

---

# SOVRANITÀ E DIRITTI AL TEMPO DELLA GLOBALIZZAZIONE

---

a cura di  
**Gianluca Contaldi**

---

**10** LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO





Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa collana

1.

A cura di G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Leggi razziali. Passato/Presente*, 2015

2.

A cura di I. Birocchi, L. Loschiavo, *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, 2015

3.

E. BETTI, *Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell'antica Roma*, 2017

4.

A cura di F. Macario, M. N. Miletti, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017

5.

P. FARINA, *La querela civile di falso – I. Origini e vicende storiche*, 2017  
*II. Profili teorici e attuativi*, 2018

6.

A cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo, *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, 2018

7.

I. WOOD, *La trasformazione dell'Occidente romano e l'affermazione della Chiesa nel primo medioevo*, 2019

8.

A cura di A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti, *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, 2020

9.

A cura di G. Chiodi, I. Birocchi, M. Grondona, *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, 2020

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

# SOVRANITÀ E DIRITTI AL TEMPO DELLA GLOBALIZZAZIONE

a cura di  
**Gianluca Contaldi**

**10** LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO



*Roma TrE-Press*  
2021

*La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto*  
Collana diretta da Beatrice Pasciuta

*Coordinamento scientifico*

Pia Acconci (Univ. Teramo); Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza); Antonio Carratta (Univ. Roma Tre); Emanuele Conte (Univ. Roma Tre); Wim Decock (Univ. Leuven); Carlo Fantappiè (Univ. Roma Tre); Stephanie Hennette-Vauchez (Univ. Paris X – Nanterre); Caroline Humphress (Univ. St Andrews); Luca Loschiavo (Univ. Teramo); Michele Luminati (Univ. Luzern); Francesco Macario (Univ. Roma Tre); Marta Madero (Univ. Buenos Aires); Maria Rosaria Marella (Univ. Perugia); Sara Menzinger (Univ. Roma Tre); Marco Nicola Miletta (Univ. Foggia); Angela Musumeci (Univ. Teramo); Paolo Napoli (EHESP Paris); Beatrice Pasciuta (Univ. Palermo); Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II); Marco Urbano Sperandio (Univ. Roma Tre); Mario Stella Richter (Univ. Roma Tor Vergata); Isabel Trujillo (Univ. Palermo); Kaius Tuori (Univ. Helsinki).

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Questo volume si pubblica con il contributo dell'Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto nella storia e nella società.

*Coordinamento editoriale*

Gruppo di lavoro *Roma TrE-Press*

*Cura editoriale e impaginazione*

teseo  editore Roma [teseoeditore.it](http://teseoeditore.it)

*Elaborazione grafica della copertina*

**MOSQUITO**  [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri grafici utilizzati: Domaine Display Black; Futura-Bold; FuturaStd Book; MinionPro-Regular (copertina e frontespizio). Garamond (testo).

Edizioni *Roma TrE-Press*®

Roma, marzo 2021

ISBN 979-12-5977-005-9

<http://romatrepres.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.



n. 10

SOVRANITÀ E DIRITTI AL TEMPO DELLA GLOBALIZZAZIONE  
a cura di Gianluca Contaldi

Contributi di:

Gianluca Contaldi (Università di Macerata)

Giacinto della Cananea (Università Bocconi – Milano)

Maurizio Fioravanti (Università di Firenze)

Pier Giuseppe Monateri (Università di Torino)

Massimo La Torre (Università di Catanzaro)

Ugo Villani (Università di Bari)

## Indice

GIANLUCA CONTALDI	
<i>Cosa resta della globalizzazione?</i>	9
MAURIZIO FIORAVANTI	
<i>Oltre il Novecento. La Costituzione democratica nel tempo della globalizzazione</i>	35
PIER GIUSEPPE MONATERI	
<i>'The Anonymous Matrix'. Diritti umani e spazi imperiali nell'era globale</i>	53
GIACINTO DELLA CANANEA	
<i>Una giustizia amministrativa transnazionale</i>	59
UGO VILLANI	
<i>Limitazioni di sovranità, 'controlimiti' e diritti fondamentali nella Costituzione italiana</i>	79
MASSIMO LA TORRE	
<i>Miseria del costituzionalismo globale</i>	113



Gianluca Contaldi

*Cosa resta della globalizzazione?*

SOMMARIO: 1. L'idea di un convegno su sovranità e diritti al tempo della globalizzazione dell'Istituto Emilio Betti – 2. I problemi connessi al processo di globalizzazione fino allo scoppio della crisi economica del 2008 – 3. L'attuale fase recessiva della globalizzazione: le cause endogene – 4. Le minacce esogene al processo di globalizzazione: le migrazioni di massa – 5. *Segue*: l'emergenza ambientale – 6. *Segue*: la pandemia e i rischi connessi per la tenuta dell'Unione europea – 7. Notazioni conclusive

1. *L'idea di un convegno su sovranità e diritti al tempo della globalizzazione.*

Nel presente volume vengono pubblicati una serie di saggi la cui origine risiede quasi per intero nel convegno dal titolo *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione* che fu organizzato dall'*Istituto Emilio Betti di scienza e teoria del diritto nella storia e nella società* nell'autunno del 2016. L'idea di un convegno sulla globalizzazione fu inizialmente accolta con un certo scetticismo. È infatti noto a tutti che l'illustre Studioso al quale è dedicato l'Istituto era un oppositore *ante litteram* alla globalizzazione. Egli, fu infatti un antesignano dell'ideologia fascista, che non rinnegò mai del tutto<sup>1</sup>, neppure allorché egli fu sospeso dall'insegnamento universitario e soggetto a giudizio di epurazione per la sua affiliazione al partito<sup>2</sup>.

L'aspetto critico in quello che successivamente sarebbe stato indicato come multilateralismo, secondo l'esimio Studioso, era proprio il modo di aggregazione degli Stati quale strumento di cooperazione internazionale.

---

<sup>1</sup> M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi ed il fascino del regime*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, 2015, pp. 63 ss., 77 ss.

<sup>2</sup> Per poi tornarvi dopo essere stato prosciolto dagli addebiti: in questa seconda fase, egli venne chiamato alla Cattedra di diritto civile dell'Università La Sapienza di Roma (v. R. CLERICI, *Ricordando Emilio Betti*, in *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Napoli, 2019, vol. I, pp. 91 ss., 93).

L'impostazione del Betti era, infatti, caratterizzata da una forte impronta nazionalistica. Si può, ad esempio, leggere, nel suo testo dedicato al diritto internazionale:

la convivenza degli Stati può portare a costituire, in seno alla comunione internazionale, unioni e forme di associazione e di cooperazione; unioni e forme di associazione e di cooperazione che ... vengono talvolta impropriamente qualificate come comunità, laddove esse non rappresentano se non la *temporanea* convergenza instaurata fra interessi per sé divergenti e, magari confliggenti: tale, ad esempio, l'Unione del carbone e dell'acciaio, convenuta fra sei stati dell'Europa Occidentale, unione che erroneamente vien qualificata comunità<sup>3</sup>. Si tratta, tutt'al più, di una Gesellschaft, di una associazione con la quale si instaura una temporanea convergenza fra interessi i quali rimangono distinti e diversi, sostanzialmente divergenti e confliggenti<sup>4</sup>.

Il mondo, si sa, è andato in una direzione opposta. Alla base del processo di globalizzazione, che ha caratterizzato la seconda metà dello scorso secolo, si colloca, infatti, la diffusione delle organizzazioni internazionali, quale forma avanzata di collaborazione tra gli Stati. La maggior parte delle organizzazioni internazionali oggi esistenti sono infatti nate dopo la seconda Guerra mondiale ed è grazie all'operatività di strutture capaci di determinare una convergenza di interessi e di creare fori di discussione plurilaterali, che si è sviluppata l'intensa rete di relazioni economiche che caratterizza il mondo contemporaneo<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Ndr.: CECA, Comunità europea del carbone e dell'acciaio.

<sup>4</sup> E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, p. 5 s. L'Autore aveva già manifestato queste idee nel corso di un'intervista resa a Radio Colonia l'8 febbraio 1953 e riprodotta, in trad. it., in *Foro italiano*, IV, c. 177 ss. (dal titolo: *Possibilità e limiti di un diritto della convivenza europea*).

<sup>5</sup> Non esiste uniformità di vedute sul significato da attribuire al termine "globalizzazione". In questo scritto adotteremo la definizione fornita da Gallino, secondo il quale per globalizzazione deve intendersi eminentemente lo sviluppo e l'intensificarsi delle relazioni economiche internazionali (v. L. GALLINO, *Sui rapporti tra la globalizzazione e lo sviluppo della rete*, in *Jura gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005, reperibile online al sito [www.juragentium.org](http://www.juragentium.org); di fatto questa definizione costituisce il presupposto anche dei lavori successivi dell'Illustre sociologo, quali *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011; *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, 2013; *Come (e perché) uscire dall'Euro, ma non dall'Unione europea*, Bari, 2016). Per una critica a questa impostazione v., tuttavia, D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Bari, 2004, p. 3 ss.).

Proprio il processo di aggregazione in seno alle organizzazioni ha, d'altro canto, reso possibile un esteso sviluppo economico<sup>6</sup>. Il processo di liberalizzazione dell'economia – è innegabile – ha consentito di raggiungere un diffuso livello di benessere. La ricchezza complessiva (almeno, quella misurata in PIL dei paesi) è costantemente cresciuta per trentanove anni negli ultimi quaranta (con l'eccezione del 2009, l'anno della crisi finanziaria internazionale)<sup>7</sup>. Questo ha reso possibile a larghe falde della popolazione mondiale di avere accesso a cibo, acqua potabile, di usufruire di efficienti servizi sanitari, di aumentare considerevolmente l'aspettativa di vita<sup>8</sup>.

## 2. *I problemi connessi al processo di globalizzazione fino allo scoppio della crisi economica*

Il punto è che la globalizzazione, se da un lato ha reso accessibili i benefici del progresso e dello sviluppo economico alla parte preponderante della popolazione, dall'altro ha determinato l'insorgenza di una serie di problemi.

Il più evidente di questi è quello distributivo. La globalizzazione, infatti,

<sup>6</sup> Nella specie, nel periodo tra le due guerre, vennero istituite l'OIL, la BRI, l'UNIDROIT; nel periodo immediatamente successivo alla seconda Guerra Mondiale, fino alla creazione dell'OMC (avvenuta nel 1994), vennero creati il Fondo monetario internazionale, la Banca Mondiale, il GATT (che nacque dall'esperimento fallito dell'ITO), l'ICSID, l'UNCITRAL, l'OCSE, le Comunità europee, l'EFTA e, infine, il COMECON (v. M. ORLANDI, *Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei Trattati economici e commerciali*, Milano, 2016, p. 297 ss.).

<sup>7</sup> Dati tratti da *World Economic Outlook*, del Fondo monetario internazionale <<https://www.imf.org/en/>>, visitato in data 31.3.2020 (i dati del 2020 sono ovviamente solo quelli prospettici, non attualizzati con gli effetti della pandemia da Covid-19).

<sup>8</sup> Tra le voci critiche nella dottrina contemporanea deve essere segnalata, per profondità di pensiero e completezza della ricerca, quella di A. Somma, secondo il quale il 'cosmopolitismo' sarebbe una precisa scelta dei redattori verso un'adesione acritica alla dottrina neoliberale, con sacrificio delle classi lavoratrici e del principio democratico. Si può infatti leggere: «Che l'Unione europea abbia in qualche modo ricalcato lo schema indicato da Hayek per promuovere le condizioni di un ordine internazionale di matrice neoliberale, è un fatto difficilmente contestabile. Anch'essa venne concepita come argine opposto al ri-proporsi di conflitti bellici, ovvero come un presidio di pace, e si trasformò ben presto in un catalizzatore di riforme destinate a promuovere il mercato autoregolato: un mercato spolitizzato, messo al riparo del conflitto sociale e in quanto tale alimentato dalla compressione del meccanismo democratico» (il brano è tratto da A. SOMMA, *I limiti del cosmopolitismo. La sovranità nazionale nel conflitto tra democrazia e capitalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, p. 16 ss., p. 41 s.; per le tesi sul tema dell'Autore v. anche ID., *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, p. 48 ss.).

ha aumentato la ricchezza globale; ma l'incremento della stessa risulta attribuito in maniera disomogenea, sia a livello internazionale, sia all'interno dei singoli Stati<sup>9</sup>. Si riporta, infatti, che nel mondo vi siano diciotto milioni e mezzo di milionari (intesi come famiglie o di dinastie economiche), corrispondente all'1% della popolazione mondiale: tale percentuale di individui detiene ben il 47% della ricchezza globale<sup>10</sup>. Il differenziale sarebbe poi ulteriormente incrementato all'interno di taluni Stati: in via esemplificativa, negli Stati Uniti, la ricchezza spettante all'uno per cento dei più ricchi corrisponderebbe a circa centosessantacinque volte la ricchezza della famiglia media<sup>11</sup>.

