale, ma viene ricavata da un elemento personale. Si pensi, ad esempio, alle *leges barbarorum*, applicabili, in base al codice teodosiano, *ratione personae* cioè prescindendo dall’insediamento in un *locus* o, emblematicamente, alle diocesi, definite non in base a confini fisici, ma all’estendersi dell’autorità vescovile sulla *plebs devota* riunita per la celebrazione del battesimo e dell’eucarestia⁷. “*Territorium non facere diocesim*”⁸. Il legame fra autorità della Chiesa e territorio viene mediato e anzi condizionato dall’elemento personale (la comunità di fedeli), che diviene fattore identificativo di un confine geograficamente incerto.

Si compie, già in questa fase, lo sganciamento del territorio dalla nuda materialità e oggettività fisica del *limes*, e la connessione di esso con l’esercizio di un’au-

⁶ Digesto, 50.16.239, §8.

⁷ Come si legge nella lettera del Pontefice Gelasio I, *Fragmentum* 19, in Thiel, *Epistolae romanorum pontificum genuinae*, I, Brannsborg 1868, 492–493. Sul “territorio” della diocesi, F. Mazel (a cura di) *L’espace du diocèse. Genèse d’un territoire dans l’Occident médiéval (Ve–XIIIe siècle)*, PUR, 2008; e in particolare M. Lauwers, *Territorium non facere diocesim... Conflicts, limites et représentation territoriale du diocèse (Ve–XIIIe siècle)*, 31 ss.; S. Patzold, *L’archidiocèse de Magdeburg. Perception de l’espace et identité (Xe–XIe siècle)*. Sul peculiare valore del paradigma territoriale in istituzioni, come la Chiesa, prive di territorialità, v. P. Biscaretti di Ruffia, *Territorio dello Stato*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 334 ss.

⁸ Questo il titolo del contributo di M. Lauwers, citato nella nota precedente.

torità personale; quella del vescovo, che esercita il suo magistero non su una terra che abbia fatto oggetto di apprensione materiale (e che è al contrario, solitamente, di proprietà di conti e viceconti), ma su fedeli che in quella terra esercitano il loro culto; o quella del giudice chiamato ad applicare regolazioni differenziate su base personale e non territoriale.

Il mutamento di prospettiva rispetto al tradizionale paradigma dominicale di epoca romana, nel quale l'*imperium* era diretta derivazione del *dominium* terrestre, si accompagna al riconoscimento di un valore storico-culturale al radicamento spaziale, a quel sedimento di memorie, tradizioni, riti, credenze, che dà forma alla *lex terrae* e oppone un limite invalicabile allo stesso dispiegarsi del principio monarchico. Questo legame della comunità politica con la terra si esprimerà simbolicamente nella personificazione allegorica degli spazi terrestri, ossia l'associazione a ciascun Paese di una divinità o un animale per manifestare in forma sintetica il carattere, le virtù, la moralità profonda delle comunità umane ivi insediate. Una caratterizzazione etnico-morale dei territori che, con l'affermarsi del principio di nazionalità, si arricchirà di un denso significato politico⁹.

Il diritto positivista della modernità, in ragione della sua elevata astrattezza, non è stato sempre capace di cogliere le molteplici sfumature e le dense implicazioni culturali rivelate dalla storia del concetto di territorio e di rappresentare la dualità in esso presente fra la dimensione artificiale di uno spazio vuoto, neutro, una porzione inqualificata della crosta terrestre sulla quale si esercita l'autorità politica e la dimensione concreta di luogo "identitario, relazionale e storico"¹⁰, che condiziona – secondo la lezione di Montesquieu¹¹ – gli stessi modi di organizzazione politica della comunità su di esso insediata.

In particolare, la dottrina giuridica formatasi attorno al paradigma concettuale dello Stato-nazione ha generalmente disconosciuto – con notevolissime, celebri eccezioni (Smend, Heller, Schmitt per tutti) – la dimensione cultural-identitaria del territorio, incentrandone tutta intera la nozione sulla sovranità statale e sui poteri ad essa consustanziali e da essa discendenti¹². Tanto da fare dello spazio territoriale

⁹ Per una ricostruzione storica sull'affermarsi del principio di nazionalità e l'identificazione fra Nazione e Stato, per tutti, F. Chabod, *L'idea di nazione*, Roma-Bari 1961, 61 ss.

¹⁰ Come lo definisce l'antropologo Marc Augé, *Nonluoghi. Introduzione a un'antropologia della surmodernità*, Milano 2005, 71.

¹¹ C. L. de Secondat (Montesquieu), *De l'esprit des lois*, Genève 1748, XIX, § 4 ss.

¹² Un passo non decisivo, ma importante, verso "l'astrattizzazione" del concetto di territorio è compiuto dalla dottrina francese di inizio Settecento, la quale, nell'intento di giustificare razionalmente il potere per emanciparlo da ogni legittimazione di tipo trascendente, ne svaluta l'ancoraggio alla terra. Per tutti: M. Belissa, *Fraternité universelle et intérêt national (1715–1795): Les cosmopolitiques du droit des gens*, Paris 1998.

un effetto riflesso dell'*imperium* e da giungere – nel pensiero rivoluzionario francese – a negare ogni pluralismo territoriale, considerandolo incompatibile con l'unità e indivisibilità del potere sovrano. Così – si perdoni la sintesi davvero brutale – il territorio è stato variamente definito, fra l'Ottocento e il Novecento: come *res*, esteriore allo Stato e oggetto di un diritto reale di contenuto dominicale (*Eigentumstheorie*)¹³; come elemento costitutivo e qualità immanente dello Stato (*Eigenschaftstheorie*)¹⁴, che su di esso vanterebbe un diritto assoluto di natura personale¹⁵; come campo di estensione e dunque limite esterno del potere sovrano¹⁶, secondo la teoria della competenza (*Kompetenztheorie*) esposta da Radnitzky e condotta al punto di massima compiutezza teorica da Kelsen¹⁷.

Se per l'innanzi – nella teoria della proprietà come in quella della qualità – il territorio era assunto comunque nella sua materialità, fosse oggetto di diritti proprietari o risultasse una qualità essenziale dello Stato nella sua concretezza fisico-geografica, nella teoria della competenza, e in ispecie nel normativismo puro kelseniano, esso viene de materializzato, assunto come entità noetica, deprivato di ogni valore identitario e culturale e ridotto a *Geltungsbereich von Rechtsnormensystemen*¹⁸, e quindi a mera derivazione logica della normatività.

¹³ Per la tesi proprietaria, per primo P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, Tübingen, 1876, 133 ss.; per l'Italia: U. Forti, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Arch. dir. pubbl.* 1902; E. Bonaudi, op. cit., 57 ss. Più sfumata la teoria di Donato Donati, il quale, in *Stato e territorio*, Roma 1924, 59 ss. e *max* 60, perfeziona la teoria proprietaria distinguendo la potestà di imperio come potestà sugli individui dalla potestà di dominio sul territorio, rilevante sul piano internazionale e quindi "perfettamente conciliabile con la simultanea proprietà dei privati su parti del territorio".

¹⁴ K.V. von Fricker, *Vom Staatsgebiet* (1867), in *Gebiet und Gebietshoheit: mit einem Anhang vom Staatsgebiet*, Tübingen 1901, 100 ss., per il quale il territorio è semplicemente lo Stato nella sua manifestazione spaziale; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, III ed., 1928, 394 ss.

¹⁵ S. Romano, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Arch.dir.pubbl.* 1902, 114 ss., nonché idem, *Il Comune. Parte generale*, Milano 1908, muovendo dalla concezione dello Stato come entità reale e concreta, vede nel territorio una parte della struttura materiale dello Stato, e pone perciò la loro relazione in termini di "essenza" e non invece di "dominio", non potendo appartenere a un soggetto ciò che è parte integrante di esso.

¹⁶ E. Radnitzky, *Die rechtliche Natur des Staatsgebietes*, in *Archiv für öffentliches Recht*, XX (1906), 313 ss. La teoria di Radnitzky è applicata nell'ambito del diritto internazionale da W. Henrich *Theorie des Staatsgebiets entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson*, Wien–Leipzig 1922, nonché *Kritik der Gebietstheorien*, "Zeitschrift für Völkerrecht" 1926, 13, 28 ss.; A. Verdross, *Staatsgebiet, Staatengemeinschaftsgebiet und Staatsgebiet*, "Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht" 1927, 37, 293 ss.; idem, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Berlin 1926, 163 ss.

¹⁷ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, 137 ss.; idem, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, 1926, 27 ss.

¹⁸ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre...*, 147.

Sarà questa definizione del territorio come ambito di signoria¹⁹ a risultare dominante nella dottrina dello Stato novecentesca, imponendosi sulle visioni di Smend²⁰ e di Heller²¹, che valorizzavano la forza integrativa del radicamento territoriale e quindi la connessione fra territorio e popolo, e soprattutto vincendo le fascinazioni suggestive della *Landnahme* schmittiana come ordine concreto dei rapporti sociali, scaturigine della normatività (*Ordnung* da *Ortung*), piuttosto che suo oggetto²². Il fondamento della giuridicità è infatti, nella dottrina pura di Kelsen, in una *Grundnorm* ipoteticamente postulata, che può fare a meno di ogni contatto con la fattualità, simbolica o mitizzata, di un'originaria conquista della terra²³. E così, laddove nel decisionismo schmittiano c'è concretezza, legame tellurico, in Kelsen e nei suoi epigoni c'è separatezza dalla terra, prevalenza degli elementi immateriali sugli elementi fisici o culturali, e perciò primato dell'elemento politico, di una volontà sovrana che non incontra limiti nell' *ἔθνος* o nella storia²⁴.

Non più elemento indefettibile, ma solo "ordinario" dello Stato, il territorio è spazio puramente normativo; il che consente, tra l'altro, a Kelsen di riconoscere l'attributo della statualità anche ai popoli nomadi. E viene da chiedersi, *per incidens*, se non sia qui presente a livello inconscio l'influenza sentimentale dell'appartenenza a un "popolo senza terra", cosmopolita per necessità e vocazione religiosa, se è vero che l'ebraismo – come forma di messianismo terreno (in ciò contrapposto all'escatologia cristiana) – propugna l'uniforme soggezione dell'umanità intera a principi universali di giustizia.

Nei successivi sviluppi teorici, si sono sviluppate tesi mediane fra le ricostruzioni polarmente opposte di Schmitt e Kelsen, assumendo il territorio come presupposto di fatto *a priori* dell'istituzione statale e perciò, schmittianamente, "fisicità terrestre

¹⁹ E' T. Perassi, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, "Riv. dir. pubbl." 1912, 151 ss. a vedere nel territorio non un'estensione di superficie terrestre, ma un ambito di signoria su uno spazio, identificando nello Stato la sfera di azione politica del popolo e con ciò dando rilievo anche all'elemento personale della statualità.

²⁰ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928, 53 ss., per il quale il territorio non è mero spazio fisico, ma fattore di integrazione culturale, decisivo per la costruzione dell'identità del popolo.

²¹ H. Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, 139 ss., ove si riflette sulle condizioni naturali e culturali dell'unità statale.

²² Si fa ovviamente riferimento alla capitale opera di C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin 1950.

²³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien 1934.

²⁴ Sul punto, utili riflessioni in F. Volpi, *Il potere degli elementi*, postfazione a C. Schmitt, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Milano 2002, 137 ss.

giuridicamente rilevante”²⁵ e al contempo intendendolo, kelsenianamente, come elemento immateriale consistente nell’esercizio della sovranità su un dato spazio.

Non è stata del tutto dissolta, tuttavia, la complessità della nozione, che resta in perenne, invincibile tensione fra l’ontologia sociale²⁶ e la dottrina dello Stato: fra il territorio percepito come fatto sociologico e concrezione storica e il territorio concettualizzato, allegorizzato, reso artificiale per ridurlo alla dimensione giuridica.

Nelle più avanzate dottrine giuridiche dello Stato costituzionale, che elaborano le loro posizioni muovendo da una revisione concettuale del paradigma statualista²⁷, si è fatta strada una concezione di territorio come prodotto della cultura. Questo cambio di orizzonte ermeneutico è evidente in modo esemplare in posizioni pionieristiche come quella di Peter Häberle²⁸, che ha elaborato una dottrina della Costituzione “permeata dal punto di vista testuale dalla scienza della cultura”²⁹. Il giurista tedesco, nel raccogliere e sviluppare intuizioni di Rudolf Smend³⁰ e Hermann Heller³¹ in ordine alla forza di integrazione materiale e simbolica del radicamento territoriale, ha proposto una riforma dei tre tradizionali elementi dello Stato (popolo, governo e territorio), individuando nella cultura il “quarto elemento” della statualità e ripensando la nozione di spazialità politica. Nell’attuale fase di sviluppo storico dello Stato costituzionale – argomenta Häberle – il territorio non tollera di essere ridotto alla rude materialità fisica della terra o all’astratta artificialità di un campo di vigenza normativo, e va inteso piuttosto come uno spazio culturale che forma la “base dell’identità culturale e dell’individualità storica dello Stato”³². Un “terreno sicuro, culturalmente formato” sul quale poggiano le libertà fondamentali; un “valore della costituzione” da conquistare e realizzare continuamente, preservandolo nel corso del tempo³³. Non, dunque, un elemento algido, inerte, preesistente ed

²⁵ Così G. D’Alessandro, *Istituzioni e territorio*, in E. Cuccodoro, *Il territorio misura di sovranità*, Taranto 2016, 24–25.

²⁶ Intesa come la scienza che indaga il rapporto fra entità materiali ed entità istituzionali, nella prospettiva di D. H. Ruben, *The Metaphysics of the Social World*, London 1985; e J.R. Searle, *The Construction of Social reality*, New York 1995.

²⁷ E’ questo il *fil rouge* dell’ampia trattazione di A. Di Martino, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano 2010.

²⁸ P. Häberle, *Stato costituzionale. I) Principi generali*, [in:] *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 2000, 1 ss.

²⁹ *Ibidem*, 8.

³⁰ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht...*, 53 ss.

³¹ H. Heller, *Staatslehre...*, 139 ss.

³² P. Häberle, *Stato costituzionale...*, 3; ma riflessioni analoghe erano state già sviluppate in idem, *Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre*, “Festschrift für Batliner” 1993, 397 ss.

³³ P. Häberle, *Stato costituzionale...*, 7, ove si afferma: “Ogni Stato costituzionale si appropria continuamente del proprio territorio che così diviene cultura”. Cultura nel senso in cui ne parla L. Gallino *Cultura, ad vocem*, [in:] idem (a cura di), *Diz. di Sociol.*, Torino 2006, 185 ss.

esterno allo Stato, ma un prodotto della cultura, costituito attraverso il lavoro continuo dell'uomo e delle istituzioni, che diviene esso stesso "una parte di costituzione vivente" e una componente della *Costituzione come cultura*³⁴.