I problemi distributivi sono, in effetti, aggravati dai mutamenti intervenuti nel funzionamento del sistema capitalistico. È risaputo che una caratteristica del capitale, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta dello scorso secolo, è la sua 'mobilità'. Sul piano internazionale, la circolazione dei capitali è stata, infatti, progressivamente liberalizzata a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, grazie all'azione di talune organizzazioni economiche regionali, quali l'Unione europea, il NAFTA e l'ASEAN<sup>12</sup>. Per effetto di tale liberalizzazione i capitali tendono oggi a spostarsi verso gli Stati che offrono una tassazione più favorevole o che consentono la maggiore re-

---

<sup>9</sup> V. quanto osservato da J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, 2013, p. 66 ss.; ID., *Un'economia truccata*, in *Le scienze*, febbraio 2019, p. 39 ss., 42.

<sup>10</sup> Dati riferiti al 2015 (riportati da L. BOLTANSKI, A. ESQUERRE, *Arricchimento. Una critica alla merce*, Bologna, 2019, p. 64).

<sup>11</sup> V. J.E. STIGLITZ, *Invertire la rotta. Disuguaglianza e crescita economica*, Bari, 2016, p. 14. Il dato è riferito agli Stati Uniti. Tuttavia, secondo l'indice di Gini, che misura la disuguaglianza nella collettività, pressoché tutti i paesi occidentali (con l'eccezione della Svezia e, in misura minore, della Francia) si troverebbero in una situazione simile (ivi, pp. 17-18).

<sup>12</sup> Per l'Unione europea, la liberalizzazione dei movimenti di capitale è avvenuta con la direttiva 88/361, con la quale venne, appunto, sancito il principio secondo il quale «Gli Stati membri sopprimono le restrizioni ai movimenti di capitali effettuati tra le persone residenti negli Stati membri» (Art. 1, direttiva Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato, in GU L 178, 8.7.1988, p. 5-18). Sul piano internazionale v. i chapter 11 e 14 dell'Accordo NAFTA, North American Free Trade Agreement, concluso tra Stati Uniti, Canada e Messico, il 17 dicembre 1992. Anche l'ASEAN promosse la conclusione di accordi di cooperazione economica che prevedevano la libera circolazione dei capitali tra i paesi contraenti (v., ad es., l'Agreement among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, concluso il 15 dicembre 1987 a Manila).

munerazione del denaro investito<sup>13</sup>. A patto, ovviamente, che tale remunerazione non risulti eccessivamente rischiosa: perché in questo caso, gli investitori sono soliti richiedere un corrispettivo supplementare per il c.d. rischio paese (per l'eventualità che uno Stato dichiari *default* e imponga dei tagli alle proprie obbligazioni sovrane).

D'altro canto, l'abbattimento delle frontiere finanziarie è stato alla base delle crisi economiche del sudest asiatico del 1997 e della crisi dei mutui c.d. *subprime* del 2008<sup>14</sup>, divenuta successivamente crisi del debito sovrano al momento del suo impatto in Europa: proprio l'interrelazione esistente tra i mercati finanziari è stata, infatti, una delle cause che ne hanno facilitato la propagazione<sup>15</sup>. La stessa crisi del debito sovrano ha contribuito, a propria volta, ad alimentare ulteriormente la bolla finanziaria. L'interconnes-

<sup>13</sup> L'osservazione, come è noto, è dovuta a L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, cit., p. 75 ss.; ID., *Il colpo di stato di banche e governi*, cit., p. 74 ss.

<sup>14</sup> Si ritiene abitualmente che l'origine della crisi sia individuabile nel collasso del mercato statunitense dei c.d. mutui *sub-prime*, ovvero, di quei mutui concessi, in genere per l'acquisto della casa di abitazione, a soggetti che, secondo i consueti canoni di prudenza economica, non avrebbero avuto accesso al credito. In periodi di normale andamento dei flussi monetari, la circostanza che taluni debitori non siano in condizione di pagare regolarmente le rate di mutuo non determina particolari conseguenze sul mercato finanziario, perché gli istituti di credito possono comunque trarre giovamento dalla vendita dei cespiti immobiliari posti a garanzia dei prestiti. Nel corso del biennio 2007-2009, invece, questo meccanismo si bloccò, soprattutto a causa di un forte calo dei valori del mercato immobiliare statunitense. Il calo del mercato immobiliare statunitense fu in parte anche determinato dall'improvvisa implosione delle speculazioni che avevano caratterizzato il decennio precedente. La formazione della bolla immobiliare era, infatti, essenzialmente dovuta alle speculazioni edilizie ed al massiccio ricorso al credito, da parte di molti cittadini di oltreoceano, per l'acquisto della casa di abitazione. Successivamente, detti mutui vennero cartolarizzati e immessi sul mercato. In conseguenza di siffatte operazioni, il mercato finanziario si trovò invaso da una moltitudine di titoli c.d. 'tossici', nel senso che essi, di fatto, non garantivano al possessore la restituzione del capitale investito (v. A. ORLÉAN, *Dall'euforia al panico*, Verona, 2010, p. 34 ss.).

<sup>15</sup> L'analisi economica mostra, in realtà, diverse incertezze ricostruttive sulle origini della crisi. Secondo le spiegazioni più diffuse essa sarebbe dovuta ad una concomitanza di fattori quali l'insostenibilità del sistema finanziario internazionale; l'eccessiva esposizione bancaria per l'elevato ammontare di crediti concessi; lo scoppio delle bolle speculative create negli anni immediatamente precedenti la crisi; l'elevato livello di indebitamento degli Stati, in parte dovuto anche all'invecchiamento della popolazione e al conseguente incremento della spesa pensionistica; la mancanza delle riforme strutturali che i governi nazionali avrebbero dovuto effettuare nel momento in cui i tassi di interesse erano contenuti e gli investimenti praticabili; l'assenza, infine, di efficaci meccanismi di coordinamento a livello globale e regionale (v. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2012, p. 383 ss., 386-388; G. PERONI, *La crisi dell'euro. Limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012, p. 12 ss.).

sione discendeva dal fatto che una parte sostanziale del capitale e delle riserve bancarie era costituito da titoli di Stato, specie di quei paesi che corrispondevano gli interessi più elevati: in questo contesto gli istituti creditizi, nel momento in cui aumentava il rischio di mancata restituzione del capitale investito, dovevano sostituire le riserve esistenti oppure ridurre l'erogazione di crediti alle imprese, le quali si sono conseguentemente trovate in difetto della liquidità necessaria.

Sotto altro profilo, la liberalizzazione dei movimenti di capitale su scala internazionale, oltre che sulla propagazione delle crisi finanziarie, ha finito per incidere pure sulla retribuzione e sul benessere della classe lavoratrice. Mentre il capitale è mobile, il lavoro, al contrario, tende a rimanere stabile in un determinato luogo. I lavoratori, specie quelli con basso livello di specializzazione, sono sovente ancorati ad un determinato territorio, sia per insufficienza di risorse, sia per motivi estranei alla prestazione propriamente intesa, quali i legami familiari e le relazioni sociali, sia, infine, perché essi sono più facilmente sostituibili con manodopera reperita in loco. Da questa situazione discende un potere di contrattazione chiaramente spostato a favore della parte datoriale. Infatti, se i salari sono almeno in parte frutto della contrattazione, le aziende possono sempre far valere «una minaccia credibile: o accettate salari più bassi o ce ne andiamo da un'altra parte»<sup>16</sup>. In altri termini, se il capitale è più mobile del lavoro, il secondo è evidentemente più esposto agli *shock* locali<sup>17</sup>.

Questo dato ha poi finito con accrescere ulteriormente lo spostamento degli investimenti verso le rendite finanziarie, piuttosto che verso gli investimenti produttivi. Tale «ricerca della rendita» ha d'altro canto trovato terreno fertile nelle istituzioni politiche, le quali si sono sovente rifiutate (per ignavia e per una sorta di connivenza dettata dal consenso elettorale o, più semplicemente, per impossibilità di intervenire, a fronte di una situazione sfuggita di mano per effetto dei vincoli imposti dall'esterno) di adottare le riforme necessarie per realizzare una migliore distribuzione della ricchezza<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> STIGLITZ, *Invertire la rotta*, cit., p. 41.

<sup>17</sup> N. CHOMSKY, *Finance et silence*, in *Le Monde diplomatique*, dicembre 1998, p. 21 ss.; D. RODRICK, *La globalizzazione sbagliata*, in *Internazionale*, 19/25 gennaio 2018, p. 38 ss., 42 s.

<sup>18</sup> In genere la scelta è stata quella di delegare le decisioni di politica monetaria alle banche centrali, le quali hanno spesso posto in essere anche vere e proprie azioni di politica economica (v. J. E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, cit., p. 66 ss.; G. NARDOZZI, *Il mondo alla rovescia. Come la finanza dirige l'economia*, p. 95 ss.).

### 3. *L'attuale fase recessiva della globalizzazione: le cause endogene.*

Non è pertanto un caso se, a fronte della sperequazione sommariamente descritta nel precedente paragrafo, la globalizzazione ha determinato diffuse reazioni, che ne hanno, in parte almeno, ristretto la progressione. Tanto è vero che si ritiene che la globalizzazione economica stia ora attraversando una vera e propria fase di crisi.

Da più parti si sollecita, innanzitutto, una riforma dei meccanismi decisionali all'interno delle principali organizzazioni internazionali economiche<sup>19</sup>. I meccanismi decisionali della Banca Mondiale e del Fondo monetario internazionale si fondano, infatti, sul sistema dei 'diritti speciali di prelievo', in virtù dei quali il voto di ogni Stato membro viene ponderato in funzione del contributo versato per il funzionamento dell'organizzazione<sup>20</sup>. Le decisioni, circa l'opportunità di erogare prestiti a paesi in difficoltà e le stesse condizioni delle agevolazioni finanziarie, sono quindi prevalentemente stabilite dai paesi maggiormente sviluppati, che spesso, nel farsi promotori di un'aspra liberalizzazione, perseguono l'interesse egoistico ad espandere il mercato a favore delle proprie imprese<sup>21</sup>.

D'altra parte, anche istituzioni politiche che formalmente includono la democrazia rappresentativa tra i propri valori fondanti, come avviene in particolare all'interno dell'Unione europea, hanno dato prova di scarsa democraticità. Nei periodi di crisi, le decisioni sono state in genere assunte all'interno di consessi ristretti. Nel corso della crisi del debito sovrano, le operazioni sono state infatti deliberate eminentemente all'interno del Con-

<sup>19</sup> V. S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, 2012, p. 99 ss.; A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale*, Torino, 2019, p. 168 ss.

<sup>20</sup> Il FMI è stato formalmente istituito il 27 dicembre 1945, allorché gli originari ventinove Stati contraenti firmarono l'accordo istitutivo. Attualmente i membri sono centonovantasette. Il testo dell'Accordo istitutivo può essere consultato al seguente link: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm>>. In dottrina v. G. ADINOLFI, *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012; C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016, p. 349 ss.; M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 205 ss.

<sup>21</sup> Secondo l'analisi di P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Atti del XVIII Convegno SIDI – Napoli 13-14 giugno 2013, a cura di G. Cataldi, V. Grado, Napoli, 2014, p. 253 ss., 263 ss. la crisi della democrazia, nell'attuale fase della globalizzazione, sarebbe interna agli Stati; con la conseguenza che pensare di risolvere questo deficit attraverso l'introduzione di meccanismi democratici nel funzionamento delle organizzazioni economiche internazionali rappresenterebbe niente di più che una mera illusione.

siglio europeo<sup>22</sup>. È certamente vero che il Consiglio europeo sia annoverato tra le istituzioni (art. 13 TFUE), ma si tratta di un riconoscimento eminentemente formale, dal momento che esso opera tuttora secondo i principi della Conferenza tra Stati, concludendo intese e accordi informali ed assumendo le proprie determinazioni senza alcun coinvolgimento delle assemblee democratiche<sup>23</sup>. Questa conclusione è, in effetti, confermata dalla semplice osservazione empirica: prima di venire attuate dalle istituzioni europee ovvero dagli Stati membri e di venire sottoposte ad organi parlamentari, tutte le modifiche rilevanti in campo economico sono state, appunto, concordate in sede di Consiglio europeo<sup>24</sup>.

In altri termini, le decisioni circa la gestione della politica economica e monetaria europea sono state spesso assunte da una posizione sempre più lontana dai cittadini, nell'ambito di riunioni verticistiche che si svolgono al di fuori di effettivi dibattiti parlamentari ed in assenza della trasparenza che dovrebbe connotare l'azione politica<sup>25</sup>. Il coinvolgimento delle assemblee legislative (europea e nazionali) avviene *ex-post* e solo dopo avere raggiunto l'accordo sul piano intergovernativo: ovvero in un momento in cui la possibilità concreta di incidere positivamente sul contenuto delle delibere adot-

---

<sup>22</sup> V. STARITA, *Il Consiglio europeo e la crisi del debito sovrano*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 385 ss.

<sup>23</sup> V., in via esemplificativa, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 5<sup>a</sup> ed., Bari, 2017, p. 159, secondo cui: «(m)algrado l'inserimento del Consiglio europeo nel quadro istituzionale dell'Unione, non viene meno la sua natura fortemente caratterizzata in senso intergovernativo».

<sup>24</sup> Così è stato, infatti, per la riforma del Patto di stabilità e di crescita, per la costituzione del fondo permanente salva-Stati, per la creazione dell'Euro-summit quale foro privilegiato di discussione delle questioni monetarie, per la stipulazione del Fiscal Compact e, infine, per la creazione dell'Unione bancaria. V. le conclusioni dei seguenti Consigli europei: 17 giugno 2010 (relativo all'adozione del Six-Pack); 9 dicembre 2011 (Euro-Summit); 9 maggio 2010 (si trattava, più precisamente, di un Consiglio Ecofin, concernente la creazione dell'EFSF); 30 novembre 2010 (concernente la costituzione del MES); v. inoltre la dichiarazione dei capi di stato o di governo della zona euro del 9 dicembre 2011 (relativa all'introduzione di una sorveglianza più stretta in materia fiscale).

<sup>25</sup> V., per questi rilievi, U. VILLANI, *Prove tecniche di governance europea dell'economia*, in *Sud in Europa*, 2011, fasc. 3, p. 1 s., secondo il quale «Il richiamo alle ragioni della democrazia e della politica, che – pur necessariamente rispettose delle compatibilità economiche – non possono essere asservite né sacrificate alle ragioni (e agli interessi) dell'economia e della finanza, deve spingere a costruire una governance europea che sia saldamente controllata da istituzioni democratiche, sia a livello europeo, con un imprescindibile ruolo decisionale del Parlamento europeo, che a livello nazionale, ritagliando nuovi spazi per un controllo dei parlamenti nazionali e per “dare voce” alle componenti della società civile, a cominciare dalle parti sociali».

tate al livello dei capi di Stato e di governo è di fatto estremamente ridotta<sup>26</sup>. Appaiono, quindi, decisamente troppo scarni i limiti di natura democratica all'operatività delle istituzioni internazionali per sperare che il processo deliberativo non determini reazioni di sorta.

La scarsa democraticità del funzionamento delle maggiori organizzazioni internazionali ha dato luogo, in più parti, a 'proteste' da parte delle falde di popolazione che si sentivano escluse dal sistema. In tempi recenti, se ne è avuta chiara percezione sia nel voto per il referendum della Brexit, sia nell'elezione di Trump alla Presidenza degli Stati Uniti, sia, infine, nell'affermazione in Europa di movimenti estremisti, genericamente contrari a qualunque fenomeno associativo internazionale<sup>27</sup>.

È evidente che la presenza stessa di forze populiste e antiglobalizzazione rappresenta un evento potenzialmente suscettibile di indurre una disgregazione dall'interno delle organizzazioni internazionali maggiormente rappresentative. Questo non è necessariamente un dato negativo: dipende dalle modalità di realizzazione del processo. Esso può infatti portare alla riaffermazione di meccanismi democratici all'interno degli Stati; ma potrebbe anche determinare l'instaurazione di regimi totalitari<sup>28</sup>. È superfluo dire che solo il primo scenario è auspicabile; ma che i segnali rilevati fino a questo momento non inducono aspettative fauste.

Un secondo fattore destabilizzante della globalizzazione è determinato dal progressivo abbandono del sistema multilaterale a favore dell'inasprimento di scontri condotti a livello bilaterale<sup>29</sup>. Questo è quanto è avvenuto, in tempi recenti, con la guerra dei dazi tra Stati Uniti e Cina. Il dato di partenza è che gli Stati Uniti hanno una bilancia dei pagamenti fortemente deficitaria nei confronti della Cina. Gli Stati Uniti hanno ritenuto di affrontare questa situazione imponendo dazi protettivi (e *antidumping*) nei confronti

<sup>26</sup> È stato opportunamente posto in rilievo che l'evoluzione del ruolo del Consiglio europeo presenta varie similitudini con il tradizionale assetto delle organizzazioni internazionali economiche, quali ad esempio il G7/G20, che si caratterizzano per un rilievo sempre più incisivo dei vertici e per la mancata previsione di strumenti di controllo democratico (v. STARITA, *Il Consiglio europeo*, cit., p. 423).

<sup>27</sup> Nelle elezioni del Parlamento europeo del 2019 vi è stata infatti un'affermazione dei movimenti c.d. sovranisti (tra i quali la Lega, ECR, EFFD), ma non tale da determinare un ribaltamento delle tradizionali maggioranze. I partiti sovranisti hanno infatti conquistato un totale di centosettantadue seggi. In definitiva pochi rispetto ai settecentocinquantuno che compongono il Parlamento europeo. Tanto è vero che poi, l'attuale presidente della Commissione europea, è stata nominata senza la partecipazione delle forze antieuropee.

<sup>28</sup> A. SOMMA, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, p. 7 s.

<sup>29</sup> V.A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI, *op. cit.*, p. 177.

di un certo numero di prodotti cinesi; ovviamente la Cina ha, a propria volta, reagito elevando i dazi di importazione nei confronti dei prodotti americani. Tuttavia la reazione si è dimostrata non altrettanto efficace: è infatti evidente che i dazi doganali finiscano con il gravare soprattutto sul paese che presenta un saldo positivo delle esportazioni. Per quanto rileva ai fini del nostro discorso, è agevole constatare che si è trattato di contro-misure che, da una parte e dall'altra, si collocano al di fuori del quadro di cooperazione multilaterale instaurato con il GATT<sup>30</sup> e successivamente rafforzato con l'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio<sup>31</sup>, perché esse si pongono in aperta violazione del principio della clausola della nazione più favorita, che ha contraddistinto l'evoluzione dei rapporti commerciali internazionali per un lungo arco temporale<sup>32</sup>. Il conflitto è stato talmente acceso, che nel corso del tempo è stato aperto anche un fronte ulteriore, che è consistito nell'imporre misure restrittive contro la superiorità informatica cinese, determinata dal possesso delle tecnologie necessarie per creare una rete internet ultraveloce (il c.d. 5G)<sup>33</sup>.

A fronte di questi elementi di crisi, endogeni alla globalizzazione e al sistema di cooperazione multilaterale, negli ultimi anni si è poi assistito al-

<sup>30</sup> L'Accordo GATT, come è noto, è stato concluso il 30 ottobre 1947. Esso rappresentava, all'epoca, una sorta di soluzione di ripiego, dopo il fallimento della Carta dell'Avana, istitutiva dell'ITO (*International Trade Organization*). Il GATT, che non ha mai raggiunto il numero di ratifiche necessarie per la sua entrata in vigore, è stato tuttavia applicato in virtù di una clausola di applicazione provvisoria, fino alla sua assimilazione nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio.

<sup>31</sup> L'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio è stato concluso a Marrakech il 15 aprile 1994. Per l'Italia v. la legge 29 dicembre 1994, n. 747, in G.U., serie gen, n. 7 del 10 gennaio 1995, con la quale il legislatore ha emanato l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione.

<sup>32</sup> A questo stato di cose, gli Stati Uniti hanno poi accompagnato una chiara presa di posizione nei confronti dei meccanismi giudiziari che governano il funzionamento del sistema commerciale internazionale, di fatto ostacolando il funzionamento degli strumenti di risoluzione delle controversie creati dalla relativa Intesa. Questo ha determinato il blocco del funzionamento del sistema giudiziario che governava l'Organizzazione mondiale del commercio in data 11 dicembre 2019 (v. G. SACERDOTI, *Multilateralismo in crisi? L'Organizzazione mondiale del commercio di fronte alla sfida di Trump*, in *Dir. comm. int.*, 2018, p. 385 ss.; sui tentativi di riforma del sistema v. G. DEEPACK, *WTO Dispute Settlement – The Road Ahead*, 2019, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 51, 2019, p. 981 ss.).

<sup>33</sup> Le misure adottate dall'amministrazione statunitense, al riguardo, appaiono verosimilmente incompatibili con il diritto internazionale, a causa della loro efficacia extraterritoriale: v. M. SOPRANA, *Extraterritoriality in US - China Relations: the ZTE and Huawei Cases*, in *Dir. comm. int.*, 2019, p. 717 ss.

l'emersione di una serie di circostanze esterne, chiaramente suscettibili di mettere in crisi la concezione stessa della globalizzazione. Queste sono essenzialmente tre: le migrazioni di massa; l'emergenza dei temi ambientali; la nuova pandemia da COVID-19.

4. *Le cause esogene di minaccia al processo di globalizzazione: le migrazioni, l'ambiente ed il commercio internazionale.*

Come si è accennato nel precedente paragrafo, la globalizzazione è ora minacciata anche da fenomeni esterni alle relazioni commerciali internazionali propriamente intese.

Il primo di detti eventi è l'incremento massivo del fenomeno migratorio. Questo si è verificato per una pluralità di circostanze che includono le rivoluzioni note come primavere arabe, le guerre civili che hanno sconvolto vari paesi del Nordafrica, le crisi economiche che ne sono derivate e, infine, le catastrofi ambientali. Le migrazioni sono sempre esistite, ma la novità è rappresentata dal fatto che esse ora avvengono in misura massiccia, quali reazioni a fenomeni di ampio spettro localizzati in determinate aree del pianeta.

Gli accordi internazionali esistenti appaiono inadatti a regolamentare detto fenomeno nella sua ampiezza. Più dettagliatamente, lo strumento principale è la Convenzione di Ginevra del 1951, sui richiedenti asilo, la quale fornisce una prima disciplina (peraltro incompleta) del trattamento da riservare ai richiedenti asilo<sup>34</sup>. A livello europeo, il regolamento noto come Dublino III, stabilisce che lo Stato di prima accoglienza è quello deputato ad esaminare la domanda di asilo<sup>35</sup>. Entrambi gli strumenti non sono strutturati per fare fronte a vaste ondate migratorie: la Convenzione di Ginevra perché è concepita per singoli individui che fuggono da situazioni di rischio determinate. Il sistema europeo risulta inadatto perché finisce per esporre solo gli Stati posti alla frontiera esterna dell'area Schengen a migliaia

<sup>34</sup> Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati. La Convenzione è stata adottata il 28 luglio 1951 ed è entrata in vigore il 21 aprile 1954. Essa fornisce una nozione largamente condivisa del termine "rifugiato" e specifica tanto i diritti dei migranti forzati quanto gli obblighi degli Stati di provvedere alla loro protezione. Il principio fondamentale è quello del *non-refoulement*, secondo cui nessun rifugiato può essere respinto verso un Paese in cui la propria vita o libertà potrebbero essere seriamente minacciate.

<sup>35</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, in GUUE L 180, 29.6.2013, pp. 31-59.

di domande dei richiedenti asilo, mettendo a dura prova l'organizzazione amministrativa di detti paesi.

A ciò si aggiunga che l'attuale fenomeno migratorio è caratterizzato dall'intervento – nella c.d. immigrazione irregolare – di organizzazioni criminali, le quali mirano a percepire un lucro dal migrante in cerca di un futuro migliore, sia da datori di lavoro privi di scrupoli che intendono sfruttare il mercato nero di una manodopera disposta a prestare la propria attività dietro bassi salari e in condizioni di sicurezza al di sotto di una soglia accettabile.

Dal punto di vista del commercio internazionale, le ondate massicce di migranti conferiscono un nuovo volto al mercato del lavoro nel paese ospite. Innanzitutto perché molti Stati occidentali non riuscirebbero più a reperire un numero sufficiente di lavoratori disposti a svolgere mansioni di basso livello. D'altro canto, i sistemi di sicurezza sociale dei paesi europei, a causa della prolungata ondata di bassa natalità, non sarebbero verosimilmente in grado di sopportare il carico pensionistico, ove potessero contare solo sui lavoratori che posseggono la cittadinanza nazionale.

Sotto altro profilo, le migrazioni finiscono poi per alimentare partiti nazionalisti, quale reazione nei confronti degli stranieri, che, essendo disposti ad assumere incarichi senza le garanzie sociali alle quali siamo abituati, sono visti come una sorta di concorrenti sleali nella ricerca dei posti di lavoro. Insomma: c'è la diffusa sensazione che il lavoro scarseggi anche a causa degli stranieri residenti sul territorio nazionale; e, talvolta, si ha l'impressione che l'esito di talune tornate elettorali sia stato proprio determinato a favore di coloro che hanno saputo meglio interpretare tale sensazione collettiva.

Il punto è che la Comunità internazionale non sembra attualmente in grado di apprestare strumenti giuridici diversi e maggiormente idonei a gestire un fenomeno migratorio con le caratteristiche appena descritte. Anzi, i fori internazionali di discussione costituiscono sovente un luogo nel quale si scaricano le tensioni sottostanti. In via esemplificativa, si pensi che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con 152 voti favorevoli, 5 contrari e 12 astensioni, ha adottato nel mese di dicembre 2018, una risoluzione con la quale ha ufficialmente espresso il suo sostegno al *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* («Patto globale per le migrazioni») <sup>36</sup>, al quale diversi Stati hanno tuttavia scelto di non partecipare <sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Risoluzione 73/195, approvata il 18 dicembre 2018. La risoluzione è consultabile sul sito delle Nazioni Unite all'indirizzo <[https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf)>.