Fra le conseguenze più notevoli di questo orientamento ermeneutico vi è il ripensamento, nel dibattito giusfilosofico, del fondamento giustificativo dei diritti dello Stato sul territorio.

Al territorio-valore, che è compito dello Stato preservare in vista della conservazione della specifica individualità storica e identità culturale di una comunità politica³⁵, non si attaglia, infatti, la logica propria del territorio-oggetto di diritti dominicali. Proiettandosi sulla sua immagine costituzionale la tutela della natura e dell'ambiente (cioè dei "fondamenti naturali della vita")³⁶, esso si lega intimamente alle popolazioni che lo abitano e ai diritti collettivi indivisibili di queste di disporre per le generazioni a venire delle risorse che il territorio offre. In questa prospettiva, la pretesa dello Stato di esercitare diritti sul proprio territorio può trovare giustificazione solo "trattandolo come il rappresentante legittimo della popolazione" insediata su quella data porzione di terra³⁷. I diritti territoriali, distinguibili in "diritti di giurisdizione" (cioè diritti all'esercizio dei poteri autoritativi), diritti sulle risorse e diritti al controllo dei confini, appartengono originariamente alle popolazioni, e non agli Stati che le rappresentano, giacché sono filosoficamente giustificati e legittimati non "in forza del semplice fatto dell'occupazione, ma in forza del valore materiale e simbolico che viene annesso al territorio col passare del tempo"³⁸. Lo Stato, non più *dominus* libero di disporre a suo piacimento del territorio, è piuttosto un amministratore responsabile³⁹, che instaura con il proprio territorio una relazione trilaterale⁴⁰ (e non binaria), perché mediata dal popolo. I diritti dello Stato *sul* territorio si trasformano, con un copernicano rovesciamento di prospettiva,

³⁴ P. Häberle, *Stato costituzionale...*, 8.

³⁵ Identità culturale che è costituisce a sua volta l'oggetto di un vero e proprio diritto, secondo l'analisi di Y.M. Donders, *Toward a right to cultural identity?*, Antwerpen–Oxford–New York 2002, 327 ss.

³⁶ L'espressione si rinviene nell'art. 20 a della Legge fondamentale tedesca.

³⁷ D. Miller, *Diritti territoriali: concetto e giustificazione*, "Ragion pratica" 2009, 2, 446.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Importanti suggestioni nella Lettera enciclica di papa Francesco *Laudato si*, par. 116, dove si riprende e rinnova la dichiarazione *Love for Creation. An Asian Response to the Ecological Crisis*, Colloquio promosso dalla Federazione delle Conferenze dei Vescovi dell'Asia (Tagaytay, 31 gennaio–5 febbraio 1993).

⁴⁰ D. Miller, *op. cit.*, 437 ss., 438. L'Autore considera non eludibile, anche per chi accolga concezioni "territorialiste" dello Stato, "il problema se gli stati ottengano i loro diritti territoriali direttamente, oppure indirettamente, in quanto agenti dei popoli che governano".

in *diritti al territorio* da parte delle popolazioni insediate, di cui lo Stato si fa garante e amministratore⁴¹.

Accanto alla nozione concreta, storicamente radicata di territorio come prodotto di cultura e quindi valore costituzionale che è compito dello Stato preservare e sviluppare, vi è nelle Costituzioni europee una visione della spazialità politica inclusiva, aperta della sovranità territoriale, che si apre all'internazionalismo e all'interdipendenza funzionale dello Stato sovrano con altri spazi politici.

La costruzione di un sistema multilivello di protezione dei diritti radicati nella dignità umana, si basa in effetti sulla premessa di una "legalità cosmopolitica", universale⁴², capace di proiettare la tutela delle libertà oltre il rapporto di cittadinanza e quindi oltre i confini della territorialità politica nazionale. Alla cittadinanza politica si viene affiancando una cittadinanza cosmopolitica dei diritti e il territorio statale, senza smarrire la sua dimensione tradizionale di luogo in cui si esercita la sovranità dello Stato-nazione, viene aperto all'orizzonte di un diritto cosmopolitico e scomposto, nell'ottica della pace, in uno spazio funzionale di esercizio dei diritti dell'uomo.

In definitiva, e riassumendo: la visione della spazialità politica che, nel Continente europeo, lega al territorio l'appartenenza, il radicamento, la sicurezza, l'identità culturale ha assunto, nelle sue versioni meno moderate, un valore escludente, ed è stata di intralcio allo sviluppo di dinamiche pluraliste. Talora ha dato alimento a derive *xenofobe*, distanziandosi in ciò dalla spazialità politica anglo-americana, sia nella versione talassocratica britannica sia in quella anarco-libertaria statunitense. Tanto la proiezione inglese verso il mare aperto – sul cui profondo significato resta insuperata la pagina di Schmitt⁴³ – quanto il mito della frontiera statunitense, che ha concorso decisamente nel modellare lo spirito individualistico e democratico dell'uomo americano, hanno dato forma a una visione dello spazio politico non chiusa e respingente, come quella europeo-continentale, ma "capace di ospitare in sé i molteplici «luoghi» e le variopinte identità, atteggiandosi come «libertà»

⁴¹ Diritti che sono alla base del risarcimento dei danni che Corti costituzionali e sovranazionali hanno riconosciuto ai discendenti di comunità autoctone per esser state private del territorio e delle sue risorse naturali. Si vedano: cfr. sentenze della Corte interamericana del 31 agosto 2001 (Mayagna Sumo Awas Tingni Community c. Nicaragua); e del 28 novembre 2007 (Pueblo Sarakama c. Suriname); la sentenza della Corte Suprema USA del 30 giugno 1980 (United States c. Sioux Nation of Indians) e dell'analoga Corte dell'Australia del 3 giugno 1992 (*Mabo vs Queensland*).

⁴² F. Ciaramelli, *Legislazione e giurisdizione*, Torino 2007, 96, parla di un'illusione universalistica delle Costituzioni.

⁴³ C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Stuttgart 1954, qui citato nella trad. it. di G. Gurisatti, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Milano 2002.

plurale⁴⁴. Questa diversa considerazione della spazialità politica, nel suo legame con le forme di legittimazione del potere politico democratico⁴⁵, consiglia di non accogliere nella loro forma pura né concettualizzazioni del territorio troppo *astratte*, puramente normative, né, all'opposto, visioni eccessivamente *concrete*, e cioè sovraccariche di richiami a identità escludenti, all' *ἔθνος* anziché alla *humanitas*.

Le prime, che – come vedremo – si attagliano perfettamente alle esigenze dell'universalismo giuridico fondato sulla globalità dei diritti umani e la mondializzazione dell'economia, rischiano di disperdere il senso culturale e identitario della territorialità politica, e con esso degli istituti di democrazia che su quella territorialità si incardinano, traendone sostegno; le seconde, rivalutando il legame con la terra e con le identità particolari, offrono sì una resistenza all'omogeneizzazione universalizzante del mercato planetario, ma si prestano pure, in assenza di adeguati contrappesi culturali, ad alimentare derive etnocentriche, evocazioni nefaste della terra non già come fattore di identificazione del Sé, quanto come elemento di marginalizzazione ed esclusione dell'Altro⁴⁶.

La ricerca di una sintesi – nel senso hegeliano di *Aufhebung* – fra la pura astrattezza del territorio come spazio di vigenza delle norme e la concretezza della terra come prodotto della cultura e sede della democrazia politica è l'orizzonte nel quale si colloca la riflessione di queste pagine.

I fattori di crisi della territorialità statale

Territorio e territorialità statale appaiono oggi categorie in trasformazione, soggette come sono a un oscuramento del loro significato originario e tradizionale, se non a una vera e propria "crisi di senso"⁴⁷. *A procurare questa crisi della territorialità sono una molteplicità di fattori, che, per semplicità espositiva, possiamo schematizzare in tre essenziali punti*: 1. La dissociazione fra luoghi della politica e luoghi di formazione del diritto; 2. La tensione fra principio di mondialità, costitutivo della forma-mercato e principio di territorialità, costitutivo della forma stato; 3. La rivoluzione spaziale globale del web.

⁴⁴ C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna 2001, 104. Sul valore "costituente" della frontiera americana, da ultimo, A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Verona 2016, 9 ss.

⁴⁵ M. Hespahna, *L'espace politique dans l'ancien régime*, [in:] *Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, II, "Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra" 1982, 58, 445 ss.

⁴⁶ Utili spunti in S. Sicardi, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, "Politica del diritto" 2003, 1, 114 ss., 117.

⁴⁷ Come dice *ibidem*, 114.

La dissociazione fra luoghi della politica e luoghi di formazione del diritto

Il territorio è il luogo in cui lo scontro degli interessi che anima la società trova un equilibrio e una composizione in chiave politica, ma una quota crescente di tali interessi non sono più governabili nell'ambito di un singolo territorio. Regolazioni giuridiche che hanno una forte influenza sulla vita sociale sono decise all'interno di reti transnazionali di *governance* deterritorializzata che si collocano fuori delle possibilità di conoscenza e quindi di controllo politico dei soggetti destinatari.

I poteri reali che definiscono le condizioni più importanti dell'attività umana, della nostra *Lebenswelt*, fluttuano così, inafferrabili e distanti, nello spazio globale.

E' in atto una dislocazione del *Politico* nel mondo dell'economia globalizzata, che fa venire meno la coincidenza fra luoghi del diritto e luoghi della politica. Sempre più luoghi di formazione del diritto (organismi internazionali come FMI, BCE, Banca mondiale, WTO, ILO, Comitato di Basilea, e agenzie di regolazione private come ISO, ICANN⁴⁸, e la Codex Alimentarius Commission) non sono infatti anche luoghi della politica, assoggettabili alle procedure discorsive della democrazia deliberativa. E con il distacco degli interessi dai territori la rappresentanza politica subisce un processo di astrattizzazione e di perdita di capacità funzionale e gli spazi della politica si riconformano precludendo alla formazione di nuovi modelli di società all'interno dei quali la cittadinanza democratica potrebbe risultare fortemente indebolita rispetto alla sua sostanza reale.

La tensione fra principio di mondialità, costitutivo della forma-mercato e principio di territorialità, costitutivo della forma Stato

L'esorbitanza dello spazio dell'attività economica rispetto allo spazio politico statale è problema antico. Sempre la politica e il diritto, che esigono un *dove*, hanno inseguito l'economia, che sfugge alla localizzazione (e quindi alla regolazione), movendo alla ricerca di nuovi spazi nei quali estendere i commerci e dispiegare l'intrapresa individuale.

La cosiddetta planetarizzazione o globalizzazione dell'economia ha certamente ampliato la misura di questo scarto, di questa distanza fra spazio del mercato e spazio della politica statale, ma se di sola misura si trattasse, non vi sarebbe differenza concettuale fra la situazione esistente nella Persia degli Achemenidi (primo esperimento

⁴⁸ ILO è acronimo di International Labour Organisation ISO e ICANN sono, rispettivamente, acronimi di International Standards Organisation e Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

di sviluppo di una pan-idea geopolitica con ambizioni globali⁴⁹), la Roma imperiale, la Mongolia di Kublai Khan, la Repubblica di Venezia, il *Commonwealth* britannico e il contesto attuale. Si tratterebbe pur sempre dell'antico, inesausto confronto fra le sfere separate del mercato (come luogo politicamente neutrale di svolgimento dell'attività economica) e della *πόλις* (come luogo della socializzazione culturale e della partecipazione politica).

Neppure la cosiddetta globalizzazione dei commerci è fenomeno inedito. In forme simili a quella attuale, si è già manifestata fra la prima e la seconda guerra mondiale; e tuttavia la globalizzazione del XXI secolo ha un tratto di indiscutibile novità storica. E ciò non tanto perché riguarda, in dimensioni mai sperimentate in precedenza, tutti i fattori produttivi e non solo le merci; ma soprattutto e più decisamente perché il mercato globale non cerca oggi semplicemente – come sempre è avvenuto – di sfuggire alla regolazione politica, ma intende invece *conformarla*, occupando lo spazio della politica e della società. Il mercato – come aveva preconizzato Michel Foucault nelle celebri lezioni al *Collège de France* – rivendica il *potere di dare una forma allo Stato e alla società*, ponendo così in questione i tradizionali schemi ricostruttivi del fenomeno statale e lo stesso valore ermeneutico del paradigma statualista⁵⁰.

Il mercato non è più “il luogo politicamente neutrale della libera attività dell'*homo oeconomicus*”, ma si antropomorfizza, assume i connotati di un soggetto di dimensioni globali che sotto una veste puramente economica, manifesta invece una specifica natura politica⁵¹. Pur nel carattere pulviscolare e talora inafferrabile delle tecnostutture dell'economia finanziaria (agenzie di rating, fondi di investimento, *big corporations*, istituzioni internazionali come il FMI, il WTO, la Banca mondiale, la BCE) il “mercato” – moderno *macroantropos* – opera al fianco degli Stati nazionali in posizione di condizionamento e di influenza⁵². Si colloca, anzi, fra cittadino e Stato per contendere agli organi politici di governo la direzione della vita sociale, non più limitandosi a sfuggire alla regolazione politica, ma forzando lo Stato ad imprimere una data direzione all'economia nazionale. E ciò avvalendosi di strumenti ancora privi di una strutturazione giuridica capace di assicurarne la trasparenza, oggettività, controllabilità; di ricondurli a una qualche forma di responsabilità politica⁵³. Strumenti non coattivi, di *soft law*, diversi da quelli tradizionalmente propri della sovranità

⁴⁹ K. Haushofer, *Geopolitik der Pan-Ideen*, Berlin 1931, citato nella traduzione italiana *Geopolitica delle Pan-idee*, edita da Nuove idee nel 2006 e ristampata nel 2016 nella collana “*I libri del Borghese*”, Roma 2016, 95.

⁵⁰ M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977–1978)*, Milano 2005.

⁵¹ Nel senso che la natura del mercato “è insieme economica e politica”, M. Terni, op. cit., 80 ss.

⁵² Lapidariamente nota S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati*, Bologna 2016, 37: “tramite le agenzie di rating, sono i mercati che controllano gli Stati, non viceversa”.

⁵³ M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, “*Riv. dir. cost.*” 1996, 124 ss., 161.

statale, ma altrettanto e forse più convincenti, se è vero che possono consistere nella distruzione della ricchezza nazionale, ossia nella prospettazione di effetti economici rovinosi e di attivazione immediata (il denaro non dorme mai!) per le opzioni distributive nazionali che si discostino dai dettami del *Washington consensus*. “Sanzioni finanziarie”, dunque, che oltre ad essere enormemente persuasive, hanno il vantaggio di arrivare prima di qualunque controllo democratico, parlamentare o popolare, e di condizionarlo con la forza irresistibile dell’interesse economico. Chi non merita l’apprezzamento delle piazze finanziarie si vede revocare i benefici derivanti dalla mondializzazione degli scambi; e questa condizione di soggezione è particolarmente evidente per gli Stati più deboli economicamente, gli Stati maggiormente indebitati, le cui finanze dipendono in larga parte dal loro merito di credito e quindi dalla reputazione internazionale. Stati che possono essere condotti in tempi fulminei alle soglie del fallimento di bilancio e che si piegano alle condizioni loro imposte dalle tecnostrutture della finanza mondiale con rassegnata uniformazione.