<sup>37</sup> Tra questi anche l'Italia, dal momento che la Camera dei deputati ha espressamente im-

Questo strumento, che prevede vari diritti a favore dei migranti, è un atto di *soft law*<sup>38</sup>; svariate disposizioni del Patto sono d'altro canto prive di autonomo carattere precettivo, in quanto rimettono agli Stati la scelta dei mezzi per dare alle stesse attuazione.

In assenza di strumenti specifici, la tutela dei migranti riposa eminentemente sui trattati posti a difesa dei diritti fondamentali, tra i quali, in particolare, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ovvero sulle disposizioni adottate nel contesto di organizzazioni regionali<sup>39</sup>. Il ricorso ai predetti meccanismi giudiziari, tuttavia, raramente consente di ottenere una tutela con carattere di immediatezza, dipendendo lo stesso da una serie di presupposti, anche procedurali, che ne circoscrivono l'efficacia concreta<sup>40</sup>.

## 5. Segue: *l'emergenza ambientale*

Altro aspetto che preme per una riforma della globalizzazione, è l'emergenza climatica<sup>41</sup>. Da un lato vi sono infatti i paesi consapevoli dell'em-

---

pegnato il Governo italiano a non aderire al Patto.

<sup>38</sup> Si veda, in via esemplificativa, A. SPAGNOLO, *Il Patto globale per le migrazioni alla luce del diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 753 ss. (spec. par. 4).

<sup>39</sup> V. R. PISILLO MAZZESCHI, *Sui rapporti fra i diritti umani ed i diritti degli stranieri e dei migranti nell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, Napoli, 2010, p. 7 ss.; F. IPPOLITO, *La vulnerabilità come criterio emergente per una maggiore tutela del migrante nel contenzioso internazionale*, in *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Atti del XXVII Convegno SIDI, Trento 8-9 giugno 2017, a cura di G. Nesi, Napoli, 2018, p. 447 ss.; G.G. NUCERA, *La disciplina italiana sul trattenimento dei richiedenti asilo a fini d'identificazione e la sua conformità agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani*, in *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud. Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, Supplemento al n. 1/2020, p. 52 ss.; F. PERRINI, *Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dei richiedenti asilo in Italia*, *ivi*, p. 244 ss.

<sup>40</sup> Il ricorso agli strumenti posti a tutela dei diritti dell'uomo è, infatti, subordinato a regole che sovente riducono la rapidità della tutela: tra le quali, un certo rilievo presenta la regola del previo esaurimento dei rimedi processuali previsti dall'ordinamento interno (in virtù del quale si può ricorrere alla giurisdizione internazionale solo una volta esauriti i rimedi processuali previsti dall'ordinamento interno). A questo devono poi aggiungersi le difficoltà insite nei ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (che implicano il carattere altamente specialistico dell'assistenza legale, il vaglio di ammissibilità dei ricorsi, la conoscenza della giurisprudenza specifica dell'organo, ecc.).

<sup>41</sup> Allo stato sembra da escludere la possibilità di ravvisare regole di diritto internazionale

genza ambientale e dei rischi connessi per le specie viventi, che sono disposti ad accettare delle riduzioni dei propri programmi di sviluppo industriale a fronte di un maggiore impegno verso una riduzione dei gas nocivi per l'atmosfera; dall'altra vi sono, invece, altri Stati che non appaiono affatto disposti a rinunciare a politiche industriali aggressive, seppure esse implicano un esteso sfruttamento delle risorse naturali<sup>42</sup>.

Queste tensioni tra commercio e ambiente erano già rese evidenti dalla Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992<sup>43</sup>, la quale, ai principi 8 e 12, conteneva due enunciazioni apparentemente contraddittorie<sup>44</sup>. Mentre il principio n. 8 spronava gli Stati «(t)o achieve sustainable development and a higher quality of life for all people, States should reduce and eliminate unsustainable patterns of production and consumption», dall'altro, il principio n. 12, stabiliva che «(t)rade policy measures for environmental purposes should not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade. Unilateral actions to deal with environmental challenges outside the jurisdiction of the importing country should be avoided. Environmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on an international consensus».

Quindi, nella tensione tra commercio e ambiente, la Dichiarazione di Rio non adombrava una soluzione concreta, ma rimetteva la stessa a future discussioni, che si sarebbero dovute condurre all'interno di fori internazionali multilaterali (come si poteva desumere dal fatto che le soluzioni sarebbero dovute essere approvate, in via preferenziale, tramite *consensus*).

Nell'opinione della maggioranza dei commentatori, il prodotto maggiore della Conferenza di Rio è stata la Convenzione sui cambiamenti cli-

---

per i c.d. migranti climatici, cioè quelle categorie di soggetti che si spostano da un paese all'altro a causa della distruzione degli habitat che garantivano la loro sopravvivenza (v. F. PERRINI, *Cambiamenti climatici e migrazioni forzate. Verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, Napoli, 2018, pp. 83 ss., 141 ss.).

<sup>42</sup> È noto, in particolare, che le emissioni di gas nocivi dell'atmosfera da parte della Cina hanno superato quelle degli Stati Uniti (Z. LIU, *China's Carbon Emissions Report 2016*, scaricabile dal sito: <<https://www.belfercenter.org/publication/chinas-carbon-emissions-report-2016>>).

<sup>43</sup> La dichiarazione (contenente una serie di principi in materia ambientale) è stata emanata alla conclusione dei lavori della Conferenza sull'ambiente e lo sviluppo, che si è svolta, sotto gli auspici delle Nazioni Unite, in data 3-14 giugno 1992. Il testo della dichiarazione è riprodotto in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 875 ss.

<sup>44</sup> F. FRANCONI, *Da Rio a Parigi: cosa resta della dichiarazione del 1992 su ambiente e sviluppo?*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 779 ss.

matici<sup>45</sup>. Si tratta di una convenzione quadro, che presuppone, a propria volta, un'ulteriore normativa di attuazione. Detta Convenzione stabiliva l'obbligo in capo agli Stati contraenti di procedere ad una progressiva riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, fino ad arrivare al raggiungimento di un livello tale da non nuocere al clima e, di nuovo, rimetteva la fissazione di tali soglie ad accordi che sarebbero dovuti essere conclusi tra le parti. Più dettagliatamente, la Convenzione stabiliva il principio secondo cui gli obblighi di riduzione dei gas nocivi per l'atmosfera sarebbero stati stabiliti tramite accordi conclusi tra le parti contraenti, riunite nell'apposita conferenza (denominata COP): tali obblighi sarebbero poi dovuti essere di contenuto diverso a seconda del livello di sviluppo raggiunto da ogni paese contraente, secondo il principio – tipico della tutela internazionale dell'ambiente – delle responsabilità comuni, ma differenziate<sup>46</sup>.

È stato così che nel 1997, durante lo svolgimento della COP3, le parti contraenti hanno adottato il Protocollo di Kyoto<sup>47</sup>. In particolare, questo strumento introduce un meccanismo sanzionatorio, in caso di mancato rispetto degli obblighi assunti. Al contempo, il Protocollo prevede taluni meccanismi di 'flessibilizzazione' degli obblighi pattizi, il principale dei quali è la possibilità di 'commercializzare' tra i paesi contraenti gli impegni di riduzione dei limiti all'introduzione dei gas serra, nel senso che un paese contraente che non raggiunga il limite può negoziare la propria quota con i paesi che lo eccedono. Il successivo Accordo di Parigi del 2015<sup>48</sup>, da un lato prevede un maggiore impegno di riduzione delle emissioni inquinanti<sup>49</sup>;

---

<sup>45</sup> United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), conclusa a New York il 9 maggio 1992 ed entrata in vigore il 21 marzo 1994. Per gli Stati parte v. il sito <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/status-of-ratification/status-of-ratification-of-the-convention>>.

<sup>46</sup> Già previsto dal principio n. 7, della citata Dichiarazione di Rio.

<sup>47</sup> Il Protocollo di Kyoto è un trattato internazionale in materia ambientale riguardante il surriscaldamento globale, firmato l'11 dicembre 1997 nell'omonima città giapponese. L'Accordo prevedeva taluni obiettivi di riduzione dei gas nocivi per l'ambiente per il periodo fino al 2012. Successivamente la sua efficacia è stata prorogata fino al 2020, con la previsione di ulteriori obiettivi di riduzione delle emissioni. Attualmente gli Stati contraenti sono centonovantadue (per la lista v. il sito <<https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/status-of-ratification>>).

<sup>48</sup> L'Accordo di Parigi è stato adottato il 12 dicembre 2015 ed entrato in vigore il 4 novembre 2016. I Paesi firmatari dell'Accordo di Parigi sono 195 (per la lista completa vedi <[http://unfccc.int/paris\\_agreement/items/9444.php](http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php)>). Al momento esso è in vigore per centoottantanove paesi (v. il sito: <[http://unfccc.int/paris\\_agreement/items/9444.php](http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php)>).

<sup>49</sup> L'Accordo di Parigi prevede la riduzione della temperatura media del pianeta al di sotto

dall'altro, elimina la suddivisione tra le due categorie di Stati, nel senso che anche gli Stati in via di sviluppo devono contribuire al raggiungimento dell'obiettivo globale, seppure si riconosce loro un termine più ampio per il conseguimento dello scopo<sup>50</sup>.

È evidente che la Convenzione sui cambiamenti climatici sintetizza la tensione intercorrente tra sviluppo industriale e salvaguardia dell'ambiente. Per rispettare gli obblighi discendenti dagli strumenti di attuazione della stessa, gli Stati contraenti devono infatti scegliere una di queste due opzioni: o aumentano le risorse destinate alla creazione di impianti di depurazione e all'impiego di energie pulite; ovvero accettano di ridurre i propri piani di sviluppo industriale.

Tali tensioni sono bene evidenziate dal recesso degli Stati Uniti, ad opera dell'amministrazione Trump, dal citato Accordo di Parigi. L'Accordo è stato infatti sottoscritto sotto la presidenza di Obama. Trump ha tuttavia dichiarato, subito dopo il suo insediamento alla Casa Bianca, che l'Accordo appariva contrario agli obiettivi di sviluppo economico degli Stati Uniti, dal momento che la sua applicazione avrebbe avuto effetti negativi sul piano occupazionale e che, pertanto, gli Stati Uniti cessavano, con efficacia immediata, di dare allo stesso attuazione<sup>51</sup>. Il recesso statunitense dall'Accordo di Parigi di fatto rende evidente che la scelta tra sviluppo economico e pro-

---

di 2° C rispetto ai livelli preindustriali o, almeno, di 1,5° C. In pratica l'Accordo stabilisce un doppio parametro, sul presupposto che quello più ambizioso sia praticamente impossibile da raggiungere.

<sup>50</sup> Le parti, ogni cinque anni, determinano i contributi che intendono conseguire. Ogni successivo contributo deve rappresentare un progresso rispetto al precedente e deve corrispondere al livello più elevato possibile (v. T. Scovazzi, *Il Trattato sul clima*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Milano, 2017).

<sup>51</sup> È opportuno riportare lo stralcio rilevante della dichiarazione: «As President, I can put no other consideration before the wellbeing of American citizens. The Paris Climate Accord is simply the latest example of Washington entering into an agreement that disadvantages the United States to the exclusive benefit of other countries, leaving American workers – who I love – and taxpayers to absorb the cost in terms of lost jobs, lower wages, shuttered factories, and vastly diminished economic production. Thus, as of today, the United States will cease all implementation of the non-binding Paris Accord and the draconian financial and economic burdens the agreement imposes on our country. This includes ending the implementation of the nationally determined contribution and, very importantly, the Green Climate Fund which is costing the United States a vast fortune» (il testo integrale è consultabile al sito: <<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-trump-paris-climate-accord>>). È peraltro dubitabile che gli Stati Uniti possano ritenersi svincolati dagli obblighi imposti dall'Accordo di Parigi prima del 4 novembre 2020 (v. sul punto M. GERVASI, *Sulla responsabilità degli Stati Uniti per la violazione degli obblighi previsti dall'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico in seguito alla dichiarazione di recesso*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, cit., vol. III, p. 1457 ss.).

tezione dell'ambiente finisce tuttora per dipendere dalle opzioni individuali dei singoli Stati, i quali, possono decidere di attribuire prevalenza al primo, a scapito del secondo.

D'altro canto, anche la prassi giudiziaria internazionale si è sovente mostrata non particolarmente sensibile alle istanze ambientali. Non è questo il luogo idoneo per ripercorrere l'articolata evoluzione giurisprudenziale in materia. I temi ambientali sono stati comunque presentati in varie occasioni davanti alle istituzioni giudiziarie internazionali, senza, spesso, presentare un particolare rilievo rispetto alla decisione finale<sup>52</sup>.

Insomma, nelle situazioni nelle quali il diritto del commercio internazionale è entrato in conflitto con la tutela dell'ambiente sono, in genere, le ragioni della seconda ad essere risultate recessive. Questo stato di cose rafforza un po' la sensazione che la tutela dei valori collettivi, non trovando più soddisfazione nella cooperazione internazionale, rimanga nelle mani del singolo Stato.