Non solo le decisioni di più diretto e immediato impatto sui fondamentali dell’economia, ma persino quelle che possono creare un “clima” psicologico favorevole o contrario agli interessi della finanza, un “mood” positivo o negativo, sono sottoposte al vaglio del mercato, che formula i propri giudizi e somministra le proprie ricette, ponendosi come inedita fonte di esercizio di una sovranità non localizzabile, nebulosa, ma non per questo meno tangibile. Un potere “sovrano” che si dispiega attraverso il cyberspazio, nuova dimensione a-territoriale del potere finanziario globale nel quale si compie netta la separazione fra potere e politica⁵⁴. La finanziarizzazione dei mercati ha dissociato infatti l’economia da ogni definito spazio pubblico di discussione; ha distaccato gli interessi dai luoghi della politica territoriale, facendoli migrare in un indefinito *altrove*, e rendendo perciò più tortuosa la loro rappresentazione e ricomposizione in sede politico-parlamentare.

La rivoluzione spaziale globale del Web

La rivoluzione tecnologica di Internet sta agendo come acceleratore storico dei processi di spiazamento della politica e della territorialità nazionale su cui abbiamo già insistito. La possibilità di connessione alla Rete, favorita dalla diffusione capillare dei computer e, soprattutto, dagli *smartphone* – con cui larghi strati della popolazione, soprattutto giovanile, vivono un rapporto letteralmente simbiotico – ha prodotto una vera e propria rivoluzione spaziale globale. Ha dato forma a un mondo sovrasensibile,

⁵⁴ Uno spazio che Z. Bauman, *Fiducia e paura nella città*, Milano 2005, 18, definisce “il campo-giochi dei poteri”.

un territorio artificiale sovrapposto al territorio naturale e fisico; un 'non luogo' nel quale si svolgono sfere crescenti della vita economica, sociale e politica, oltre che affettivo-relazionale. Ne risultano modificate le nozioni di spazio e di tempo. Ogni utente di Internet è in condizione di essere "ciberneticamente" presente in tempo reale in qualunque luogo della Terra e ciò incide sulle coordinate antropologiche, i processi di socializzazione, le modalità della vita comunitaria. L'azione individuale, abbia essa rilievo nel campo civile, politico o economico, si proietta in una dimensione spazialmente e temporalmente nuova, rimuovendo i confini fisici e psicologici nei quali era stata tradizionalmente racchiusa. Le vite degli esseri umani si sono "globalizzate" ed è cresciuta l'attitudine a guardare fuori dal proprio orizzonte nazionale non solo per seguire un corso di perfezionamento professionale o sottoporsi a una cura dentistica, ma anche per informarsi in modo libero, superando i filtri e i condizionamenti dell'informazione "ufficiale", per sostenere campagne globali di opinione o esercitare forme di *lobbying* fuori dello spazio della territorialità statale. E' in atto un "dislocamento dello 'stare insieme' degli esseri umani al di fuori del territorio chiuso della *polis* in una società transnazionale coincidente con il mercato mondiale"⁵⁵. Anche la vita politica nazionale tende in misura crescente a perdere contatto con la territorialità e ad occupare gli spazi virtuali della Rete, dove i cittadini possono sviluppare forme di mobilitazione democratica e di pressione politica sui decisori pubblici senza abbandonare la loro scrivania. Ne deriva che i luoghi di elaborazione dell'azione collettiva non sono più tipizzati e facilmente collocabili nello spazio. Si moltiplicano al contrario i *non luoghi* della politica e cresce lo sradicamento dal τόπος del "cittadino globale", che non necessita di uno spazio fisico né per lo scambio economico né per l'incontro relazionale. Modificazioni di questa portata non possono non riflettersi sull'esistenza politica dello Stato.

In una prospettiva entusiasticamente aperta alla modernità potrebbe dirsi che le istituzioni politiche possono fare a meno del territorio, esistendo ormai spazi virtuali e domini informatici privi di una delimitazione fisica, ed estranei a ogni concezione storicamente data di spazio come sede di formazione dell'opinione e dei rapporti giuridici. E in effetti i più accesi *fan* della Rete affermano che i tradizionali modelli di partecipazione democratica sarebbero ormai superati dalla tecnologia informatica e che le forme di azione politica più incisive e coinvolgenti sarebbero quelle virtuali⁵⁶. Già s'avanzano, in coerenza con questa visione, tentativi di sostituire i dispositivi tradizionali della territorialità politica con i moderni strumenti della democrazia digitale. Forme di consultazione pubblica per la deliberazione di

⁵⁵ M. Terni, op. cit., 86.

⁵⁶ Analisi convincenti in S. Sassen, *Territory, Authority, Rights*, Princeton–Oxford 2006, 328 ss.; idem, *Sociologia della globalizzazione*, Torino 2008 (tit. orig. *A sociology of globalization*, New York 2007).

decisioni collettive, referendum *on line*, designazione via *web* di candidature a incarichi pubblici mettono in questione il rapporto fra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, proponendone un riequilibrio a favore della prima; e in porzioni non marginali dell'elettorato viene posta apertamente in discussione l'idea che la rappresentanza parlamentare libera sia la forma più alta di rappresentanza politica e si rivendica una diretta partecipazione del popolo alle decisioni pubbliche, eventualmente nella forma del vincolo di mandato – e del conseguente *recall* – per gli eletti.

Non mancano peraltro argomenti per una lettura più scettica – o semplicemente *desenchantée* – della rivoluzione internettiana. Da un lato, la “virtualità” informatica potrebbe favorire l'isolamento solipsistico dell'individuo, sciogliendolo da legature sociali e terrestri costitutive di identità; dall'altro lo spazio della Rete non appare ancora il luogo più adatto per l'esercizio di una democrazia partecipativa degna di questo nome, per l'assenza di un confronto diretto e personale, di mediazioni razionali conseguite attraverso relazioni dialogiche aperte e scambi intersoggettivi di esperienze e di cultura non mediati dallo schermo di un *computer* e dalle camuffature di identità che questo rende possibili. L'appello a una diretta partecipazione popolare alle decisioni pubbliche, d'altro canto, si esprime ancora in forme ambigue e non trasparenti, con il rischio di far impropriamente coincidere il “popolo” sovrano con il pubblico televisivo o con la comunità degli utenti di Internet. Tanto che della democrazia 2.0 si potrebbe dire con una battuta che essa al momento è bensì “diretta”, ma soltanto nel senso che qualcuno “la dirige” dall'alto, avvolto in una nube di opacità.

Ai limitati fini di una riflessione sul territorio, peraltro, non è il caso di indugiare oltre per verificare quale fra questi due orientamenti ideali sia dotato di maggiore forza persuasiva, né è possibile fornire un'articolata risposta al quesito se la tradizionale democrazia rappresentativa e la nuova democrazia del Web debbano porsi in una relazione necessariamente conflittuale e alternativa, o non possano invece reciprocamente integrarsi e fecondarsi⁵⁷. Ciò che unicamente rileva per la nostra indagine è che, con la dislocazione – in costante crescita – di processi di socializzazione e mobilitazione politica individuale nello spazio virtuale, il territorio non

⁵⁷ Sembra in effetti possibile immaginare una via mediana rispetto alla secca alternativa fra la deterritorializzazione della politica e il legame totale e foscamente identitario con la territorialità della rappresentanza. Occorrerebbe prendere le mosse dalla considerazione indubitabile che la partecipazione e mobilitazione personale assicurate dal Web sono potenzialmente più alte di quelle garantite dai mezzi tradizionali della politica. Se dunque i canali di Internet non possono considerarsi strumenti radicalmente alternativi e sostitutivi degli strumenti tradizionali della democrazia, né la comunità degli utenti di Internet può sostituirsi al popolo, nel suo legame relazionale con il territorio, è pure indubbio che il Web potrebbe rafforzare gli strumenti della democrazia territoriale e della rappresentanza, vivificarli anziché destituirli di senso.

costituisce l'unico ed esclusivo sostrato fisico-materiale della comunità politica statale, né l'unico elemento necessario per l'esercizio del controllo sociale e politico⁵⁸, con esso concorrendo la nuova dimensione a-territoriale del *cyberspazio*, ἀρχορά postmoderna nella quale hanno luogo nuove forme di socializzazione che non richiedono, diversamente dal passato, la compresenza fisica e la diretta relazionalità intersoggettiva.

Se al tempo di Schmitt la crisi del νόμος veniva dal mare, oggi essa viene dallo spazio virtuale della Rete. In questo spazio, che come quello marino non può essere interamente occupato, né ripartito, si svolge la competizione economica e culturale per la conquista del potere sulla terra⁵⁹.

“Miniaturizzazione” del territorio, disaggregazione dello Stato e riallocazione di poteri fra scale diverse di azione politica

I grandi e complessi fenomeni che sono stati sopra tratteggiati alimentano due contraddittorie tendenze: alla miniaturizzazione e disaggregazione dello Stato e all'intensificazione del controllo sul territorio nazionale attraverso una riarticolazione del potere.

Lo Stato nazionale, vuoi per la partecipazione ad organismi internazionali e Unioni sovranazionali che ne condizionano profondamente le politiche (fino a sottoporre al controllo giurisdizionale delle Corti penali internazionali la stessa “ragione di Stato”); vuoi per la staticità dell'elemento terrestre, che mal si concilia con il dinamismo frenetico dello spazio economico globale e con l'a-territorialità della realtà virtuale, vede ridursi l'area su cui esercita la sua giurisdizione sovrana e, in questo senso, si “miniaturizza”. Per poter avere una sfera di azione globale, esso cerca allora di “globalizzarsi”: frammenta la propria unitaria sovranità in una serie di capacità funzionali, differenziate a seconda delle politiche da perseguire su scala trans-nazionale, il cui esercizio è affidato all'alta burocrazia statale. Lo Stato si “disaggrega”⁶⁰, rinuncia a ogni monolitismo, e quando, così disaggregato e ridotto a fasci di funzioni, fuoriesce dalla propria giurisdizione territoriale, si inserisce in

⁵⁸ A. Di Martino, op. cit., 290; sulla crisi della sovranità territoriale, fra i molti: S. Sassen, *Losing Control. Sovereignty in an Age of Globalization*, New York 1995; B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, EJIL 1998, 599 ss.; A.M. Slaughter, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, “Stan.J.Int'l Law” 2004, 283 ss.

⁵⁹ Così S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra, Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Bologna 1999, 24.

⁶⁰ La definizione di Stato disaggregato è di A.M. Slaughter, *A New World Order*, New York–Oxford 2004.

un sistema reticolare composto da una molteplicità di soggetti: altri Stati (anch'essi rappresentati dalle rispettive burocrazie); poteri pubblici sovranazionali; privati detentori di un potere di posizione loro derivante dalla forza economica o dalla capacità di mobilitazione politica nei singoli ambiti di interesse (imprese multinazionali, soprattutto, ma anche ONG attive nel campo umanitario e ambientale, come *Amnesty international*, il WWF o la Croce rossa). Nessuno di questi soggetti, isolatamente considerato, è in grado di assicurare una *governance* efficace e riconosciuta nei settori di volta in volta considerati. Non vi è un'autorità apicale, e in tal senso "sovrana", cui siano riferibili le decisioni ultime e che abbia perciò il potere di ordinare attorno a sé gli operatori privati e pubblici agenti in queste reti. Non vi è uno spazio politico in senso proprio, ma piuttosto un'interconnessione funzionale fra *élites* burocratiche, né le forme di potere che quivi si manifestano sono congiunte a corrispondenti meccanismi di responsabilità.

In parallelo con la miniaturizzazione della giurisdizione territoriale nazionale e la disseminazione dei luoghi del potere, dispersi fra le tecnostrutture dell'economia globale e il *cyberspace*, cresce anche – quasi per contrappasso – il ritorno alle appartenenze locali, alle piccole patrie, alla solidità di spazi reali e non artificiali intessuti di richiami identitari. Si accende la "voglia di comunità"⁶¹. L'impossibilità, per i singoli Stati, di concorrere secondo forme politiche democratiche al governo del cyberspazio extraterritoriale nel quale si gioca la grande partita del potere globale spinge naturalmente la politica nazionale a ripiegarsi sulla dimensione locale, l'unica nella quale è ancora possibile compiere scelte direttamente e concretamente incidenti su aspetti rilevanti della vita collettiva.

La politica nazionale riscopre così nel "locale" i fattori decisivi per la produzione di identità e di appartenenza civica. Trova nei piccoli luoghi gli ingredienti che danno sapore alla cittadinanza, e che è arduo rintracciare nelle distanti e artificiali cittadinanze europea e globale.

Tornano così a levarsi alte, in sede politica, richieste di autogoverno, di un più diretto rapporto con il proprio "miniaturizzato" territorio e con la gestione dei beni naturali, ambientali e culturali che lo caratterizzano e ne fanno un *unicum*⁶². Alla proiezione dello Stato verso lo scenario globale attraverso la disaggregazione delle sue funzioni sovrane si contrappone la contropinta verso il riassetto dell'organizzazione giuridica dello spazio nazionale.

Il ripiegamento della politica sulla dimensione locale, solo apparentemente contraddittorio rispetto alla strutturazione del mondo su processi sempre più

⁶¹ Per riprendere Z. Bauman, *Missing Community*, Cambridge 2000, trad. it., *Voglia di comunità*, Roma–Bari 2001.

⁶² Un paese che la cultura rende unico, dice P. Häberle, *Stato costituzionale...*, 7.

globali⁶³, è ulteriormente accentuato dall'importanza che vanno assumendo i distretti regionali – particolarmente valorizzati dalla scuola economica dei territorialisti⁶⁴ – e soprattutto le metropoli, snodi essenziali dell'economia globalizzata. Il *global market* ha elevate capacità di spostamento dei fattori produttivi e di dispersione geografica, ma, al contempo, ha bisogno di “forti concentrazioni territoriali di risorse necessarie a gestire questa dispersione”⁶⁵ e a fornire i servizi indispensabili per il sistema economico (si parla perciò di *agglomeration economies* e *agglomeration dynamics*). Tali forti concentrazioni di capitali e servizi si realizzano più facilmente nelle città, che si collegano fra di loro costituendo reti transfrontaliere per l'erogazione di prestazioni professionali complesse alle imprese multinazionali operanti sul mercato planetario⁶⁶. Le città connesse in tali reti si sganciano dalle regolazioni poste sul territorio nazionale, giacché la gran parte delle funzioni delle reti (in specie quelle necessarie alla finanza mondiale) sono governate da standard tecnici definiti da soggetti privati (agenzie di regolazione o grandi *law firms*) anziché da principi del diritto nazionale o internazionale. Metropoli come Londra, New York, Shanghai, Singapore, Hong Kong, Dubai, si “despazializzano” e si pongono come città “globali”, *non luoghi* che vivono la contraddittoria condizione di *pivot*, ma pure di “discariche”⁶⁷ della globalizzazione per gli irrisolti problemi che questa produce: inquinamento, migrazioni di massa, esplosione demografica dei centri urbani.

L'esito di questa duplice tensione verso la “miniaturizzazione” dello Stato nello scenario di azione globale e la concentrazione dell'azione politica verso i livelli infrastatali di governo è “il parziale dissolvimento, o perlomeno allentamento, del nazionale quale unità spaziale”⁶⁸ e l'emergere di nuove unità spaziali: sia verso il basso (città, regioni, distretti transfrontalieri), sia verso l'alto (aree di libero commercio transnazionali, mercati elettronici globali).

La spinta verso il locale è ben espressa dalla tendenza manifestatasi negli Stati europei nell'ultimo ventennio a organizzare lo spazio politico secondo modelli regionalisti o federalisti, come pure dalla centralità assunta, nella costruzione europea e nell'allocazione costituzionale dei poteri amministrativi, dal principio

⁶³ M. Castells, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. II, *The Power of Identity*, Oxford 1997, 61 ss. parla al riguardo di paradosso, ma la localisation non è che l'altra faccia della globalisation (tanto che si parla pure di glocalisation).

⁶⁴ Scuola che in Italia fa capo a G. Becattini, del quale si vedano almeno *Ritorno al territorio*, Bologna 2009 e *La coscienza dei luoghi. Il territorio come soggetto corale*, Roma 2015.

⁶⁵ S. Sassen, *Sociologia della globalizzazione...*, 27.

⁶⁶ V. ancora *ibidem*, 23 ss.

⁶⁷ L'espressione è di Z. Bauman, *Fiducia e paura...*, 19 che definisce le metropoli le “discariche per i problemi causati dalla globalizzazione”.

⁶⁸ S. Sassen, *Sociologia...*, 29

di sussidiarietà⁶⁹. Alla mondializzazione, che allontana i δῆμοι dai luoghi di formazione della politica, si è immaginato di poter rispondere responsabilizzando le istituzioni territoriali nella gestione della cosa pubblica, avvicinando governanti e governati e così riattivando circuiti di responsabilità sovente arrugginiti. La riallocazione di poteri fra scale diverse di azione politica (da quella nazionale a quella internazionale e planetaria; da quella nazionale a quella locale; senza trascurare il ruolo autonomo giocato dalle grandi metropoli nel contesto globale) è fenomeno del massimo interesse teorico, non solo perché sposta quote di sovranità da un livello all'altro; ma più in profondità, perché muta il significato della dimensione territoriale statale per il dispiegarsi dell'attività umana e quindi per il diritto, che tale attività è diretto a regolare. Di questo è ora il momento di occuparsi.

Le conseguenze della perdita di rilievo della territorialità politica statale

Costituirsi dello spazio globale come “non luogo” omogeneo e isomorfo e sostituzione al *civis* di un cosmopolita del consumo

Nella schmittiana presa di possesso spaziale – lo rileva un finissimo esegeta⁷⁰ – “il rapporto tra diritto e spazio non è risolto nella banale ricerca di un ‘dove’ applicativo, ma s’innalza a sintesi di vita, in cui la presa di possesso è, insieme, decisione della volontà, principio d’ordine giuridico e costituirsi di popolo”. Ma qual è l’effetto della *Landnahme* dello spazio globale da parte delle imprese multinazionali e delle istituzioni finanziarie? Sembra possibile dire che essa non esprime valori identitari, ma al contrario omogeneizzanti, omologanti; non è costitutiva di popoli, di culture singolari, ma di comunità indistinte di consumatori globali. Lo spazio del mercato globale deve essere infatti omogeneo, liscio, non già luogo di identità, chiuso e separato, ma “non luogo” indifferenziato, isomorfo. Se la forza tellurica del *nomos* schmittiano era fondativa di identità politica e di unità di popolo, la presa di possesso dello spazio globalizzato da parte della finanza scolorisce le identità particolari, omologa le culture, riduce la dimensione umana alla sfera economico-consumeristica.

L’individuo, nel proiettarsi verso i grandi spazi del mondo, sembra doversi necessariamente liberare dai vincoli sociali; e così al *civis* tende a sostituirsi un

⁶⁹ B. Guastaferrò, *Reframing subsidiarity inquiry from an «EU valed added» to an «EU non-encroachment» test*, [in:] M. Cartabia, N. Lupo e A. Simoncini (a.c.), *Democracy and subsidiarity in the EU*, Bologna 2013, 113–156.

⁷⁰ N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma–Bari 2006.

agente astorico. Un cosmopolita del consumo che “sembra essere a suo agio nella casualità di un *bargaining* quotidiano, dominato dalla tipica vocazione acquisitiva dell’*homo oeconomicus*”⁷¹. Nell’orizzonte interpretativo del “consumo” può essere letta anche la dilatazione apparentemente senza confini della sfera dei diritti e la marginalizzazione dal discorso pubblico – massimamente dal discorso pubblico europeo – della dimensione solidale dei doveri. I diritti universali dell’uomo – messo da parte ogni rilievo sulla loro effettiva consistenza giuridica⁷² – sono riferiti a un individuo scisso dalle proprie legature sociali, dalle proprie appartenenze, dalla responsabilità per la partecipazione attiva a una comunità politica. Da quegli elementi, insomma, che definiscono limiti di sistema alle posizioni individuali di interesse e permettono bilanciamenti più ragionevoli fra diritti individuali e doveri sociali.

Questa “sovranità consumeristica”, se può regalare un illusorio sentimento di onnipotenza⁷³, si rivela tuttavia una signoria infelice quando il sovrano-consumatore troppo si distacca dal proprio territorio, dalla propria cultura, dalle proprie radici⁷⁴. Quando prescinde, insomma, dalla società e dallo Stato. Il singolo, che dalla salda terrestre appartenenza alla *civitas* nazionale prendeva le mosse per elaborare una visione collettiva del bene comune e traeva il senso della propria responsabilità nell’impresa della convivenza, può trovarsi privato delle protezioni sociali, di quella rete di solidarietà pubblica e intersoggettiva che rendeva meno precario il cammino dell’esistenza. E scoprirsi ricco come mai prima di opportunità di vita e di spazi di libertà, e tuttavia privo di legature, solitario nello spazio vuoto lasciato dalla delocalizzazione del diritto e dalla decostruzione della forma statale e della sovranità come principio di unità politica⁷⁵. Un uomo senza più πόλις, perché animato da preoccupazioni e aspirazioni prevalentemente mercantili e debolmente legato a valori comunitari, diviene così *homo impoliticus*, consumatore del mercato globale

⁷¹ M. Terni, op. cit., 60.

⁷² Eccede nella conclusione, ma coglie un elemento di verità, W. Sofsky, *Rischio e sicurezza*, Torino 2005, 138 (trad. It. di *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt am Main 2005, 140 quando rileva che, fin quando non vi sarà uno Stato mondiale in grado di garantire piena ed effettiva tutela ai diritti dell’uomo, la “retorica” dei diritti umani sarà solo “un’arma morale che vorrebbe scalzare la saggezza tradizionale del diritto bellico”.

⁷³ R. Castel, *L’insecurité...*, 22 parla di “*survalorisation*” dell’individuo.

⁷⁴ R. Sennett (1998), *L’uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano 2006 (tit. orig. *The corrosion of character: the personal consequences of work in the new capitalism*, London 1998); S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra, Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Bologna 1999, 32.

⁷⁵ Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, VI ed., Milano 2015 (trad. it di *In search of politics*, Cambridge 1999); sulla riduzione delle legature sociali come riflesso dell’incremento delle opportunità di vita conseguenti alla globalizzazione, già insisteva R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, Roma-Bari 1994.

prima ancora che cittadino. Isolato e fragile, l'uomo globale può diventare allora facile preda delle illusioni e degli incantesimi del consumo idolatrico, nuova religione di massa di un mondo post-metafisico.

Mentre nelle città-Stato della Grecia classica la marcata prevalenza dei valori collettivi su quelli individual-egoistici portava dimensione privata e dimensione pubblica ad accostarsi fin quasi a confondersi "e a riassorbire le identità e volontà individuali in vista dei totalizzanti fini politici della *polis*"⁷⁶, nelle società dell'edonismo consumeristico accade piuttosto il contrario: tutto è privato, tutto è singolare, particolare e irripetibile. L'uomo si sradica dalla propria cittadinanza, dai legami sociali e dai doveri che questa comporta (in primo luogo il dovere fiscale), per cercare ospitalità e accoglienza negli Stati che offrono le condizioni più confortevoli alla propria attività commerciale o finanziaria. La "cittadinanza economica" lo porta dove si realizzano le condizioni di maggiore vantaggio e, nei casi di conflitto con la cittadinanza politica, può essere a questa preferita. Il caso dell'attore Gerard Depardieu, che acquisisce la cittadinanza russa rinunciando a quella francese per sottrarsi all'imposta sulla ricchezza introdotta dal Governo Hollande è emblematico del dominio della dimensione economica su ogni altra sfera di vita e della perdita di senso politico della cittadinanza, che talvolta, come nel caso illustrato, si riduce alla titolarità di un passaporto.

Oscuramento dei criteri di legittimazione del diritto connessi al principio di territorialità

I criteri di legittimazione del diritto legati al principio di territorialità e ai valori sostanziali della partecipazione civica, della rappresentanza, dell'autovincolatività democratica (il principio di legalità e la riserva di legge) cedono il posto, nello spazio normativo globale, a criteri di legittimazione di tipo procedurale che si dissociano dal principio di territorialità e da meccanismi di produzione politica del diritto. Quale criterio generale di misurazione della legittimità degli atti giuridici si afferma infatti il *Rule of Law*, declinato in una serie di requisiti procedurali (*fairness, due process*) che lasciano sullo sfondo il problema se decisioni collettive pubbliche incidenti sulle libertà o comunque su beni essenziali per la vita sociale siano riferibili a istituzioni "sitate", rappresentative di interessi radicati in territori, e rispondono unicamente al quesito se la limitazione dei diritti sia ragionevole e proporzionata⁷⁷.

⁷⁶ M. Terni, *Stato...* 18.

⁷⁷ Nel campo del diritto UE questa nozione di *Rule of Law* è quanto mai vaga. Nota I. Ward, *Europe and the "Principles" of article 6*, "King's College Law Journal" 2000, 11(105), 107 ss., 109: "There is no coherent concept of a rule of law in the new Europe, because neither the judges nor the politicians

L'affermazione del *due process* è stata, in effetti, favorita dalla diffusione davvero planetaria del controllo di proporzionalità e del bilanciamento come tecniche giudiziali di composizione fra principi e interessi contrapposti⁷⁸.

Nel sorgere di modalità di garanzia universalmente riconosciute può vedersi, sia pure in forma abbozzata, il nucleo fondativo di un *costituzionalismo globale* che affida a organismi non territoriali la tutela contro gli abusi del potere di Stati e operatori privati. Affiorano “isole di legalità” – come le definisce Gaetano Silvestri⁷⁹ – nel mare del diritto globale; e sottraggono ambiti crescenti alla deregolazione e all'arbitrio, ponendo vincoli giuridicamente azionabili alle forme vecchie e nuove di potere. Di questi, pur importanti e promettenti istituti di garanzia, non vanno però occultati i limiti e le lacune. A parte il rilievo che lo schema di giudizio della proporzionalità, in ciascuno dei passaggi nei quali si articola, incorpora valutazioni ampiamente discrezionali ed espone perciò al più elevato soggettivismo, va detto che esso tende a tradursi in imperativi di carattere formale (trasparenza, obblighi di motivazione e di partecipazione al procedimento) che non pongono alcun certo e indeclinabile limite sostanziale alla compressione dei diritti⁸⁰. Regole procedurali applicate sotto la riserva del contingente e quindi mutevoli (perché non esistono *definitional balancing* e ogni bilanciamento è necessariamente casistico) rischiano così di realizzare un'eterogenesi di fini rispetto al loro obiettivo dichiarato di accrescere il livello di protezione dei diritti e quindi di offrire tutela, prima di tutto, ai soggetti deboli della globalizzazione. Come aveva intuito Franz Neumann nel 1937, un diritto consistente in un insieme di principi procedurali applicati secondo schemi logici “flessibili” si dispone ad aggiustamenti transattivi generalmente più vantaggiosi per quella delle parti in conflitto che dispone delle maggiori risorse relazionali,

dare to venture what it might be”. Tra le pronunce che hanno rilevato una violazione della riserva di legge in ambito UE la più famosa è il *Lissabon Urteil* del Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 113, 273 ss.).

⁷⁸ Si segnala il XXV volume dello *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle* 2009, Marseille 2010, che ha raccolto attorno tema *Le juge constitutionnel et la proportionnalité* i contributi di studiosi provenienti da ogni parte del globo, dal Brasile all'Egitto, dal Giappone al Kuwait, passando per il Sud-Africa e gli Stati Uniti, oltre ovviamente all'Europa. Fra le monografie più complete e profonde sulla proporzionalità, si raccomandano A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitation*, Cambridge 2012; S. Cognetti, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011.

⁷⁹ G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Costituzionalismo e Globalizzazione*, Annuario AIC 2012, Napoli 2014, 152.

⁸⁰ Per una ficcante critica alla struttura logica del controllo di proporzionalità e alle sue “patologie”, T. Endicott *Proportionality and Incommensurability*, [in:] G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge 2014, ora disponibile in italiano con il titolo *Proporzionalità e incommensurabilità*, [in:] G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna 2016, 287 ss., e max. 309 ss.

culturali, economiche, di influenza⁸¹. Un diritto molto *principled* e prevalentemente giurisprudenziale, come tende ad essere questo “diritto costituzionale globale”, potrebbe rivelarsi più il diritto delle multinazionali che dei soggetti economicamente e socialmente deboli, che trovano invece nella rigidità applicativa della regola la più forte garanzia che il loro *handicap* non si trasporrà in un fattore di debolezza sul piano giuridico (e giudiziale).

Mutamento dei tradizionali criteri di legittimazione della normatività nel diritto globale a-territoriale

La normatività del diritto a-territoriale globale riposa sempre più sull'effettività e sulla consuetudine, anziché sulla legittimazione democratica. Quando la produzione del diritto non ripete più la sua legittimazione dalla territorialità democratica (cioè dall'essere riferibile a un luogo di esercizio della democrazia politica), i criteri di validazione dominanti sono l'efficienza funzionale, l'economicità, e in definitiva l'effettività, che pone ai margini il principio di legalità⁸².