#### 6. Segue: *la pandemia e i rischi connessi per la tenuta dell'Unione europea.*

Da ultimo, tra le cause di contrazione della globalizzazione va certamente annoverato lo scoppio della pandemia provocata dal morbo che causa la malattia SARS-CoV2, più comunemente noto come Coronavirus<sup>53</sup>.

Il punto, ovviamente, non è il virus in sé, ma le politiche poste in essere

<sup>52</sup> Ad esempio è noto il caso c.d. ormoni, nel quale le posizioni contrapposte di Stati Uniti ed Unione europea hanno condotto il panel istituito nell'ambito dei meccanismi di risoluzione delle controversie ad adottare un approccio contrario all'introduzione, nell'ambito del commercio internazionale, del c.d. principio precauzionale (*European Communities-Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones-Complaint by Canada)*, Report of the Panel, WT/DS48/R/CAN). In dottrina v. M.P. BELLONI, *Nel limbo degli OGM: tra divergenze interpretative e disciplinari, alla ricerca di un Accordo tra Stati Uniti e Unione europea. È questione di etichetta, ma anche di etica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 129 ss.; S. POLI, *La controversia sugli organismi geneticamente modificati tra obblighi OMC e competenza comunitaria*, Napoli, 2008.

<sup>53</sup> I positivi al virus sono attualmente tre milioni, localizzati in varie parti del mondo. Verosimilmente si tratta di un dato sottostimato, a causa del fatto che molti malati sono asintomatici e che la politica indicata dall'Organizzazione mondiale della salute, al fine di razionalizzare l'uso dei laboratori di analisi e dei test disponibili, suggerisce di fare il test solo in caso di sospetto di contagio (*Laboratory Testing Strategy Recommendations for COVID-19. Interim Guidance*, 22 marzo 2020, consultabile online al sito: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331509/WHO-COVID-19-lab\\_testing-2020.1-eng.pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331509/WHO-COVID-19-lab_testing-2020.1-eng.pdf)>).

dai governi per fronteggiarlo<sup>54</sup>. Al riguardo si possono verosimilmente distinguere due modelli che sono stati posti in essere dagli Stati per affrontare l'epidemia. Il primo è quello posto in essere dalla Corea del Sud. Questo paese, pur con una popolazione molto più ristretta di quella della Cina (Stato nel quale si è sviluppato il primo focolaio del virus), si è trovato, ad un certo punto, ad essere il secondo paese al mondo per numero di contagi. Il governo coreano ha quindi deciso di attuare una sorta di sorveglianza di massa della popolazione. Nella specie, tramite strumenti elettronici venivano ricostruiti i movimenti dei soggetti risultati positivi al virus. Ciò era reso possibile dal livello altamente tecnologico del paese: ogni volta che veniva individuato un nuovo soggetto portatore, venivano ricostruiti i movimenti delle due/tre settimane antecedenti, attraverso il tracciamento delle transazioni finanziarie effettuate tramite carte di credito (l'uso del contante è estremamente limitato in questo paese), dei dati desumibili dalle cellule telefoniche (ogni cittadino possiede mediamente due cellulari), dei filmati delle telecamere di sorveglianza (le telecamere sono così capillari da consentire di tracciare, ogni nove secondi, la posizione di un individuo). Una volta ricostruiti i movimenti di ogni soggetto positivo, venivano sottoposti al test tutti coloro che con questo erano entrati in contatto e, in ipotesi affermativa, successivamente isolati.

In Cina, dopo il periodo di chiusura, al fine di garantire un graduale ritorno alla normalità, è stato adottato un modello finanche più invasivo della sfera personale. Nella specie, tutti gli abitanti sono stati obbligati ad installare una specifica *app* sul proprio cellulare. Questo *software*, tramite un algoritmo, calcola la probabilità di contagio di ciascuno sulla base di determinati parametri, quali gli spostamenti, i luoghi frequentati, la sintomatologia e i contatti sociali. Sulla base di questi elementi, lo strumento assume una colorazione diversa a seconda della rischiosità del soggetto (rosso: obbligo di quarantena; giallo: libertà di movimento limitata; verde: libertà di accesso). In occasione di ogni ingresso in un luogo pubblico ovvero in caso di fermo per strada, viene chiesto all'interessato di mostrare la colorazione della *app* sul proprio cellulare e, sulla base di questo riscontro,

---

<sup>54</sup> È bene porre in rilievo che, secondo alcuni studi, vi sarebbe finanche un nesso tra deterioramento dell'ambiente e l'emersione di nuovi agenti patogeni dapprima sconosciuti ovvero la loro trasmissione a specie diverse da quelle nelle quali essi hanno trovato origine (v. S. SHAH, *Contre le pandémie, l'écologie*, in *Le Monde diplomatique*, marzo 2020, pp. 1 e 21). Se così fosse, i rischi c.d. "esogeni" al processo di globalizzazione, anche se apparentemente slegati, potrebbero finanche rivelare intime connessioni: non è pertanto un caso se tutti e tre i fenomeni considerati appaiono antitetici, in questo momento storico, rispetto all'attuale stadio di sviluppo del commercio internazionale.

viene consentita o negata la possibilità di entrare in un dato luogo, servirsi dei mezzi pubblici, uscire per le necessità personali.

Entrambi i modelli non appaiono agevolmente replicabili nei paesi occidentali, che abitualmente presentano un elevato livello di garanzia della privacy, un uso del contante ancora piuttosto diffuso e, infine, una minore invasività delle tecnologie di ripresa visiva<sup>55</sup>.

Per la verità, l'art. 23, del GDPR<sup>56</sup>, consentirebbe di introdurre limitazioni alla tutela dei dati personali per finalità di tutela della salute pubblica, a patto che queste siano necessarie e proporzionate rispetto all'obiettivo. Pertanto, pur con determinate cautele, si può pensare di provvedere a tracciare gli spostamenti dei soggetti che si trovano in aree a rischio o a forte concentrazione di contagi<sup>57</sup>. Mentre ciò che risulterebbe scarsamente accettabile sarebbe una sorveglianza globale di tutta la popolazione, come è stato fatto nei paesi sopra indicati<sup>58</sup>. Con la conseguenza che alla possibilità di introdurre siffatte limitazioni alla tutela dei dati personali si potrà verosimilmente fare ricorso, una volta cessata l'emergenza più acuta, per evitare il ripetersi di nuovi focolai<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> V. le riflessioni di Y. NOAH HARARI, *Il mondo dopo il virus*, in *Internazionale*, 27 marzo 2020, p. 18 ss. e di J. WON SONN, *I limiti del modello coreano*, ivi, p. 29 s.

<sup>56</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in GUUE L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

<sup>57</sup> La Regione Lombardia ha recentemente lanciato una app, denominata 'allertaLOM', attraverso la quale viene monitorato l'andamento dell'epidemia rispondendo ad un questionario volontario (M. PROVERBIO, *Bilanciare privacy, economia e salute*, in *Il Sole 24 ore*, 5 aprile 2020, p. 13).

<sup>58</sup> Secondo G. DELLA MORTE, *La tempesta perfetta COVID-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, consultabile online al sito <<http://www.sidiblog.org/2020/03/30/la-tempesta-perfetta-covid-19-deroghe-alla-protezione-dei-dati-personali-ed-esigenze-di-sorveglianza-di-massa/>>, le eventuali misure di sorveglianza dovrebbero rispondere ai seguenti criteri: *formalità*: le interferenze devono essere previste da una base giuridica variamente intesa; *indispensabilità*: le interferenze devono essere necessarie nel quadro di una società democratica; *finalità*: le interferenze devono corrispondere allo scopo di protezione della salute; *tassatività*: le interferenze devono essere specificate nel modo più dettagliato; *temporalità*: le interferenze devono indicare il periodo di vigenza; *impugnabilità*: le interferenze devono essere contestabili in qualche forma; *proporzionalità*: le interferenze non devono mai essere eccessive rispetto allo scopo perseguito.

<sup>59</sup> Il modello oggi in procinto di essere attuato in Italia si basa essenzialmente sulla volontarietà degli utenti e sulla circostanza che i dati vengono raccolti tramite *bluetooth* (quindi, rilevando solo i contatti intervenuti tra dispositivi mobili vicini, senza ricorrere a meccanismi di geolocalizzazione, normalmente esclusi per effetto del regolamento n. 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a im-

Al momento, al fine di evitare che la crisi peggiori ulteriormente, si è preferito, nei paesi occidentali maggiormente esposti al contagio, procedere ad inviti a restringere i movimenti personali. Fino ad arrivare a veri e propri blocchi, chiusure e confinamenti (*lockdown*). La libertà di movimento, poi, oltre che su un piano locale, è stata limitata anche a livello internazionale: l'Unione europea, che pure su questa libertà fonda uno dei pilastri del mercato interno, ha invitato gli Stati membri a restringere gli accessi da paesi terzi per un periodo di almeno trenta giorni<sup>60</sup>. Inoltre, diversi Stati membri hanno, nei loro rapporti reciproci, sospeso l'applicazione dell'Accordo di Schengen, che come è noto consente l'eliminazione delle frontiere interne all'area.

Questa tecnica, seppure apparentemente maggiormente garantista delle libertà personali, finisce, invero, per risultare finanche più costrittiva della prassi seguita dal governo coreano. Essa, inoltre, produce serie conseguenze sul funzionamento del sistema economico, al punto che si calcola che la recessione probabile per l'anno in corso si aggirerà, nei paesi maggiormente colpiti, intorno al 10% del PIL annuo<sup>61</sup>.

È evidente, a questo punto, che occorran misure di sostegno dell'economia. A tal fine, con una comunicazione congiunta, le istituzioni europee hanno sospeso l'applicazione del Patto di stabilità e di crescita<sup>62</sup>. Come è noto si tratta dello strumento che consente di monitorare i bilanci degli Stati e di evitare i disavanzi eccessivi. In concreto la Commissione si è impegnata ad invitare il Consiglio a fare uso di tutta la flessibilità possibile nell'applicazione di detto strumento<sup>63</sup>. Tale sospensione, per funzionare

---

pedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE).

<sup>60</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council COVID-19: temporary restriction on non-essential travel to the EU*, Brussels, 16.3.2020 COM(2020) 115 final.

<sup>61</sup> Questo è la stima prevista per l'Italia e per i paesi dell'eurozona. Tuttavia, secondo talune previsioni, la flessione del PIL di taluni Stati extraeuropei particolarmente colpiti sarebbe addirittura del 25% (così, in particolare, potrebbe accadere negli Stati Uniti: v. M. MINENNA, *Coronavirus Bond: ecco l'alternativa*, in *Il Sole 24 ore*, 5 aprile 2020, p. 1).

<sup>62</sup> Siffatta misura era già stata auspicata da B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020, p. IV ss., IX.

<sup>63</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup*, Brussels, 13.3.2020 COM(2020) 112 final, p. 10 s.

efficacemente, deve essere accompagnata da una deroga alle regole sugli aiuti di Stato. E difatti, nella medesima comunicazione si è deciso di non perseguire gli Stati membri per gli aiuti che questi erogheranno a favore delle imprese per sostenerle a causa delle perdite subite per effetto della chiusura coatta<sup>64</sup>.

La Banca centrale europea, dal canto suo, ha lanciato un massiccio piano di acquisto titoli, dell'importo complessivo di settecentocinquanta miliardi di euro (denominato PEPP, *Pandemic Emergency Purchase Programme*)<sup>65</sup>. Non sono noti tutti i dettagli tecnici del piano, ma se traiamo spunto dal comunicato stampa diffuso in data 18 marzo 2020<sup>66</sup> e dalle analoghe operazioni monetarie condotte dall'Istituto di emissione durante la Presidenza Draghi, possiamo immaginare che esso implicherà l'acquisto sul mercato secondario di titoli di Stato e, probabilmente, anche di titoli privati, in modo da alleggerire il tasso di interesse che gli Stati e le imprese sono tenuti a pagare per finanziarsi sul mercato. A differenza dei piani OMT e QE lanciati nel 2012 e 2015, tuttavia, il piano attuale dovrebbe presentare una maggiore flessibilità, consentendo alla BCE di indirizzare gli acquisti verso gli Stati ed i settori che richiedono maggiori interventi<sup>67</sup>.

Infine, sono attualmente in corso di discussione ulteriori misure da parte del Consiglio. Nella specie l'Eurogruppo, in occasione di una riunione svolta in data 9 aprile 2020, ha deliberato talune azioni, le quali necessitano tuttavia ancora di ricevere implementazione attraverso ulteriori misure di attuazione<sup>68</sup>.

Tra queste meritano, tuttavia, di essere ricordate il sostegno alla proposta della Commissione europea di istituire un fondo per l'erogazione di prestiti

<sup>64</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank*, cit., p. 9 s.

<sup>65</sup> Secondo certi calcoli, questa misura potrebbe consentire all'Italia di ottenere fino a duecentoventi miliardi di euro tramite acquisto sul mercato secondario di buoni del tesoro (v. C. COTTARELLI, *Dalla Bce un aiuto da 220 miliardi all'Italia. Ecco perché non c'è soluzione fuori dall'UE*, in *La Stampa*, 28 marzo 2020, p. 10).