Rapporti di vita, negoziazioni, relazioni commerciali, scambi avvengono al di fuori della sfera di norme generali e astratte, senza dunque la mediazione e selezione degli organi di direzione politica degli Stati, sulla base di patti di natura privatistica; e si avviano prassi contrattuali in assenza di diritto (come accade nei *grey markets*), che piuttosto arriva dopo, quando quelle forme di regolazione del mercato hanno guadagnato consenso e visibilità. Si tratta di un diritto formato per lo più di clausole generali, in cui il principio di buona fede e il valore correttivo dell'equità assolvono alla funzione di chiusura simile a quella svolta, nel diritto costituzionale interno, dal principio di ragionevolezza. Un diritto che si alimenta di fonti variegata, ma accomunate tutte dal loro carattere *bottom-up*, ossia dal loro nascere dal caso e per il caso per stabilizzarsi progressivamente e divenire universali con l'uniforme reiterazione: gli usi del commercio internazionale, la giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali e i modelli contrattuali di maggiore impiego nella prassi internazionale. Il diritto globale si forma a contatto con la vita in un processo di continuo affinamento e di verifica empirica costante in ordine alla sua efficacia e funzionalità rispetto alla soluzione dei problemi pratici da fronteggiare e, per il tramite degli arbitrati internazionali, prevale su norme imperative del diritto nazionale. A ciò deve aggiungersi che, in mancanza di una regolazione disposta da specifiche

⁸¹ Lucide intuizioni in F. Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, [in:] idem, *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt am Main 1937.

⁸² Fra i primi a sviluppare organicamente questa riflessione, F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna 2003, 229 ss.

autorità nazionali di settore, la *lex mercatoria* “assume una funzione regolativa e redistributiva”, senza tuttavia essere riferibile, neppure in via indiretta, a criteri di legittimazione democratica⁸³. Soggetti privati, operanti in specifici ambiti del mercato, si autoimpongono condizioni contrattuali che hanno rilievo non meramente personale e sinallagmatico, ma “pubblicistico”, offrendosi come generale norma di regolazione di quel dato segmento di mercato globale, senza trarre da altro la forza giuridica e la legittimità delle norme poste, se non dall’uniformità e reiterazione delle prassi concordate.

Norme consuetudinarie così formate, nello spazio deterritorializzato del mercato globale, vengono a loro volta riprese e validate dalle giurisdizioni statali e, in un gioco di reciproci rimandi, trovano applicazione in una pluralità di giurisdizioni nazionali, tanto da dare forma a un diritto consuetudinario globale. A questo diritto consuetudinario trans-statuale, che è già molto presente nell’ambito del diritto commerciale e privato, ma guadagna spazio anche nel diritto pubblico (in particolare amministrativo), gli Stati tendono ad uniformarsi, specie quando la regolazione nazionale è carente o inadeguata, o potrebbe essere adottata solo a prezzo di scelte politiche controverse e divisive. Anche lo Stato, come le compagnie commerciali e i privati, risponde pragmaticamente ai complessi problemi regolatori del mercato globale e misura in termini di efficienza economica la propria convenienza a opporre il quadro regolatorio nazionale, risultante da scelte politiche, a quello derivante dalla “pubblicizzazione” e universalizzazione di regolazioni privatistiche spontaneamente assunte dagli operatori del mercato.

Il riflesso ultimo di questa tendenza alla continua contrattazione e regolazione caso per caso, sulla base di una cooperazione istituzionale sistemica, è la conquista di terreno dell’accordo privato e della decisione giudiziale in danno della legge. Si moltiplicano in effetti gli ambiti nei quali la sentenza e il contratto (nella forma della *lex mercatoria* recettiva di usi commerciali o dei grandi arbitraggi internazionali mediati dalle *law firms*) tendono a prendere il posto della deliberazione politica. Ne risulta posto in discussione uno dei principi di struttura degli ordinamenti di *civil law*: l’idea che la decisione collettiva pubblica esibisca una forza razionale e possieda un valore morale superiori rispetto alla scelta individuale concreta.

La crescita della forma contrattuale e soprattutto della decisione giudiziale a scapito della legge è del resto comprensibile. Da una parte, la forma giuridica che maggiormente si presta a varcare i confini della territorialità statale e disporsi ad un uso globale è quella giurisdizionale. Dall’altra, il contratto e la sentenza appaiono più adatte dei precetti generali e uniformi della legge a confrontarsi con sistemi caratterizzati da un pluralismo esasperato. Tanto il contratto, quanto la sentenza,

⁸³ A. Di Martino, op. cit., 360.

pongono difatti gli attori in campo nella loro singolarità ed elaborano soluzioni valide caso per caso, insuscettibili di definire stabili ordinazioni gerarchiche fra gli interessi e i principi che vengono di volta in volta in rilievo. Disattivano, perciò, il conflitto ideale che al contrario deflagrerebbe se quelle stesse posizioni divergenti dovessero essere accordate a livello di principio, in testi legislativi dotati di effetti generali.

Vi è chi plaude a questa trasformazione del diritto contemporaneo, che vede la contaminazione di moduli di stampo anglosassone con istituti e modelli di formazione del diritto tipici della tradizione di *common law*; e la considera il segno di un superamento del diritto rigidamente positivista, che era stato edificato attorno all'idea dello Stato nazionale e che non sarebbe più adatto a uno Stato costituzionale aperto e cooperativo (*Offene Verfassungsstaat*) che si connette ai circuiti transnazionali di formazione del diritto e fa dell'interdipendenza funzionale la sua regola aurea⁸⁴. In questa prospettiva, è fisiologico che le aspettative di funzionalità e di efficienza del sistema, nello Stato post-nazionale della globalizzazione, si indirizzino più nei confronti degli attori giurisdizionali, dei regolatori indipendenti, che delle istituzioni politiche rappresentative.

Non mancano però le voci critiche di quanti replicano che i *big regulators* della *big society* globale sono funzionari statali, magistrati, operatori di *law firms*, comunque soggetti detentori di un potere cui non corrisponde alcuna forma di responsabilità. E riflettendo specificamente sul sistema europeo, dove pure la "legge" (intesa come il "diritto derivato") non è in piena consonanza con i principi – la divisione dei poteri e la legalità – che stanno a fondamento dello Stato di diritto formale, vi è chi paventa il rischio che la crisi del diritto di formazione politica, a livello interno e a livello europeo, comporti un "rischio di civiltà per l'Europa in quanto tale e la sua eredità culturale"⁸⁵.

Il problema vero sembra essere che il Politico, mentre perde il suo radicamento nella territorialità statale, non muove verso altro luogo nel quale trovare albergo, ma sembra quasi disperdersi, divenire inafferrabile. La scomparsa dei tradizionali luoghi di formazione democratica delle decisioni non si accompagna all'individuazione di arene di partecipazione e discussione democratica – e dunque di integrazione politico-sociale – analoghe a quella statale. E si registra un non compiuto allineamento

⁸⁴ Fra i molti rappresentanti di questo indirizzo di pensiero, basti il rinvio a Sabino Cassese e ai numerosi scritti in cui ha dato il suo contributo all'edificazione della nozione stessa di diritto globale. Si vedano almeno: S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009; idem, *La globalizzazione del diritto*, Roma-Bari 2003; idem, *Oltre lo Stato...*; idem, *The Globalization of Law*, "Journal of International Law and Politics" 2005, 37(4), 973 ss.; *Territori e potere*, in cui peraltro prende atto della ripresa di ruolo degli Stati e della rivincita dei territori.

⁸⁵ Così A. Carrino, *Il suicidio dell'Europa*, Modena 2016, 49.

del principio democratico con la logica dei *non luoghi*, sicché, se il vecchio sovrano statale appare ogni giorno più incanutito e vicino all'abdicazione, non si intravede ancora un nuovo sovrano che possa prendere le redini. Guadagna, insomma, crescente forza esplicativa la notazione di Massimo Luciani, secondo la quale le tecnostrutture del diritto globale sarebbero capaci di mostrare solo forza distruttiva delle antiche categorie statuali, non già forza costitutiva di un nuovo νόμος democratico⁸⁶.

La prassi della teoria: il “territorio europeo” come problema. Lo spazio europeo fra interno ed esterno e il paradosso della “politicizzazione” delle Corti costituzionali

Le tendenze alla despațializzazione del territorio statale, che sono state illustrate nei paragrafi precedenti, sono vieppiù accentuate nello specifico contesto europeo, che della modernità giuridica è il più avanzato modello. In Europa, infatti, si sta compiendo nella sua forma più raffinata, e più densa di problemi, il tentativo di organizzare lo spazio politico senza ricorrere al paradigma territoriale, cioè superando l'associazione – tipica del Moderno – tra forma delle organizzazioni politiche sovrane e territorialità. La riflessione sul “territorio” europeo è dunque il luogo dell'incontro fra modernità e postmodernità giuridica, la fucina di nuove categorie analitiche, e al contempo il più severo banco di prova delle complesse questioni teoriche che si intrecciano con il tema che ci occupa.

Già sul piano squisitamente geografico, l'individuazione del confine del territorio europeo si presenta disagevole. L'Europa è infatti uno spazio privo di delimitazioni naturali e per ciò stesso mutevole, in continua trasformazione, sicché è acuta la difficoltà di tracciare un confine universalmente accettato fra Europa e Asia, unici fra i continenti a non essere delimitati da confini o barriere naturali atti a porsi come linee di cesura, aree di transizione geografica e politica. Mentre la demarcazione topografica tradizionale fa coincidere il *limes* europeo con la catena degli Urali e con l'area dei boschi del Pripet, una scuola di ispirazione panslavista ne fissa i confini tra il golfo di Finlandia e il lago Pejpus fino a giungere al delta del Danubio. E nella stessa partizione fra un'Europa dell'Ovest e un'Europa dell'Est riecheggia ancora la divisione del tutto artificiale, e non geografica, che gli accordi di Yalta imposero al Vecchio continente e che porta tuttora a considerare Paesi “dell'Est” Nazioni come la Slovenia o la Serbia che pure sono geograficamente più a Ovest della Svezia, al contrario ascritta senza esitazioni all'Europa occidentale.

⁸⁶ M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, “Riv. dir. cost.” 1996, 129, nt. 20.

Quanto basta per guadagnare la conclusione provvisoria che la posizione stessa del confine è intrisa, con riguardo al continente europeo, di politicità e di ideologia.

Non minori difficoltà incontra la declinazione, nell'ambito della UE, della nozione di territorio. L'Unione europea non dispone giuridicamente di un proprio territorio, ma fa rinvio, per la determinazione di esso, al diritto costituzionale interno degli Stati membri, oltre che al diritto internazionale, alla stregua del quale sono segnati i confini territoriali dei singoli Stati (art. 52 TUE, art. 355 TFUE)⁸⁷. Un rinvio ai territori nazionali opera anche per la definizione di due tra i più importanti corollari dell'appartenenza a uno spazio politico: la cittadinanza e il diritto di voto. Sia la cittadinanza europea, riconosciuta a "chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro" (art. 20 TFUE⁸⁸), sia l'elettorato attivo e passivo per le elezioni del Parlamento europeo sono infatti derivazione automatica dei corrispondenti *status* nazionali, senza che la normativa comunitaria ponga alcun requisito minimo o ulteriore⁸⁹. L'Unione europea, in breve, è *somma* di molti e diversi luoghi della politica nazionali, non *luogo unitario* della politica europea.

⁸⁷ Di territorio si parla nel TUE e nella Carta dei diritti fondamentali con esclusivo riguardo ai territori di Stati nazionali, non anche della UE. Così accade negli 21; 23; 35; 42, paragrafo 7; 43; 45, lett. b 2 d; 49, 50, par. 2, lett. d, e, f e par. 3; 55, paragrafo 2; 79 parr. 4 e 5; 88 par. 3; 89; 91, par. 1 lett. a; 111; 153, par. 1 lett. g); 172 par. 2; 199; 200; 201; 222; 299; 343; artt. 45 e 46 CDFUE.

⁸⁸ L'art. 20 TFUE prevede pure che «La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in Robert Schuman Center for Advanced Studies, Working papers 2010/60, 21, trae dal carattere meramente addizionale della cittadinanza europea rispetto a quella nazionale la conseguenza che essa sia priva di autonomo valore. Valorizza invece il medesimo carattere A. Schrauwen, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at all?*, "Maastricht Journal of European and Comparative Law" 2008, p. 55 e ss., il quale rileva: «If Union citizenship is additional to national citizenship, then there might one day be Union citizenship without national citizenship». Sulla cittadinanza dell'Unione come status fondamentale dei cittadini degli Stati membri, cfr. CGUE, sent. 20 Settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*. V. anche la risoluzione del Parlamento europeo del 14 giugno 1991 sulla cittadinanza dell'Unione europea (lett. F).

⁸⁹ La Corte di Giustizia si è espressa, tuttavia, nel senso che sono inaccettabili criteri di attribuzione della cittadinanza che violino il principio di non discriminazione (sent. 15 giugno 1978, C149/177, *Airola*) e ha definito i criteri che gli Stati membri devono rispettare nel revocare la cittadinanza nazionale, in considerazione delle conseguenze che ciò può determinare sulla cittadinanza europea (sentenza 7 luglio 1992, C-396/90, *Micheletti e altri vs Delegacion del Gobierno en Catabria*; sent. 2 marzo 2010, C-135/08, *Janko Rottmann vs Freistaat Bayern*). Nella sentenza 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, la Corte di Lussemburgo ha costituito il diritto di cittadinanza dell'Unione come diritto in sé, senza derivarlo dal diritto di circolare e soggiornare liberamente nei territori degli Stati membri e ne ha fatto la premessa per il godimento effettivo dei diritti fondamentali proclamati nella Carta di Nizza e nella CEDU (nella specie, il diritto di minori cittadini europei a non essere allontanati da genitori privi di permesso di soggiorno e di lavoro). La lettura espansiva della cittadinanza europea prospettata da *Zambrano* è stata in parte ridimensionata nella successiva sentenza *McCarthy* (sent. 5 Maggio 2011, C-434/09, *McCarthy*).

Lo spazio europeo viene in considerazione in modo unitario in ambito UE solo sul versante delle politiche di “coesione economica, sociale e territoriale” (art. 3, par. 3 TUE), obiettivo ritenuto “di vitale importanza per il pieno sviluppo e il durevole successo dell’Unione” (come si legge nel Protocollo n. 28 al TFUE) e ambito affidato alla competenza concorrente (art. 4, par. 2 lett. c TFUE; titolo XVIII TFUE).

Risulta evidente, già da questi rapidi cenni, che il “territorio” comunitario ha un carattere non originario, ma derivato, e oltre tutto differenziato a seconda del rispettivo ambito di applicazione dei diversi Trattati. Non può pertanto parlarsi, a rigore, di un territorio unionale e resta priva di senso ogni attribuzione all’Unione europea, come soggetto del diritto internazionale, della sovranità territoriale, sussistendo tale sovranità solo in capo ai singoli Stati membri. Per un verso, la nozione di sovranità territoriale è esposta alla consunzione del tempo e al mutare delle condizioni teoriche che ne hanno definito i contorni tradizionali; per altro verso non sono state ancora proposte convincenti categorie dogmatiche ed analitiche che permettano di comprendere la particolare “modernità” della sovranità territoriale europea. Può solo dirsi che la dissociazione – sul piano della dottrina dello Stato – fra sovranità territoriale e ambito di esercizio della sovranità ha posto le premesse per la disarticolazione del “potere sovrano europeo” in una gamma di competenze che convivono nello stesso spazio terrestre con attribuzioni parimenti sovrane degli Stati membri, consentendo di accantonare il problema costituzionale della statualità dell’Unione e del necessario dominio di un territorio quale tratto ed elemento costitutivo degli ordinamenti politici sovrani. L’Europa-Unione è perciò “Ordnung senza Ortung”⁹⁰.

In questa chiave di analisi rivela un profondo significato ideale e culturale la scelta della normativa europea di non ricorrere al termine “territorio” per definire il campo di estensione della disciplina europea, ad esso preferendo quello di “spazio comune” (artt. 3, 8, 12, TUE e art. 4, 26, 67–80, 170, TFUE). Nonostante l’apparente vicinanza dei termini, fra territorio e spazio corrono difatti rilevanti differenze concettuali.

Il territorio – lo si è sopra osservato – è un prodotto della cultura e quindi un “palinsesto”, secondo la felice metafora di André Corboz, risultante da stratificazioni successive di riti, costumi, sentimenti collettivi, tradizioni⁹¹. Non spazio vuoto e *tabula rasa*, ma realtà storica concreta.

Lo spazio è, invece, nozione astratta, emancipata dalla dimensione storica e impiegata piuttosto nell’universo delle scienze esatte. Non evoca una specifica localiz-

⁹⁰ Questa l’efficace sintesi di L. Mari, *Ordinamento, localizzazione, uniformità: quale nomos, dopo Schmitt, per l’Europa?*, “Teoria del diritto e dello Stato” 2011, 1–2, 76 ss.

⁹¹ A. Corboz, *Le Territoire...*, 14.

zazione e una determinatezza di confine⁹², ma una circolazione fluida, e frontiere porose e mutevoli. E così, appunto, vuole caratterizzarsi lo spazio comune europeo. Come spazio funzionale e non geografico, sganciato da identità storiche escludenti, permeabile, aperto al pluralismo e all'interculturalità, fondato sull'intreccio e l'interdipendenza di molteplici sovranità statuali insistenti sul medesimo ambito geografico. Un nuovo modello di spazialità politica che si ispira alla più estesa integrazione economica e culturale e che ha il suo asse portante, il suo principio di "costituzione materiale", nelle quattro libertà di circolazione (delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali) e nella conseguente eliminazione delle barriere e delle frontiere interne (art. 28 TUE).

La proposta – che è stata presente nel dibattito pubblico – di aprire lo spazio europeo alla Turchia è il segno manifesto dell'indipendenza del concetto dalla storia e dalla cultura, dalla tradizione e dalla religione. Siamo qui, come per l'imperatore cinese di cui narra Borges, al desiderio di rimozione della memoria insito nella posizione di un *limes* e alla svalutazione del valore originario e identitario dei territori, sostituiti con uno spazio artificiale, un "non-luogo".

L'unitario spazio geografico europeo – corrispondente alla somma dei territori degli Stati membri – si frammenta in differenziati spazi funzionali: lo spazio del mercato interno e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che si intrecciano a loro volta con lo spazio dell'area Euro. Il primo si configura come un vero e proprio spazio giuridico comune, privo di barriere e frontiere interne; diretto, per il tramite dell'armonizzazione e del ravvicinamento fra le legislazioni, ad eliminare ogni differenza di regolamentazione che sia di ostacolo alla piena fluidificazione del mercato libero concorrenziale.

Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia disegna invece l'ambiziosa traiettoria di sviluppo del processo di integrazione comunitaria proiettandolo verso gli ambiti finora più gelosamente custoditi dagli Stati sovrani: la politica criminale, la sicurezza, la giustizia. Prefigura l'istituzione di un nuovo ordine pubblico europeo che spingerebbe l'Unione fino alla soglia di un compiuto federalismo. Omogeneizzare, infatti, le politiche di prevenzione e repressione penale, di esecuzione giudiziaria, di sicurezza e presidio delle frontiere (è di questi giorni la proposta di istituire una guardia di frontiera europea comune, con funzioni di presidio della frontiera esterna e delle coste europee), significherebbe rinunciare al pieno ed esclusivo dominio nazionale su aspetti che toccano il cuore della sovranità statale.

⁹² Secondo il *Vocabolario on line* della lingua italiana della Treccani (www.treccani.it/vocabolario/spazio), lo spazio è: "il luogo indefinito e illimitato in cui si pensano contenute tutte le cose materiali"; per il *Dizionario Zanichelli*, Bologna 2005, *ad nomen*, la "entità illimitata e indefinita nella quale sono situati i corpi".

Comune ai due spazi considerati è la capacità di omologazione normativa che essi esercitano attraverso il principio del mutuo riconoscimento⁹³. Diverso, però, è l'effetto che la declinazione di quel medesimo principio produce nei due differenziati contesti di riferimento. Mentre, infatti, nello spazio del mercato esso amplia la sfera di diritti di coloro che vi accedono, avendo il fine di accrescere l'effettività e pienezza delle libertà economiche, nel secondo si pone a fondamento di politiche securitarie limitative dei diritti individuali⁹⁴, il che spiega come in questo ambito siano più forti le resistenze nazionali ad accettare una piena omogeneizzazione regolativa (come dimostra il ricorso non raro all' 'arma' dei controllimiti da parte delle Corti costituzionali⁹⁵).

Così descritto, *in apicibus*, il disegno astratto, va pure detto che la sua attuazione non è priva di contraddizioni e di nodi irrisolti, specie per quanto si attiene allo spazio comune del mercato. In particolare, con la linea giurisprudenziale *Dassonville-Cassis de Dijon – Keck*⁹⁶, le norme a protezione della libera circolazione delle merci sono state considerate applicabili ad ogni regolazione nazionale idonea a porre ostacoli ingiustificati al libero mercato concorrenziale⁹⁷, ancorché prive di effetti discriminatori o protezionistici e quindi sono state estese anche a discipline nazionali dirette a finalità sociali, come quelle in tema di tutela dell'ambiente⁹⁸ o quelle rivolte a introdurre meccanismi di solidarietà sociale⁹⁹. Quest'interpretazione iperestensiva del libero mercato, che ha fatto coincidere ogni rottura dell'egualianza, anche se ragionevolmente giustificata alla luce di valori non mercantili, con una violazione della libera concorrenza, combinandosi con l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento e con l'imposizione di obiettivi stringenti di stabilità dei prezzi e di controllo delle politiche di bilancio, ha prodotto una potente

⁹³ Affermata in CGCE, sent. 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung fuer Branntwein (Cassis de Dijon)*, secondo il quale uno Stato membro non può impedire l'accesso al proprio mercato a merci e servizi la cui produzione è avvenuta in conformità alla disciplina vigente nel paese di origine. L'applicazione è stata generalizzata dall'Atto unico europeo del 1986.

⁹⁴ Condivisibili, profonde riflessioni sul punto in A. Di Martino, op. cit., 472 ss.

⁹⁵ Si fa riferimento alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco del 18 luglio 2005 (2 BVR 2236/04) nonché alla sentenza della Corte polacca P1/05 del 27 aprile 2005, entrambe aventi ad oggetto il mandato di arresto europeo.

⁹⁶ CGCE, 11 luglio 1974, causa C-8/74, *Dassonville*; sent. 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*.

⁹⁷ CGUE, 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione/Italia*; CGUE, 20 marzo 2014, causa C-639/11, *Commissione/Polonia*; CGUE, 21 settembre 2016, causa C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV*.

⁹⁸ CGUE, 7 febbraio 1985, causa C-240/83, *Oli usati*; CGUE 13 marzo 2001, causa C-379/98, *Preussen Elektra*; CGUE, 7 aprile 2011, causa C-402/09, *Ioan Tatu*.

⁹⁹ CGUE, 17 febbraio 1993, cause riunite 159/91 e 160/91, *Poucet c. Pistre*; CGUE, 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare*.

spinta deregolativa negli Stati membri¹⁰⁰. Quando infatti ogni regolazione pubblica, anche se rivolta alla protezione di beni e interessi collettivi e comuni non attribuibili alla logica mercantile, viene valutata nella sua funzionalità rispetto ai dettami del libero mercato, è fatale che lo spazio di intervento del legislatore nazionale si restringa e che venga ad essere assunta come *benchmark*, "archetipo" di regolazione pubblica la disciplina più liberale a livello europeo¹⁰¹. Si realizza così un effetto di simmetria inversa fra ambito nazionale e ambito europeo. Sul piano interno ogni misura anche indirettamente restrittiva della concorrenza si espone all'accusa di costituire un aiuto di Stato, e questo alimenta una tendenza alla deregolazione pubblica del mercato; nel contesto eurounitario, al contrario, per evitare ogni scostamento dall'uniformità, che potrebbe risolversi in una violazione della libera concorrenza, vengono poste discipline di estremo dettaglio, in una logica burocraticamente anelastica che pone talora il diritto in contrasto con il comune buon senso; i libri con la vita, come in quelle discipline che descrivono con minuzia degna di miglior causa la colorazione dei porri o la dimensione minima delle vongole¹⁰².

Alla fuga dalla regolazione, sul lato interno, corrisponde una tendenza alla pianificazione sul lato europeo

Lo spazio europeo è inoltre differenziato fra *esterno* (a) ed *interno* (b).

a) All'esterno, esso ha confini rigidi e saldamente presidiati, che assumono il significato proprio di una frontiera¹⁰³ sul piano geopolitico come su quello ideologico. Sul primo versante, l'Europa oppone un limite all'espansione terrestre della pan-idea eurasiatica di marca russa¹⁰⁴. Sul secondo versante,

¹⁰⁰ A. Di Martino, op. cit., 430.

¹⁰¹ A questa conclusione sarebbe giunta la Corte costituzionale nella sentenza n. 443/1997, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di norma che impediva ai produttori di paste alimentari di impiegare alcuni specifici ingredienti «nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita (...) l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea».

¹⁰² Si legge nel Regolamento CE 2396/2001 della Commissione del 7 dicembre 2001: "I porri devono presentare una colorazione bianca o bianco-verdastra su almeno un terzo della lunghezza totale o la metà della parte inguainata. Tuttavia per i porri primaticci, la parte bianca o bianco-verdastra deve costituire almeno un quarto della lunghezza totale o un terzo della parte inguainata". Forti polemiche ha suscitato l'Allegato III al regolamento (CE) della Commissione n. 1967/2006, del 21 dicembre 2006, che ha vietato la pesca di vongole di misura inferiore a 25mm, suscitando le proteste dei pescatori del Mare Adriatico, dove le vongole fisiologicamente non sono in grado di raggiungere quella dimensione.

¹⁰³ Delinea la differenza concettuale fra spazio e frontiera come linea di demarcazione tra civiltà e regimi giuridici, G. Lombardi, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio. Problemi costituzionali di storia del diritto*, "Dir. e soc." 1985, 51 ss.

¹⁰⁴ Nel pensiero di K. Haushofer, *Geopolitica delle pan-idee...*, 35, le pan-idee sono le strutture di mediazione tra nazioni e unioni di popoli.

il confine europeo traccia una cesura politico-ideologica, caratterizzandosi come uno spazio in cui i principi dello Stato di diritto sono posti quali norme generali di organizzazione politica ed è promossa la tutela giurisdizionale dei diritti umani.

In tal senso l'Unione si costituisce in una "comunità di diritto e di diritti" e si colloca nella posizione di un novello *Kat-hecon*, una forza frenante. Non più, però, identificandosi con la *res publica Christiana* di cui parla Schmitt nel *Nomos der Erde*, ma piuttosto ponendosi come ferro di lancia di un costituzionalismo repubblicano a vocazione cosmopolitica, che esercita una forza oppositiva rispetto a due modelli di organizzazione statale alternativi: a Est, quello russo, ancora sagomato sul calco dello Stato di potenza; a Sud quello islamista, che assegna il primato alla religione nel discorso pubblico e nell'organizzazione sociale.

- b) Sul fronte interno, lo spazio comune europeo, privo di frontiere, è omogeneo, isomorfo, uniforme, sganciato da ogni radicamento identitario e definibile in termini puramente normativistici – e dunque kelseniani – come sfera materiale di vigenza delle regolazioni UE. In quanto pura forma, esso è dotato di confini funzionali mutevoli, giacché la loro estensione (coincidente con l'estensione dello spazio giuridico comune) si dilata o si ritrae, abbraccia tutti gli Stati membri o ne lascia fuori taluni, a seconda del modo in cui sono applicati i principi che presidiano il riparto delle competenze fra Unione e Stati membri: la sussidiarietà, l'identità nazionale degli Stati membri, il margine di apprezzamento, il mutuo riconoscimento.

In presenza di una simile concettualizzazione, il problema della delimitazione interna di tale spazio fra Stati membri e Unione europea si traduce in una questione di "giurisdizione". A segnare i confini del territorio europeo sono le Corti costituzionali, che definiscono l'ambito di validità spaziale della norma europea concorrente con la norma interna e quindi sagomano lo spazio normativo, applicando, caso per caso, le regole flessibili che governano il riparto della giurisdizione fra interno (Costituzione) ed esterno (diritto UE).

Il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, incorporando nel controllo circa il rispetto della *identità costituzionale*¹⁰⁵ (*Identitätskontrolle*) la verifica sulla corretta applicazione

¹⁰⁵ BVerfGE 123, 267 ss.; sui controlli "di identità" e "Ultra-vires", si vedano in particolare i §§ 239–242 della sentenza. La premessa sulla quale riposta la pronuncia tedesca è evidentemente che l'identità nazionale tutelata nell'art. 4, § 2 TUE sia limite di carattere 'esterno' al processo di integrazione e, dunque, spetti allo Stato membro definirne i contenuti e provvedere in ordine alla sua tutela. Diversa l'opinione della Corte di giustizia UE, sent. 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, secondo la quale l'identità costituisce un limite

in sede europea del principio di sussidiarietà (*Ultra-vires-Kontrolle*) è stato il più conseguente nel rendere chiari i termini di questa *actio finium regundorum*; e seppure quella pronuncia non sia del tutto immune da un qualche narcisismo nazionalistico, l'inferenza logica che essa ricava dal primato dei principi supremi della Costituzione sulle norme europee (oltre che internazionali) non può dirsi giuridicamente errata¹⁰⁶.