<sup>66</sup> *ECB announces € 750 billion Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)*, consultabile al sito <[https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200318\\_1~3949d6f266.en.html](https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200318_1~3949d6f266.en.html)>.

<sup>67</sup> V. L. LIONELLO, *La BCE nella tempesta della crisi sanitaria*, reperibile online al sito: <<http://www.sidiblog.org/2020/03/28/la-bce-nella-tempesta-della-crisi-sanitaria/>>.

<sup>68</sup> V. il comunicato stampa della riunione (*Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, consultabile al sito: <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>>).

agli Stati membri per aiutarli a fare fronte all'aumento della spesa pubblica per fronteggiare gli effetti sociali ed economici dell'epidemia. Detto fondo, denominato SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)<sup>69</sup>, graverà sul bilancio europeo e sarà sostenuto attraverso l'emissione di bond da parte della Commissione europea, con la garanzia, per almeno il 25% del totale dell'emissione, degli Stati membri della zona euro<sup>70</sup>. In sostanza, esso consentirà agli Stati membri che vi faranno ricorso di reperire risorse ad un tasso di interesse più conveniente di quello offerto dal mercato; a patto, tuttavia, che le risorse così reperite vengano indirizzate solo al superamento delle conseguenze sociali ed economiche dell'epidemia.

Più complessa appare, invece, l'introduzione di forme di effettiva condivisione del debito. Un primo passo in questa direzione è stato fatto con l'allentamento delle condizioni previste per l'accesso al MES. Nella specie, sempre in occasione dell'Eurogruppo del 9 aprile 2020, è stato deciso che gli Stati contraenti potranno fare ricorso a risorse pari al 2% del rispettivo PIL, a condizione che queste vengano utilizzate per finanziare "spese mediche dirette o indirette"<sup>71</sup>.

Maggiormente articolata risulta, infine, la possibilità di introdurre degli strumenti di debito comuni o, come si suol dire, dei coronabond: detto

---

<sup>69</sup> Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19, Bruxelles, 2 aprile 2020, COM (2020) 139 final, 2020/0057 (NLE).

<sup>70</sup> La Commissione ha per ora avanzato una proposta di regolamento utilizzando, quale base giuridica, l'art. 122, par. 2, TFUE: detta disposizione, come è noto, consente al Consiglio di concedere un'assistenza finanziaria allo Stato membro che «si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo». In realtà, è stato correttamente osservato che una diversa base giuridica consentirebbe di dare vita ad un fondo a carattere permanente per fronteggiare situazioni analoghe che potessero verificarsi in futuro. In questo caso, le disposizioni di riferimento potrebbero essere rappresentate dalle disposizioni contenute nel titolo XVIII del TFUE (concernente la Coesione economica, sociale e territoriale) ed in particolare negli articoli 174 e 175, generalmente utilizzati per la creazione di fondi strutturali. V. R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da COVID-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea?* e F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 (SURE): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, entrambi i contributi sono pubblicati in [www.sidilog.org](http://www.sidilog.org).

<sup>71</sup> V. il *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, cit., punto 16: «The only requirement to access the credit line will be that euro area Member States requesting support would commit to use this credit line to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID 19 crisis».

progetto, che allo stato appare di difficile realizzazione, si baserebbe su un'emissione di titoli europei garantiti dai vari Stati membri dell'eurozona. In concreto, il risultato pratico sarebbe quello di abbassare i tassi di interesse dei paesi più indebitati, mentre, verosimilmente, porterebbe ad un livello più elevato quelli dei paesi del nord Europa, che hanno un debito pubblico più contenuto e dispongono, conseguentemente, di maggiori margini di manovra.

In sintesi, diversi diritti che costituiscono il portato stesso della globalizzazione economica e che eravamo ormai abituati a considerare acquisiti, sono ora fortemente compressi o, comunque, sospesi. La libertà di circolazione, la libertà di impresa, le politiche economiche maggiormente orientate a favore degli investimenti produttivi piuttosto che verso quelli sociali, sono dogmi oggi fortemente messi in discussione. È presto per dire se l'impatto sarà tale da determinare un'effettiva rinuncia a valersi di detti diritti, ma certamente la deroga, pur se temporalmente limitata, appare incisiva. Dipenderà, poi, dall'azione dei governi cercare di circoscriverne l'impatto ed eventualmente rivedere in futuro l'assetto raggiunto negli anni scorsi.

## 7. *Notazioni conclusive*

Come è evidente da quanto descritto nei paragrafi precedenti, il processo di globalizzazione sta ora affrontando una fase regressiva.

Questo è dovuto ad una pluralità di fattori, tanto intrinseci, quanto esterni al processo stesso. Verosimilmente si trattava di un processo già in atto da alcuni anni, ma che, tuttavia, ha ricevuto una forte accelerazione dalla recente epidemia di Covid-19.

Difficile prevedere in che misura la globalizzazione ne riuscirà mutata. Certamente, allo stato, vari elementi sembrano deporre, nell'immediato presente, a favore di un ritorno dello Stato nel governo dei processi economici: non solo perché rinascono, finanche all'interno dell'Unione europea, i confini nazionali. Ma anche e soprattutto perché di fatto, la globalizzazione non ha finora consentito la creazione di strumenti idonei a far valere i diritti sociali e i valori collettivi alla stessa stregua e con la stessa efficacia di quelli economici.

Di fatto, anche la pandemia, ha reso evidente l'inesistenza di obiettivi economici realmente condivisi, finanche tra paesi fortemente aggregati, quali sono appunto gli Stati membri dell'Unione europea. Dal momento che sia la gestione della fase della pandemia, sia la fase della ricostruzione richiederà l'adozione di misure a carattere sociale alle categorie maggior-

mente colpite, sarà verosimilmente ogni singolo Stato che dovrà farsi portatore delle varie istanze ed essere in grado di contemperarle.

Nell'evoluzione di detto processo possiamo probabilmente identificare, almeno da un punto di vista temporale, due fasi. Nella prima, allorché l'epidemia è in corso, lo Stato dovrà intervenire pesantemente nella gestione del sistema industriale ed economico, spingendo le imprese a riconvertire la propria produzione verso i prodotti necessari alla gestione dell'epidemia (mascherine, dispositivi medici, disinfettanti, ecc.). Sarebbe infatti impensabile gli Stati eroghino aiuti 'a pioggia', come in genere avveniva in passato, senza controllare in quale misura gli stessi siano usati per creare un indotto economico nei settori sensibili<sup>72</sup>.

Detta fase sarà inoltre caratterizzata dall'adozione di provvedimenti a carattere sociale (erogazione di sussidi sociali e aiuti per la riconversione industriale) che determinerà un vertiginoso aumento del debito pubblico. Le misure assunte nel contesto della crisi economica e finanziaria del 2008 erano caratterizzate da una crescente ed invasiva supervisione delle istituzioni sovranazionali. Al contrario, le misure che occorrono ora sono soprattutto di natura sociale. In sostanza, la vera novità di questa prima fase, non è tanto nella temporanea regressione di taluni capisaldi del processo di globalizzazione quali la libera circolazione delle persone e la libertà di impresa, quanto piuttosto nel ritorno dello Stato quale soggetto attivo nella conduzione della politica economica. Occorre, infatti, fare ricorso a strumenti che nessuna istituzione sovranazionale, nella fase di attuale evoluzione dell'ordinamento internazionale, è in grado di assicurare. La fase economica che stiamo vivendo è quindi caratterizzata dal ritorno dello Stato nel governo dell'economia, con la sostanziale differenza – rispetto a quanto a suo tempo ipotizzato dal Betti<sup>73</sup> – che questo si verifica per ragioni e per motivi completamente diversi da quelli che allora ispiravano l'illustre studioso<sup>74</sup>.

Molto più difficile è, invece, ipotizzare cosa avverrà nel lungo periodo. Al riguardo, sembra invero improbabile che si prospetti un ritorno ai confini nazionali ed una reale fine della globalizzazione. L'interconnessione dei sistemi economici, a causa della forte specializzazione e della conseguen-

---

<sup>72</sup> V.R. FRYDMAN, E.S. HELPS, *Insuring the Survival of Post-Pandemic Economies*, 23 marzo 2020, reperibile al sito <[www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org)>; M. MAZZUCATO, *Capitalism's Triple Crisis*, 30 marzo 2020, *ivi*.

<sup>73</sup> V. *supra* par. 1.

<sup>74</sup> A favore di un riacquisto di sovranità da parte degli Stati v. già, con riferimento alla precedente crisi economica, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, spec. 85 ss., 145 ss.; SOMMA, *Sovranismi*, *cit.*, p. 134 ss.

temente distribuzione su scala globale dei meccanismi produttivi, renderà di fatto impossibile un effettivo ritorno al periodo antecedente alla globalizzazione<sup>75</sup>. È però credibile che il processo regressivo che era in corso prima dello scoppio dell'epidemia, che già stava conducendo ad un profondo ripensamento del neoliberismo e ad una revisione dei meccanismi distributivi, non si arresterà<sup>76</sup>. In altri termini, la pandemia è stata solo un acceleratore, ma l'impatto non sarà tale da mutare gli eventi già in corso di svolgimento. È infatti verosimile pensare che l'aggravarsi dell'emergenza ambientale e la stessa crisi del neoliberismo e delle sue 'promesse mancate'<sup>77</sup> indurranno gli Stati a perseguire modelli meno aggressivi di sviluppo economico.

---

<sup>75</sup> R. ARMSTRONG, *Coronavirus is a Global Crisis, not a Crisis of Globalization*, reperibile sul sito del *Financial Times*, [www.ft.com](http://www.ft.com)

<sup>76</sup> D. RODRIK, *Will COVID-19 Remake the World?*, reperibile sul sito [www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org): «In short, COVID-19 may well not alter – much less reverse – tendencies evident before the crisis. Neoliberalism will continue its slow death. Populist autocrats will become even more authoritarian. Hyper-globalization will remain on the defensive as nation-states reclaim policy space. China and the US will continue on their collision course. And the battle within nation-states among oligarchs, authoritarian populists, and liberal internationalists will intensify, while the left struggles to devise a program that appeals to a majority of voters».

<sup>77</sup> M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.



Maurizio Fioravanti

*Oltre il Novecento*  
*La Costituzione democratica nel tempo della globalizzazione*<sup>1</sup>

Sommario: 1. Premessa. I paradigmi della modernità giuridica – 2. Il Novecento e la Costituzione democratica – 3. Oltre il Novecento. Il posto del diritto nel ‘tempo’ nuovo

1. *Premessa. I paradigmi della modernità giuridica*

Nel titolo del Convegno<sup>2</sup> è presente un termine-concetto, che è sempre più utilizzato dalla letteratura scientifica internazionale: si tratta del ‘tempo della globalizzazione’. Anche noi usiamo la medesima locuzione non per caso nel titolo della nostra relazione<sup>3</sup>. Prendiamo le mosse da questo aspetto specifico, che può apparire perfino banale, perché ciò che più ci interessa nella redazione di questo contributo è proprio il ‘tempo’, ovvero l’emersione nella nostra immediata contemporaneità di una consapevolezza: che

---

<sup>1</sup> Il presente saggio è già apparso nel volume M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 118) Milano 2018.

<sup>2</sup> Il testo che segue riflette puntualmente la relazione tenuta al Convegno dedicato a «Sovranità e diritti nel tempo della globalizzazione» (Roma, Istituto Emilio Betti, 28 ottobre 2016).

<sup>3</sup> Da diversi punti di vista, ho avuto modo di riflettere sulle problematiche prese in esame in questo contributo in tre occasioni, che merita qui ricordare: M. FIORAVANTI, *La storia del diritto nella formazione del giurista: il modello della tradizione e le tendenze attuali*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo* (Incontro di studio, Padova, 25-26 novembre 2005), a cura di L. Garofalo, Napoli, 2007, p. 85 ss.; ID. *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l’esperienza del Novecento*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli (Quaderni Cesifin nuova serie, 60), Torino 2013, p. 13 ss.; ID., *Il diritto nelle opere della Enciclopedia*, in *Treccani. Novanta anni di cultura italiana 1925-2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2015, p. 111 ss.

il fenomeno della globalizzazione sia così rilevante da caratterizzare un ‘tempo’ nuovo, diverso da quello fino a quel punto dominante, che poi altro non era che il ‘tempo’ della modernità, che si era disteso lungo diversi secoli in Europa, per giunta realizzandosi in forme diverse, ma che dall’osservatorio del Novecento veniva percepito come una vicenda unica, che in definitiva era quella che ancora oggi contrassegniamo come la vicenda, o l’esperienza dello *Stato moderno in Europa*.

È questa la vicenda che oggi non pochi ritengono conclusa, essendosi aperto un ‘tempo’ nuovo, che per l’appunto è quello della globalizzazione. Un ‘tempo’ che si ritiene essere non più comprensibile con le categorie del ‘moderno’, e in particolare con quelle che hanno sostenuto il lungo tragitto dello Stato moderno in Europa. Dunque, un approccio impegnativo, e il conseguente profluvio – qualche volta anche assai disinvolto – di discorsi sui caratteri della nostra età contemporanea che sarebbero di stampo ‘post-moderno’, misurati cioè sulla loro distanza o divergenza nei confronti del ‘moderno’, che avrebbe così, secondo questa diffusa opinione, concluso la sua esperienza in sostanza nel corso del Novecento, nel contesto di un’imponente trasformazione di cui parte essenziale è la stessa globalizzazione.