I nuovi *agrimensores* dello spazio normativo europeo sono, dunque, le Corti supreme. E come nell'occidente medievale la definizione dei confini *non spaziali* fra le diverse *jurisdictiones* laiche e religiose insistenti sul medesimo territorio risultava dai loro conflitti, mediati dai giureconsulti¹⁰⁷, nella stessa misura lo spazio "territoriale" della normativa europea è segnato dai conflitti, più che dai dialoghi, fra le Corti.

Invero il principio di identità nazionale di cui all'art. 4, § 2 TUE, nel suo modo di funzionamento ordinario, relativizza il primato del diritto europeo ponendo un freno tanto a interpretazioni giurisprudenziali che eccessivamente svalutino – a favore delle competenze euro-unionali – il principio di attribuzione, quanto a bilanciamenti del legislatore europeo irragionevolmente squilibrati pro-UE¹⁰⁸. E' però soprattutto negli *hard cases*, nei momenti eccezionali di rumorosa frizione fra quadro normativo euro-unitario e assetto ordinamentale nazionale che si rivela la funzione decisiva delle Corti costituzionali. Attraverso la dottrina del margine di apprezzamento e di adeguamento, l'applicazione del *distinguishing* e la minaccia o l'attivazione concreta dei controlimiti¹⁰⁹, queste garantiscono il valore identitario,

'interno' al processo di integrazione, i cui contenuti spetta alle istituzioni comunitarie (e in definitiva alla Corte stessa) definire.

¹⁰⁶ La prevalenza dei principi supremi della Costituzione sul diritto comunitario, sul quale si fonda la dottrina dei controlimiti, è stata proclamata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 183/1973 (confermata, *ex multis*, dalle sentt. n. 170/1984, 1146/1988, 232/1989, 168/1991, 284/2007, 238/2014), e trae alimento dalla differenza concettuale fra *limitazioni* e *cessioni* di sovranità.

¹⁰⁷ Lo documenta F. Mazel, *Cujus dominus, ejus episcopatus? Pouvoir seigneurial et territoire diocésain (Xe–XIIIe siècle)*, [in:] idem (a cura di), *L'espace du diocèse...*, 213 ss.) con riferimento ai conflitti fra autorità religiose e autorità laiche.

¹⁰⁸ L'identità nazionale è fatta oggetto di tutela nell'art. 4, § 2, TUE, ma anche dell'art. 67 TFUE, che obbliga l'Unione al rispetto dei diritti fondamentali e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

¹⁰⁹ Applicazioni recenti di tale dottrina possono considerarsi: le decisioni del Bundesverfassungsgericht del 15 dicembre 2015 (BVR 2735/1) e del 18 luglio 2005 (2 BVR 2236/04) nonché la sentenza della Corte polacca P1/05 del 27 aprile 2005 sul mandato di arresto europeo; le sentenze della Corte della Repubblica ceca Sugar Quota III e Eaw del 2006, oltre alle sentenze della medesima Corte sul trattato di Lisbona (Lisbona I del 2008 e Lisbona II del 2009); la pronuncia della *England and Wales High Court (Administrative Court)* nel caso *Thoburn vs Sunderland City Council* del 18 febbraio 2002. Sebbene tecnicamente non si configuri come opposizione di un controlimite, somiglia molto ad esso anche la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese 5 aprile 2013, n. 187 (Acórdão 187/2013). In Italia, un'attivazione dei controlimiti nei confronti del diritto dell'UE si rinviene nella sentenza Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207. La Corte costituzionale italiana, che si

culturale della territorialità democratica rispetto all'isomorfia uniformante del diritto europeo; preservano la specifica dimensione storica dei diritti, nel loro equilibrio sistematico. Raccordano, in breve, innovazione e tradizione.

I giudici costituzionali si scoprono così protagonisti di una sorta di *paradosso della politicizzazione*. Il controllo sulle leggi è stato concepito, infatti, come istanza di neutralizzazione rispetto alle logiche della dialettica politico-partitica e dunque come correttivo al principio maggioritario; ma ora che la ricerca di sedi di spoliticizzazione e di neutralizzazione si è spostata oltre l'orizzonte statale, insediandosi nella giurisdizione sovranazionale dei diritti, sono proprio le Corti costituzionali nazionali, incontrandosi e scontrandosi con le Corti europee, a far valere il legame del diritto interno con il principio di territorialità democratica, cioè con la sua dimensione politico-culturale e la sua specifica identità. Di qui l'apparente paradosso che le *impolitiche*¹¹⁰ Corti costituzionali tendono a porsi come gli ultimi, estremi difensori della *politicità* del diritto interno.

La crisi della spazialità europea e la rivincita dei territori

L'artificialità dello spazio territoriale europeo rappresenta la reazione all'affermarsi nel Novecento di concezioni etnico-identitarie del territorio che hanno funestato il "secolo breve", e appare la premessa necessaria per una concettualizzazione del rapporto fra spazio, sovranità, cittadinanza e diritti esterna al paradigma statualista e protesa verso un modello post-statale di costituzionalismo repubblicano a vocazione cosmopolitica. Un *Government without Statehood* di lontana ascendenza kantiana¹¹¹, fondato sull'assunto che la sovranità politica possa essere delimitata in maniera più efficace "condividendola", ovvero imponendo ad essa vincoli esterni

è finora limitata a prospettare la sussistenza di un controlimito comunitario dichiarando però l'inammissibilità della questione (sent. n. 232/1989), ha per due volte opposto principi supremi della Costituzione a obblighi di fonte internazionale (di natura pattizia e consuetudinaria) nelle sentenze n. 264/2012 e 238/2014. Nell'ord. 24/2017, con la quale ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea questione di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE, la Corte preannuncia peraltro l'innescio di un controlimito quando afferma che la propria interpretazione nel senso che sussista un impedimento per il giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata nella sentenza della Grande Sezione della CGUE 8 settembre 2015 nella causa C-105/14, *Taricco*, "se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità".

¹¹⁰ Come l'ha definita G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2005.

¹¹¹ Si veda I. Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795), trad. it. *Per la pace perpetua*, Milano 1991, 54 ss.

la cui attivazione resta affidata ad organi sovranazionali a prevalente composizione tecnocratica¹¹².

In effetti, mentre la funzionalità dei principi di struttura dello Stato di diritto nazionale (legalità, riserva di legge, divisione dei poteri) era affidata prevalentemente al legislatore e agli apparati di governo; al contrario, i valori di riferimento e i moduli organizzativi del costituzionalismo multilivello (la proporzionalità e ragionevolezza come generali istanze di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la sussidiarietà come regola dei rapporti fra autorità e libertà e al contempo come criterio di organizzazione dinamica delle funzioni pubbliche che supera le rigidità del riparto astratto di competenze; la dignità umana come formula riassuntiva e fondante i diritti della persona e i limiti giuridici all'azione statale) sembrano rimettere principalmente alle autorità giurisdizionali e all'alta burocrazia le *chance* di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano pertanto un coinvolgimento più diretto nell'attività di elaborazione del diritto. Non sorprende, dunque, che i soggetti finora rivelatisi indispensabili alla fluidificazione della complessa infrastruttura giuridica europea siano stati i giudici e i giuristi, più che i legislatori democratici e i popoli europei. In questi termini lo spazio comune europeo non è, per come è stato finora concepito, uno spazio di democrazia in senso stretto, ma piuttosto uno spazio nel quale si è imposto – ed è un fatto di cui non va disconosciuta l'importanza storica capitale – un livello minimo essenziale di costituzionalismo liberale, consistente nella tutela dei diritti fondamentali della persona. Proprio il disallineamento tra le forme democratico-partecipative nazionali e una costruzione europea ispirata a un costituzionalismo incompiutamente democratico (se non post-democratico *tout court*)¹¹³ spiega l'incomprensione e talora l'incomunicabilità fra quanti si affannano a cercare nell'Unione europea – senza ovviamente trovarli – istituti, forme e modelli di democrazia rappresentativa identici a quelli nazionali e quanti, proiettati fiduciosamente “oltre lo Stato”, lasciano però in un cono d'ombra il problema deliberativo-partecipativo del dispositivo istituzionale europeo¹¹⁴.

Nell'immediato dopoguerra era inevitabile che l'edificio europeo fosse eretto prevalentemente sulla base di decisioni di *élites* illuminate e tecnostutture burocratiche, lasciando le masse in posizione defilata. Una direzione oligarchica era essen-

¹¹² Cfr. W. Wallace, *Government Without Statehood. The Unstable Equilibrium*, [in:] H. Wallace, W. Wallace (eds), *Policy making in the European Union*, Oxford 1996, 439 ss.

¹¹³ Sul rischio che il liberalismo tecnocratico che prende forma nelle istituzioni europee possa rivelarsi foriero di un dolce autoritarismo, profondi rilievi in A. Somek, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, “Eur. Law Journal” 2005, 342 ss.

¹¹⁴ Un problema che molti studiosi ritengono sia sopravvalutato: per tutti, B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, “European Journal of International Law” 1998, 599 ss. e S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2006, 29 ss.

ziale all'avvio di un percorso che di troppo precorreva i tempi. Le ferite del conflitto mondiale, infatti, erano ancora "troppo aperte, troppo dolorose perché si potesse sperare che le collettività nazionali fac(essero) quello sforzo di cui solo gli individui superiori sono capaci, che consiste nel dominare i propri risentimenti"¹¹⁵. Così, senza passaggi costituzionali e senza scelte popolari dirette – almeno in Italia¹¹⁶ – la comunità economica è divenuta un'Unione e il mercato comune una comunità di diritti. Non sono mancate, specie fra i costituzionalisti, le voci critiche, soffocate tuttavia dal clamore dei successi indiscutibili del disegno europeo. Lo svolgersi del processo di integrazione ha infatti assicurato la pace, ha espanso le libertà e le opportunità individuali, ha accresciuto il benessere dei popoli europei, tanto che l'intuizione di pochi pionieri è divenuta oggi senso comune, e l'idea di un'Unione sempre più stretta dei popoli d'Europa è stata accettata come un dato imposto dalla necessità storica. Un piano inclinato che sembrava avere fino a pochi anni orsono l'incedere lento, ma inesorabile dei processi storici.

In questo scenario di pluridecennale progresso, le crisi finanziaria e migratoria hanno imposto un brusco risveglio; un inatteso confronto con il principio di realtà. Il clima politico e sociale è repentinamente cambiato e la tensione teorica fra territorialità democratica e spazialità europea è venuta assumendo i tratti di uno scontro storico, forse epocale.

L'ideale comunitario dell'assorbimento della territorialità nazionale nel più largo spazio europeo di diritto si contrappone infatti al richiamo potente al localismo, e in definitiva allo Stato nazionale, come sede tuttora più alta dell'azione politica, della democrazia partecipativa, della tutela integrata e olistica dei diritti fondamentali.

E quanti fra i costituzionalisti non hanno celebrato le esequie della territorialità statale assistono senza sorpresa alle dure repliche della storia. La serie ormai lunghissima di deroghe all'applicazione del Trattato di Schengen (Francia, Germania, Austria, Croazia, Repubblica Ceca, Svezia, Slovenia) il risorgere dei muri – *historia non docet* – in Ungheria, Bulgaria, Estonia, Lettonia, Lituania, a Calais come a Ceuta e Melilla, il *no* della Danimarca a una maggiore integrazione nella politica di giustizia e affari interni, il voto contrario della Vallonia all'accordo di libero scambio fra UE e Canada e quello dell'Olanda nel referendum consultivo per la ratifica dell'accordo di associazione UE-Ucraina, l'annunciata uscita dell'Inghilterra dalla CEDU, la

¹¹⁵ La citazione – che in originale è nel tempo presente – può trovarsi in A. Camus, *Il futuro della civiltà europea*, Roma 2012, p. 24–25 traduzione di *L'avenir de la civilisation européenne*, Paris 2008.

¹¹⁶ Altri Paesi hanno ritenuto al contrario di scandire le singole fasi del processo di integrazione attraverso l'introduzione in Costituzione di specifici *Europa-Artikeln*: si vedano, ad esempio, gli art. 23 e 24 GG tedesco; artt. 88/1–4 e 93 Cost. Spagna; art. 9, par. 2 e artt. 23 a–f; 34, 168 e 169 Cost. Belgio.

conclamata incapacità dell'Unione di tracciare una linea di azione comune riguardo all'attività massimamente politica: la guerra. Da ultimo, ma solo in ordine di enumerazione, Brexit, che ha impresso al corso storico una di quelle accelerazioni inaspettate che sono tipiche dei cambiamenti d'epoca.

E' consolatorio – ed emancipa dall'onere gravoso di analisi più sottili – squalificare questi fenomeni come prodotto di una subcultura populista e antipacifica che scommette sulla restaurazione di antiche barriere e reputarli solo il rozzo rigurgito di sovranisti irrazionali. Più utile è chiedersi se la ri-localizzazione del diritto e dei diritti non manifesti anche il disperato tentativo di "umanizzare" la globalizzazione, sottoponendone a un più stringente controllo democratico gli effetti sociali ed ecologici; e se, nello specifico contesto europeo, non si esprima nel ritorno alla terra anche una resistenza identitaria all'artificialità del diritto unionale, che condiziona ambiti di vita sempre più estesi senza assicurare l'integrazione sociale e politica propria del diritto di produzione nazionale, senza analoghi meccanismi di collegamento fra potere e responsabilità, lasciando la decisione politica in un campo di diffusa opacità.

In questo scontro fra l'isomorfia della spazialità politica europea e il variegato paesaggio culturale degli Stati membri, torna a riproporsi la domanda che formulava nel 1931 Karl Haushofer, uno dei padri della geopolitica moderna, ragionando su condizioni e possibilità di sviluppo di un modello di aggregazione territoriale fra Stati: "Che se ne può mai fare un grande disegno geopolitico dell'appoggio di burocrazie ed astrazioni giuridiche, se dietro ad esso non vi è davvero la forza propulsiva di un «popolo»"?¹¹⁷

Il tema non è certo nuovo, ma si pone nel momento attuale in termini alquanto diversi rispetto a quelli approfonditamente indagati da filosofi e giuristi di inarrivabile ingegno¹¹⁸. Tanto che, per evitare equivoci, sarebbe meglio definirlo problema "costituzionale" dello spazio politico europeo, anziché limitarsi riduttivamente a etichettarlo come questione del *deficit* democratico. In effetti è vano cercare un *δημος* comunitario socialmente omogeneo e culturalmente coeso che dia allo spazio comune europeo la dimensione di un vero territorio politico; e, a ben vedere, questa omogeneità (impossibile se non in prospettiva secolare) non è neppure strettamente indispensabile.

¹¹⁷ K. Haushofer, op. cit., 120.

¹¹⁸ Limitandoci davvero ai calibri massimi: D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa*, [in:] G. Zabrebel'sky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino 1997, 356 ss.; E.W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, ivi, 234 ss.; J. Habermas, *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, ivi, 369 ss.; idem, *La costellazione post-nazionale*, Milano 1999, nonché idem, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, [in:] G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna 2001, 153 ss.