Dico subito che questa è una ricostruzione che convince fino ad un certo punto. Proclamare conclusa l’esperienza storica della modernità può essere anche corretto, e soprattutto funzionale a mettere nel giusto rilievo le trasformazioni del Novecento che effettivamente hanno avuto una profondità che molti a ragione considerano di carattere ‘epocale’. Illustrare e misurare questa profondità è stato spesso utile, soprattutto nell’ambiente culturale dei giuristi, da sempre portati, per antica abitudine mentale, a enfatizzare la continuità, ad occultare le fratture, a considerare le trasformazioni come movimenti che alla fine non producono mai abbandoni assoluti, ma piuttosto assetti nuovi che tali sono, ma che tuttavia spesso non per caso vengono letti in chiave di semplice ‘perfezionamento’ dell’assetto precedente, in omaggio a questa atavica avversione dei giuristi nei confronti di ciò che si pone nella storia nei termini dell’assolutamente nuovo.

Bene. Bisogna però subito aggiungere che esiste oggi anche l’eccesso opposto, che è invalso soprattutto negli ultimi decenni, che consiste nell’interpretare ogni anche minimo discostarsi della esperienza giuridica e costituzionale contemporanea dai canoni codificati del ‘moderno’ come l’inizio della sua fine. In una valutazione equilibrata del nostro presente costituzionale si devono evitare proprio questi due ‘opposti’: non la pesante permanenza del ‘moderno’, magari articolato in modo diverso, ma in sostanza in un quadro complessivo in cui si respira l’aria del ‘moderno’ medesimo come destino necessario ed irreversibile; ma neppure l’opposto,

ovvero un moderno volatile, sempre sul punto di dissolversi, o addirittura già concluso, a favore di un 'tempo' nuovo, per ora genericamente definito 'post-moderno', che si costruisce cioè per differenza, o per contrasto, non essendo più i suoi caratteri essenziali corrispondenti a quelli che storicamente sono propri del 'moderno', secondo quanto descritto e delineato nei grandi paradigmi della modernità giuridica. Quei paradigmi che lo stesso 'moderno' aveva provveduto ad edificare nel suo momento di più alto fulgore, tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e i primi decenni del Novecento.

In effetti, la modernità – e in particolare quella giuridica, di cui ci occupiamo – ha celebrato sé medesima attraverso la costruzione di una serie di paradigmi, in un torno di tempo ben preciso, tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e i primi decenni del ventesimo. Ho sviluppato questo punto in altra occasione<sup>4</sup>. Qui, è sufficiente ricordare che i paradigmi che la cultura giuridica e costituzionale europea ha costruito nel momento del suo più alto fulgore, tra Otto e Novecento, condensandovi quelli che devono essere intesi come i caratteri essenziali del diritto moderno, sono due, tra loro in diverso modo intrecciati : quello weberiano della amministrazione dotata della qualità della istituzionalità, che la rende capace di esprimere un'attività a sua volta dotata di alcune precise qualità, tra cui principalmente quella della calcolabilità, e quello che chiamo hobbesiano, che individua nel riconoscimento del sovrano il primo passo assolutamente necessario per la affermazione di un ordine politico, senza il quale null'altro di ulteriore si può costruire, compresi i diritti. L'esperienza costituzionale del 'moderno' si sviluppa proprio su questi due lati, richiamando per un verso il valore della istituzionalità, dell'ordinamento e delle sue regole, e per altro verso il valore della decisione, della volontà che opera in senso costitutivo, con l'intento di determinare il principio di unità politica.

In quei decenni decisivi e così ricchi di teoria politica e costituzionale abbiamo in Europa regimi politici diversi: una Repubblica, la Terza in Francia, il secondo *Reich* in Germania, con un'influenza ancora rilevantissima della componente monarchica, un parlamentarismo mutato profondamente in Inghilterra, con l'emersione della figura del *Premier*. Ma la diversità delle formule che si usano per la costruzione del governo non può e non deve impedire la percezione della esistenza di una cultura costituzionale comune, che può dirsi senz'altro una cultura europea. È questa la cultura dello *Stato*

<sup>4</sup>Mi riferisco a M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in «Enciclopedia del diritto», Milano 1990, vol. XLIII, poi anche in ID., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993.

*liberale di diritto*, che è la comune forma di Stato dominante in Europa tra Otto e Novecento, prima dell'avvento delle Costituzioni democratiche. È questo anche il tempo della modernità giuridica trionfante, che si rispecchia nelle istituzioni politiche e nelle dottrine costituzionali dello Stato liberale di diritto. E i paradigmi sono quelli che da sempre conosciamo. In particolare i due che abbiamo già nominato, quello weberiano della *istituzionalità della amministrazione* e del suo modo di operare in senso razionale e calcolabile, e quello hobbesiano, che pone nel *riconoscimento del sovrano* la condizione iniziale necessaria per l'esistenza stessa di un principio di ordine politico.

In altra occasione<sup>5</sup> abbiamo mostrato come i due paradigmi s'intreccino nella cultura costituzionale dominante in Europa tra Otto e Novecento, producendo un'immagine complessiva che è quella dello Stato che con la sua legge espressione del principio di sovranità politica domina l'esperienza giuridica, ma che nello stesso è limitato da questa stessa legge. È il segreto dello Stato di diritto, sovrano e limitato nello stesso tempo. E quando si dice che la modernità giuridica in questo stesso torno di tempo raggiunge il suo punto più alto, s'intende precisamente dire proprio questo: che tramite la figura istituzionale dello Stato di diritto essa esprime al meglio la sua virtù più alta, che è per l'appunto quella di significare con il medesimo gesto, ovvero l'emanazione della legge, il suo carattere più essenziale, che è proprio quello di esprimere insieme forza e limitatezza, sovranità sul diritto, e sottomissione al diritto. E in effetti, se ci pensiamo bene, ci accorgiamo che lo straordinario successo conseguito dalla formula dello 'Stato di diritto' sta proprio dentro questa ambivalenza, che consente di pensare allo Stato nei termini della sovranità, ed anche della forza, e nello stesso tempo nei termini dell'ordinamento giuridico, del primato delle regole, dei limiti.

Ma la vicenda che ci siamo proposti di narrare non è finita qui. La parabola del 'moderno' raggiunge il suo punto più alto tra Otto e Novecento, ma non si ferma lì, né subito, appena raggiunto quel punto, inizia la parabola discendente. A conferma del carattere storicamente multiforme del 'moderno' – che riteniamo essere un punto decisivo, sul quale certamente torneremo – si apre nei primi decenni del Novecento una nuova vicenda, diversa da quella precedente dello Stato liberale di diritto, ma a nostro parere ancora interna all'orizzonte complessivo del 'moderno'.

---

<sup>5</sup> M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione nella epoca del diritto pubblico statale*, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, (Quaderni del Laboratorio Kelsen), a cura di F. Mancuso-G. Preterossi-A. Lucci, Milano-Udine 2013, p. 221 ss.; ed anche in forma più sintetica M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna 2009, p. 53 ss..

Si tratta della vicenda della *Costituzione democratica*, intesa come ‘tipo’ storico di Costituzione: precisamente il terzo ‘tipo’ storico, che segue il primo cui si riconnettono le Costituzioni dell’età rivoluzionaria, della fine del diciottesimo secolo, e il secondo cui si riconnettono le Carte costituzionali dell’età liberale, del diciannovesimo secolo. A partire dalla Costituzione-madre della famiglia delle Costituzioni democratiche del Novecento, che è la Costituzione di Weimar dell’11 agosto del 1919, attraverso l’esperienza delle Costituzioni sorte dalle ceneri dei regimi totalitari, come la nostra italiana, si avrà così un ‘tempo’ ancora nuovo, che è quello della *supremazia della Costituzione*. È questo un ‘tempo’ diverso da quello precedente dello Stato liberale di diritto. Avremo cura a questo proposito di mostrare le differenze. Ma fin d’ora diciamo che i protagonisti di questo passaggio, che pure presenta elementi anche di forte e radicale discontinuità, non ritengono mai di essere in viaggio verso un punto che si poneva oltre le colone d’Ercole della modernità giuridica. Come vedremo, la cultura costituzionale che sorregge nel corso del Novecento lo sforzo teso a generare il primato della Costituzione come norma giuridica si distacca nettamente dalla cultura costituzionale ancora dominante in Europa tra Otto e Novecento, nel segno di un superamento progressivo della centralità dello Stato nella costruzione degli assetti costituzionali, ma non pensa mai, in nessuna fase della sua esperienza, ad una liquidazione della eredità dello Stato moderno, con le sue dottrine, con le sue istituzioni.

Si dovrà dunque procedere ancora, oltre il ‘tempo’ delle Costituzioni democratiche del Novecento, per ritenere che ormai la distanza percorsa era tale da farci concludere che si era usciti dai confini del ‘moderno’. È questo l’ultimo punto della nostra trattazione, nel quale cercheremo di comprendere quale sia più precisamente l’elemento che ha scatenato la convinzione che si stia inaugurando – diciamo a partire dall’ultimo quarto del secolo scorso – un ‘tempo’ nuovo, diverso da quello moderno fino al punto di porsi per l’appunto nei termini di un altro tempo, dotato di caratteri essenziali radicalmente divergenti da quelli che contrassegnavano il ‘moderno’ medesimo. Se lo si chiama ‘tempo’ della globalizzazione è perché si ritiene che in quest’ultima risieda un potenziale sufficiente a scardinare definitivamente le porte del ‘moderno’, che aveva fino a quel punto, nella sua plurisecolare esistenza, assunto varie forme, ma evidentemente senza mai subire una sfida così forte ed intensa, del tipo di quella che contro di esso ha lanciato la globalizzazione.

## 2. *Il Novecento e la Costituzione democratica*

Può ora essere utile un passo indietro, alle radici del ‘moderno’. Per realizzare compiutamente quale rilevanza rechi in sé la consapevolezza dell’avvenuto completo declino del ‘moderno’ nell’ambito della storia giuridica e costituzionale europea può qui essere utile sommariamente ricordare le ‘forme’ del moderno che si sono succedute nel tempo. Storicamente infatti il ‘moderno’ non è rappresentato da un’unica soluzione istituzionale, in ipotesi da quella più nota e più recente, data dallo Stato liberale di diritto scaturito dalla Rivoluzione e dominante in Europa tra Otto e Novecento. È chiaro che se confrontiamo direttamente il nostro presente costituzionale con il ‘modello’ di quello Stato di diritto, a sua volta considerato come l’apice della modernità giuridica, non possiamo concludere altro che in un senso: che oggi non si ha più alcuno Stato ‘moderno’, perché non si ha più attivo un principio di sovranità di quel certo ‘tipo’, un diritto statale codificato del medesimo ‘tipo’, e così via.

Ma il punto è che il ‘moderno’ nella storia costituzionale europea non è solo quello su cui si è innestato ed è cresciuto lo Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento. Il ‘moderno’ è più concretamente raffigurabile *come una forza*, o *come una tendenza*, che opera in quella storia nelle sue diverse fasi, all’interno di un percorso multiforme e plurisecolare. All’inizio, nella prima età moderna, lo troviamo presente nella costruzione del governo dei territori, orientato sempre più secondo il modello weberiano della amministrazione dotata del carattere della istituzionalità e capace di esprimere un’attività ispirata ai caratteri della razionalità e della calcolabilità. È poi elemento essenziale e decisivo nella configurazione dello Stato giurisdizionale dei secoli centrali dell’età moderna – quelli tradizionalmente contrassegnati come secoli dello Stato assoluto – portando in campo, accanto all’elemento dell’amministrazione, la forza della politica, espressa nel principio di sovranità, anche se in modo ancora più o meno pesantemente condizionato dalla permanente strutturazione in senso pluralistico della realtà sociale e istituzionale. Ed infine il ‘moderno’ assume certamente la configurazione ben nota che ad esso è attribuita dalla Rivoluzione, che presuppone l’avvenuta rivoluzione dei diritti, il principio di uguaglianza, e infine il diritto integralmente codificato, e perciò finalmente unico, espressione dello Stato legislativo di diritto, che la cultura giuridica del suo tempo presenta come ‘tipo’ storico di Stato che nello stesso tempo realizza per un verso il dominio della legge sulla realtà sociale, e per un altro verso la sottoposizione della sua forza originaria, condensata nel principio di sovranità, a quella medesima legge. È questo in effetti il segreto che sta alla base della straordinaria

fortuna dello Stato di diritto, che è data dalla sua strutturale ambivalenza, dall'essere insieme, e nello stesso tempo, *sovranità e garanzia del limite, forza e intrinseca condizione di limitatezza del potere*.