La cittadinanza europea, infatti, non è il frutto della trasposizione a livello più alto dell'ideologia dello Stato-nazione che sta a fondamento della cittadinanza nazionale, ma il prodotto dell'universalismo dei diritti di matrice illuminista¹¹⁹. Ripensata alla luce del paradigma interculturale, essa si fonda sul riconoscimento e la protezione delle libertà in uno spazio comune ed esprime pertanto una forza inclusiva e integrativa conciliabile con le diverse identità – locale, regionale, nazionale – senza porsi in termini conflittuali rispetto ad esse, ma al contrario arricchendole, e dando vita a formule combinatorie diverse e feconde.

Da questo punto di vista, è innegabile che gli europei, senza rinunciare alle loro appartenenze nazionali, si considerino oggi cittadini di un'autentica "cosmopoli dei diritti"¹²⁰ e che si sia perciò inverata sul Vecchio continente la premessa da Immanuel Kant considerata necessaria per la pace universale: che "la violazione di un diritto commessa in *una* parte viene risentita in *tutte*"¹²¹. Del pari è fuori dubbio che il crescente nomadismo di *élites* intellettuali e l'avviarsi di una comunicazione pubblica transnazionale sprovvincializzino le affiliazioni territoriali e diano un respiro europeo e un orizzonte continentale alle giovani generazioni e comunque ai cittadini culturalmente più emancipati.

Non di meno, è da chiedersi se l'esercizio delle libertà in uno spazio geografico unitario e la pratica delle condizioni procedurali dello Stato di diritto (il *rule of law*) siano sufficienti a costituire un *idem sentire* dei popoli d'Europa apprezzabile sul piano politico (non su quello meramente cultural-sentimentale) e a dare forma ad una vera comunità politica europea.

A suscitare perplessità non sono tanto gli studi secondo i quali la cultura e l'identità politica individuali sono ancora profondamente legate a rappresentazioni collettive etno-territoriali di tipo localistico¹²²; né la presa d'atto che la "generazione Erasmus" e la borghesia intellettuale cosmopolita non hanno energie sufficienti per diventare culturalmente e politicamente egemoni; e neppure la constatazione che l'opinione pubblica europea è ancora evanescente, tanto che di essa si potrebbe affermare – parafrasando quel che Antonio Tabucchi fa dire al Professor Silva nel

¹¹⁹ P. Ridola, *I diritti di cittadinanza, il pluralismo ed il "tempo" dell'ordine costituzionale europeo. Le "tradizioni costituzionali comuni" e l'identità culturale europea in una prospettiva storica*, "Dir. rom. att." 2003, 9, 111 ss.

¹²⁰ Ma si veda A. Carrino, op. cit., 149, che polemicamente la ridenomina "cosmopoli dei buoni sentimenti".

¹²¹ I. Kant, *Per la pace perpetua...*, 69 (corsivo in originale).

¹²² Si veda sul punto la ricerca curata da A. Ait Abdelmalek, *Le Territoire: Entre l'Europe et l'Etat-Nation*, Paris 2006; e in particolare ivi, idem, *Cultures de l'espace: mono-territorialité et pluri-territorialité*, 23 ss.; nonché M.N. Sarget, *De l'identité locale à l'identité européenne: une mutation?*, 55 ss., 60, che chiosa: "L'identité européenne, à défaut d'être "pour", a-t-elle besoin d'être "contre", contre un ennemi qu'il faudrait peut-être inventer de toutes pièces?".

suo più celebrato romanzo – che “è un trucco che hanno inventato i funzionari di Bruxelles”¹²³!

Ad addensare i dubbi sull'esistenza di una comunità politica europea – e di una cittadinanza non meramente esornativa, ma pregna di significato – è piuttosto il fatto che una comunità, quando non trovi la sua genesi in miti fondativi o in conquiste militari, in prese di possesso spaziali, in un'omogeneità culturale nutrita dalla comunanza di lingua e di storia¹²⁴, non può formarsi se non è plasmata da un'intensa azione politica. Ce lo ricorda Thomas Mann nel racconto – *Das Gesetz* – in cui mostra come Mosè riconduca le sparse tribù d'Israele ad unità politica imponendo ad esse regole uniformi e caratterizzanti la loro specifica identità, assoggettandole a una comune responsabilità e a reciproche obbligazioni¹²⁵. Il popolo, se non è realtà sociologica preesistente allo Stato, deve essere costruito politicamente istituendo fra gli uomini legami solidaristici, mettendo in comune doveri e rischi, avvicinandoli in una comunità di destino.

Sotto questo profilo, occorre ammettere che un'autentica collettività politica europea è ancora largamente da edificare e anzi che l'Europa ha finora mancato l'appuntamento che la storia ha offerto di cominciare a costruirla sostituendo il principio di solidarietà “federale” alla logica dell'interesse nazionale. Il percorso tracciato ambiziosamente dal Trattato costituzionale e poi dallo stesso Trattato di Lisbona, che ha valorizzato alcuni elementi solidaristici (artt. 2, 3, 21 TUE; art. 9 TFUE¹²⁶), ha fatto segnare infatti brucianti battute d'arresto e, da ultimo, vere e proprie retromarcie, in occasione della crisi dei debiti sovrani.

Il confronto in chiave storica con gli Stati Uniti, grande esperienza fondativa di un'Unione interstatale, è drammaticamente illuminante, per non dire impietoso. Nel 1789, per fronteggiare la crisi del debito che opprimeva la giovane Confederazione, George Washington adottò il *Tariff Act*¹²⁷, prima forma di raccolta federale

¹²³ A. Tabucchi, *Sostiene Pereira*, XLI ed., Milano 2016, 64. La citazione originale suona: “è un trucco che hanno inventato gli anglosassoni”.

¹²⁴ A. Carrino, op. cit., 113 dubita che la “cultura europea” possa servire da collante, perché essa gli pare il frutto di una costruzione artificiale, assai più che consistere nel riconoscimento di una realtà pre-esistente da rispettare, conservare e sviluppare.

¹²⁵ T. Mann, *Das Gesetz*, 1944, tradotto in italiano con il titolo *La legge*, Milano 1997.

¹²⁶ Quest'ultimo articolo, che impegna l'Unione a tenere conto delle esigenze connesse alla “garanzia di un'adeguata protezione sociale”, è stato considerato una clausola sociale o meglio “di non regresso sociale”, protettiva di un livello di Welfare adeguato (così G. Bronzini, *Le misure di austerità e la giurisprudenza “multilivello”. Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna?*, “Questioni di giustizia” 2015, 3, 87 ss.

¹²⁷ Il *Tariff Act*, noto anche come *Hamilton Act*, promulgato dal Presidente George Washington il 4 luglio 1789, traeva fondamento dalla competenza attribuita al Congresso degli Stati Uniti dall'art. 1, Sect. 8 della Costituzione “to lay and collect Taxes, Duties, Imports and Excises” e “to regulate Commerce

di risorse tributarie, e impiegò il consistente gettito ricavato in funzione perequativa, così segnando un passaggio decisivo verso una «*more perfect union*». Tanto che, circa un secolo più tardi, James G. Blaine, *leader* repubblicano che fu presidente della Camera dei rappresentanti e candidato alle elezioni presidenziali del 1884, definì quell'atto una sorta di "seconda dichiarazione di indipendenza". Duecentoventi anni dopo, dinanzi a una crisi analoga, l'Unione europea ha scelto il percorso inverso: non ha "federalizzato" le entrate in funzione solidaristica e redistributiva, ma accentrato il controllo sulla spesa nazionale, imponendo ai Paesi debitori un'austerità non sempre giustificabile sul piano tecnico-economico¹²⁸, con ciò indebolendo le già deboli protezioni sociali per gli strati più sofferenti della popolazione.

La crisi del debito, doppiata e rafforzata dall'emergenza migratoria, hanno reso evidente che l'Europa si è venuta costituendo come uno spazio comune di diritti, di libertà ed eguaglianza formale, ma non è stata finora capace di fornire un'adeguata elaborazione culturale e normativa al principio solidaristico, versione moderna della *fraternité* rivoluzionaria¹²⁹. Non sono state compiute scelte politiche dirette alla formazione di una comunità di popoli. Conviviamo, di certo, nello stesso spazio fisico in un intreccio inestricabile di cointeressenze economiche, geopolitiche, strategiche, persino militari. Eppure la crisi che attraversiamo ci ha reso consapevoli che una collettività di liberi viaggiatori e di felici consumatori, o per meglio dire di individui che esercitano diritti in un'area comune, è ben lontana dall'essere una comunità politica. Questa infatti ha il suo fattore costitutivo nella condivisione di doveri, cioè nel momento costituente nel quale i carichi collettivi sono distribuiti secondo una visione di bene comune non risultante dalla mera somma algebrica degli interessi individuali, ma elaborata ad un livello di sintesi più alta.

Non basta condividere diritti per fare un popolo, come ci ricorda l'art. 2 della Costituzione italiana con il suo richiamo all'adempimento dei doveri *inderogabili* di solidarietà politica, economica e sociale. Per questo i cittadini europei che beneficiano delle libertà fondamentali e si spostano senza intralci e barriere nelle città del continente sono piuttosto simili a una *multitudine* di monadi che all'elemento personale di un unitario organismo politico. Somigliano a un ὄχλος più che a un δῆμος.

with foreign Nations". Fra gli altri provvedimenti, l'Act stabiliva dazi di importazione e fissava un extradazio del 10% sulle merci importate attraverso navi "not of the United States".

¹²⁸ Un rapporto interno del FMI mostra che le decisioni assunte nei confronti della Grecia in seguito alla crisi del proprio debito sovrano non erano strettamente necessarie in termini tecnico-economici (ne dà notizia il quotidiano *Il Foglio* del 5 agosto 2016 nell'articolo dal titolo *Il ritorno dell'Ellade*).

¹²⁹ Da tempo insiste sulla necessità di dare contenuto alla cittadinanza europea attraverso una condivisione di doveri orizzontali di solidarietà J.H.H. Weiler, *La cittadinanza europea*, [in:] B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Streil (a cura di), *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamenti e politiche*, Bologna 1998, 670 ss.; nonché idem, *Perché è fallito il progetto di cittadinanza europea?*, nella rivista on line *Cultura giuridica e diritto vivente* (<http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv>).

La scelta di definire come spazio comune, e non territorio, l'ambito della spazialità politica europea si mostra, una volta di più, rivelatrice. Uno spazio economico, infatti, può svilupparsi in virtù del solo libero dispiegarsi delle forze del mercato, mentre un territorio è tale soltanto se incorpora, accanto alla vita economica dei cittadini, l'idea o l'aspettativa di forme di solidarietà e di legami di fraternità fra i membri della comunità che lo popolano¹³⁰.

Le politiche di coesione territoriale della UE sono state di enorme importanza per ridurre gli squilibri regionali e si sono arricchite negli anni di una strategia di sviluppo dello spazio europeo – adottata a Potsdam nel 1999 – che ha tra i suoi dichiarati obiettivi l'adozione di un modello policentrico diretto a rispettare le diverse identità locali e regionali, pur garantendo un generale incremento della qualità della vita dei cittadini europei¹³¹. Esse non sembrano, tuttavia, sufficienti a supplire all'assenza di strumenti e meccanismi di perequazione fiscale, alla mancanza di un bilancio unionale degno di questo nome¹³² e di un fisco europeo, cioè del principale strumento di redistribuzione sociale e di solidarietà territoriale. In presenza di un simile scenario, sono sempre meno persuasive le tradizionali risposte al problema costituzionale dell'Unione, che insistono sulla progressiva "parlamentarizzazione" della forma di governo europea e sulla legittimazione indiretta delle istituzioni comunitarie, in quanto derivata da Governi e Parlamenti nazionali rappresentativi, che hanno siglato specifici patti di limitazione di sovranità autorizzati a ciò dalle rispettive Costituzioni.

Il processo di integrazione, infatti, si è spinto ormai al punto da richiedere decisioni che non possono essere ricomprese fra le semplici limitazioni di sovranità, ma attingono il livello decisionale supremo. Un livello non raggiungibile con la dilatazione massima del funzionalismo burocratico, ma solo con l'impiego della più alta e coraggiosa *leadership* politica e con il coinvolgimento diretto dei popoli europei. Come ha detto Giuliano Amato, se non è affatto impossibile giungere a una vera democrazia europea, è però impossibile arrivarci per via intergovernativa¹³³.

¹³⁰ D. Le Bihan, *Espace communautaire ou territoire de l'Union Européenne?*, [in :] A. Ait Abdelmalek, *Le Territoire...*, 99 ss., 107.

¹³¹ Così si legge nel punto 1.1 dello Schema di sviluppo dello spazio europeo e della coesione sociale (SSSE) approvato dal Consiglio informale dei ministri responsabili della gestione del territorio a Potsdam nel maggio 1999.

¹³² Il bilancio dell'Unione europea ammonta a circa 140 miliardi di Euro, una cifra irrisoria, se confrontata con la somma dei bilanci nazionali dei 27 Stati membri, che supera i 6.300 miliardi di Euro.

¹³³ G. Amato, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, [in:] *Costituzionalismo e Globalizzazione*, Annuario AIC 2012..., 9.

Questo il monito lanciato da Brexit, messe da parte le sue possibili spiegazioni in chiave geopolitica¹³⁴. La “secessione” inglese ha reso manifesto che la *Entstaatlichung* dei Paesi d’Europa non è inscrivibile nell’orizzonte finalistico dei Trattati, né può essere l’approdo ultimo del costruttivismo interpretativo delle Corti, ma esige al contrario sovrane decisioni politiche almeno su due profili di perdurante rilevanza della territorialità statale: la definizione del grado di omogeneità culturale necessario per la solidità dell’edificio sociale e per la stessa formazione democratica dell’unità; e la conformazione essenziale dei rapporti economico-sociali, che, in assenza di decisioni sovrane di tipo abdicativo, resta di competenza di istituzioni territoriali rappresentative pur nel quadro di un’intensa e profonda integrazione sovranazionale¹³⁵.

¹³⁴ Sul piano geopolitico, Brexit non era del tutto imprevedibile. Un pieno e felice connubio fra l’idea tellurocratica propria delle potenze europee continentali e l’idea talassocratica della potenza britannica sarebbe stato in effetti miracoloso. Si sono scontrate ancora, dunque, terra e mare: la potenza terrestre dell’Europa e la potenza marittima di Albione, estranea alla terra e ai suoi modi di organizzazione dello spazio politico, proiettata verso l’Oceano e gli altri continenti, refrattaria all’irregimentazione e all’omologazione burocratica come lo sono i “pirati” e gli “schiumatori del mare” (come Carl Schmitt definiva gli inglesi, *Terra e mare...*, 42 ss.).

¹³⁵ Lo ha statuito il *Bundesverfassungsgericht* tedesco nella sentenza sul trattato di Lisbona (BVerfGE 123, 267 ss.).