Altrove abbiamo analizzato il succedersi di queste 'forme' lungo il plurisecolare itinerario del 'moderno'<sup>6</sup>. Qui le abbiamo semplicemente menzionate per avere presente la profondità del problema che abbiamo di fronte quando ci poniamo nel nostro immediato presente nella posizione di chi ritiene che quel lungo percorso sia sostanzialmente chiuso, e cioè che l'incisione che è stata compiuta dal Novecento sulla realtà storica del 'moderno' sia così vasta e profonda da farci concludere che siamo usciti fuori da quel percorso. E così stando le cose, decisivo diviene proprio il Novecento, che può essere letto come il secolo in cui si distende compiutamente il progetto insito nel 'moderno', o come il secolo in cui quel progetto scompare definitivamente dal nostro orizzonte e in cui quindi già è aperto il nuovo 'tempo' della globalizzazione, un 'tempo' ormai del tutto 'post-moderno', dominato da un diritto della contemporaneità che vive ormai al di là del confine su cui ha arrestato la sua corsa il diritto moderno. Conviene allora guardare dentro il Novecento, che è comunque terra di confine, dove il compimento ultimo del 'moderno' s'intreccia in effetti in mille modi con la tentazione di dichiarare concluso il suo percorso, per iniziare una ricerca davvero nuova, che porti alla luce un diritto non più moderno, un diritto che è semplicemente il diritto della contemporaneità.

La nostra attenzione ricade quindi sul Novecento. Sappiamo già quello che stiamo ricercando. In una parola, vi ricerchiamo il punto di origine di una vicenda storica che alcuni sostengono essere già in atto – diciamo dall'ultimo quarto del secolo scorso – e che si porrebbe, secondo questa linea interpretativa, al di là del 'moderno', ormai concluso e archiviato. Un tempo nuovissimo, assolutamente contemporaneo, che però per ora viene definito solo per contrasto, come 'post-moderno'.

Prendiamo ora le mosse da quello che forse può essere considerato il carattere più di fondo del Novecento. A questo proposito, un autorevole studioso ha così sintetizzato il secolo in questione: «Il Novecento ha riscoperto la società»<sup>7</sup>. S'intende dire che il Novecento ha abbandonato quella

<sup>6</sup> M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2002, pp. 3-36.

<sup>7</sup> La 'riscoperta' della 'società reale' nel corso del Novecento, da parte della cultura giuridica – e noi aggiungiamo la sua 'inclusione' nel perimetro della Costituzione, quale primo carattere distintivo del 'tipo' storico della Costituzione democratica del Novecento – è il perno attorno a cui ruota l'analisi di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012.

visione di stampo giusnaturalistico che dominava nelle scienze sociali e giuridiche a seguito della Rivoluzione, e che si imperniava sul principio del soggetto unico di diritto contro la realtà delle soggettività differenziate sulla base della appartenenza di ceto. Quella visione aveva svolto una funzione determinante nell'abbattere i privilegi dell'antico regime, con la forza di un principio di uguaglianza che in sostanza era fondato sull'astrattezza. Si era dall'ordinamento considerati uguali in quanto da esso presi in considerazione in astratto, come uomini o cittadini.

Riscoprire la società significa far entrare nel recinto della Costituzione la società 'reale', non più quella immaginata dai filosofi e dai giuristi della fine del Settecento secondo il paradigma giusnaturalistico, ma la società che nei primi decenni del Novecento è già la società industriale, con la sua promessa di benessere socialmente esteso, ma anche con le sue contraddizioni, con la presenza di una quota di relazioni, tra gli individui singolarmente presi o attraverso le associazioni sindacali e di categoria, che è costantemente ed endemicamente orientata nel senso del conflitto, con il prodursi di fenomeni densi di minacciosi significati se letti dal lato del quieto e graduale incedere della società borghese del diciannovesimo secolo, come i fallimenti, ripetuti e disseminati in tutta Europa, delle grandi imprese industriali, con conseguenze sociali devastanti, come la disoccupazione di massa, o il riprodursi del pauperismo.

La Costituzione del Novecento non poteva ignorare tutto questo. Per questo motivo, si deve partire proprio da questo punto, che segna la differenza iniziale tra questo 'tipo' di Costituzione e il 'tipo' precedente, ovvero la Carta dell'età liberale. E la differenza sta proprio in questo: che la società è assente dalla Carta del diciannovesimo secolo, ed è invece presente, con tutto il suo carico di contraddizioni e di profonde disuguaglianze materiali, nel perimetro della Costituzione di 'tipo' nuovo, ovvero entro lo spazio coperto dalla Costituzione democratica del Novecento. Su questa base, le nuove Costituzioni del Novecento muoveranno dalla convinzione che tra le finalità ad esse assegnate quella principale, ed anzi primaria, sarà proprio quella del *governo del conflitto*, che passa attraverso la riduzione delle disuguaglianze, e dunque attraverso il compimento di politiche sociali ispirate dal principio della 'società giusta', che è la società che assegna a tutti una quota di beni morali e materiali – che ruotano da sempre attorno ai campi della istruzione, della salute, del lavoro e della assistenza – indispensabili per coltivare la prospettiva che per ognuno la Costituzione di fatto promette: *la prospettiva di condurre una vita libera e degna*.

Ora, per tornare al nostro problema di fondo, possiamo e dobbiamo chiederci: è questa evoluzione novecentesca del 'tipo' storico di Costitu-

zione in sintonia con il ‘moderno’, o di esso rappresenta già quanto meno una deviazione, o magari l’inizio di un nuovo ‘tempo’, destinato a distendersi oltre i confini del ‘moderno’? Noi propendiamo per la prima soluzione. Riteniamo cioè che gli uomini, le classi politiche, la cultura politica e costituzionale, che ha concorso a costruire il ‘tipo’ della Costituzione democratica, si sia mossa sui sentieri del ‘moderno’, di esso anzi enfatizzando un lato, ovvero la forza che riescono ad esprimere i poteri pubblici quando assumono una missione funzionale alla tenuta dell’intero corpo politico e sociale, com’è nel caso dei compiti che le Costituzioni democratiche loro assegnano in funzione di un obiettivo di pace e di giustizia sociale.

In una parola, fino a quando si proclama la necessità di un governo del conflitto, ora per giunta legato alla Costituzione, alla realizzazione della ‘società giusta’, si è certamente ancora nei confini del ‘moderno’, che in larga misura, a partire dalla sua radice hobbesiana, è caratterizzato proprio dal *riconoscimento del valore della politica come massima istanza di mediazione sociale*. Ed in effetti, ciò che abbiamo acclarato è che i poteri pubblici si vedono assegnato un compito in funzione di un obiettivo preciso, che è quello di garantire a tutti la prospettiva di una vita libera e degna. Abbiamo detto che questo compito si realizza nella società, attraverso l’interpretazione e la concretizzazione dei principi costituzionali, ancora per la via delle leggi di attuazione, ma sempre più spesso anche per la via della giurisdizione. Attraverso l’operato costante e ripetuto dei poteri pubblici, e della Repubblica nel suo complesso, comprensiva dei poteri dei privati che operano in campo sociale, si assiste al prodursi di una stagione che è ancora pienamente nel segno del ‘moderno’, in quanto ancora mossa da grandi ideali di carattere sociale, uniti alla fiducia nelle istituzioni politiche, nella loro capacità di portare a sintesi le contraddizioni sociali, d’indicare l’indirizzo da seguire per costruire la ‘società giusta’.

Il ‘moderno’ ha dunque *due lati*, forse fino dalle sue origini nei primi secoli dell’età moderna. Da una parte, la linea storica lungo la quale si costruisce il ‘moderno’ è quella della *neutralizzazione*, del domino della regola formale ed oggettiva sulla pluralità dei soggetti politici e sociali che popolano un determinato territorio o comunque una determinata scena di ordine collettivo; dall’altra il ‘moderno’ – e lo vedremo più avanti – si sviluppa nel senso del ‘progetto’, della indicazione in positivo ed in senso prescrittivo di un indirizzo da seguire, nella convinzione che il principio di unità politica ormai, in pieno Novecento, si salva solo sul piano dinamico, del governo attivo della realtà sociale.

Occupiamoci ora del primo dei due significati, quello attinente alla neutralizzazione, il ‘moderno’ è presente come tendenza in atto già nella am-

ministrazione dei territori della prima età moderna, nei quali emergono gradualmente i caratteri della amministrazione che il paradigma weberiano considerava di ‘tipo’ moderno: il carattere istituzionale e non meramente associativo della stessa amministrazione, la qualità che deve possedere l’agire amministrativo ‘moderno’, che è precisamente quella della calcolabilità, tale da garantire alla economia dei moderni, che sempre più si fonda e si sviluppa sull’investimento di larga scala e di lungo periodo, un quadro stabile e rassicurante. Un determinato assetto di poteri si evolve dunque verso il ‘moderno’ nella misura in cui il governo del territorio cui esso materialmente si riferisce inizia a dare sempre più spazio e rilevanza alla *forza del diritto*, ovvero al supplemento di legittimazione di cui gode un’amministrazione in modo crescente sottratta all’arbitrio del signore e dunque regolata da una logica che si presenta come oggettiva, in sé razionale.

Ma il ‘moderno’ nel filone della neutralizzazione non è solo questo. Più tardi questa stessa istanza, per quanto su un terreno del tutto diverso, si manifesterà nella valutazione del principio di sovranità affermatosi con la Rivoluzione francese nella forma della sovranità nazionale. Un certo tipo di liberalismo della metà del diciannovesimo secolo, e più avanti ancora la giuspubblicistica della Terza Repubblica, con alla testa Carré de Malberg, ripercorreranno infatti la via della neutralizzazione, qualificando in modo esplicito come ‘moderno’ quel criterio attributivo del principio di sovranità che prescindendo totalmente dal dominio di un soggetto – prima il re, e poi il popolo o la nazione – risolvendosi al contrario nel dominio di un ordine oggettivo che si esercita, in nome della Nazione, su qualsiasi soggetto. La sovranità dunque non esiste nella forma del volere di un soggetto. Esiste piuttosto nella forma di *un ordine oggettivo che domina su ogni soggetto*. Anche in questo caso il filo conduttore è *la forza del diritto*, ritenuta superiore ad ogni altra forza, perché connessa – essa sola – alla esistenza di un ordine razionale ed oggettivo, che è poi l’ordine del diritto.

Infine, questo stesso itinerario, nella linea della neutralizzazione, troverà un testimone di primo piano in Santi Romano, con la sua celebre prolusione sulla crisi dello Stato moderno, del 1909<sup>8</sup>. Qui abbiamo in modo trasparente

---

<sup>8</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, discorso inaugurale dell’anno accademico 1909-1910, Pisa 1910, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, pp. 5-26. Il testo è tornato anche di recente all’attenzione degli studiosi, che ne hanno fatto spesso il manifesto della nuova cultura giuridica, orientata in senso decisamente pluralistico e capace di guardare alle problematiche della nuova società industriale. Anche per noi lo sguardo di Romano sulla realtà sociale tra Otto e Novecento è acuto e profondo, ma la soluzione è del tutto in linea con la grande tradizione europea dello Stato di diritto, che alla fine pensa di essere sempre capace di confermarsi, mantenendo il perno del sistema nella ‘forza del diritto’, che il diritto possiede per sua intrinseca qualità, in modo autonomo e originario.

un giurista alle prese con un mutamento sociale impetuoso, che alcuni vedono anche come qualcosa di minaccioso, tale addirittura da minare alla base il corpo sociale della nazione che sembra scomporsi, per poi ricomporsi secondo criteri prettamente economico-corporativi, quasi facendo rinascere una società neo-feudale. Questo vede Romano dal suo punto di vista: «federazioni o sindacati di operai, sindacati padronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza». È una società infinitamente più ricca di quella immaginata dal giusnaturalismo della Rivoluzione che conosceva solo la Nazione, che poi sarà nel diciannovesimo secolo soprattutto Stato e individuo.

Ma l'arricchimento si traduce subito in minaccia: che gli interessi economici organizzati si coalizzino portando alla luce la diretta funzionalità delle istituzioni pubbliche alla loro promozione e tutela. In questo modo si rischierebbe di perdere il più alto beneficio apportato dallo Stato moderno nella sua plurisecolare vicenda storica, che è quello della neutralizzazione, della *depersonalizzazione*. Così scrive Romano sintetizzando il cuore del 'moderno', e del suo Stato, che non può assolutamente andare perduto:

Il principio cioè che lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto.

La 'forza del diritto', dunque. Che il diritto abbia una sua 'forza', che è propria e originaria, non derivata cioè dai soggetti politici e sociali, in quanto a sé inerente, in forma 'naturale' e 'necessaria', è la convinzione più profonda di Romano e della cultura giuridica europea ancora dominante nei primi decenni del Novecento. E nello stesso tempo è l'elemento più decisivo ed essenziale del 'moderno', proprio quello che ritroviamo nelle ultime parole del brano di Santi Romano: la 'forza' insita nel diritto, da esso originata, in esso originaria.

Ma come si diceva poco sopra due sono i modi di esistenza del 'moderno' presenti nel corso del Novecento. Se è vero che il 'moderno' nel campo giuridico risponde soprattutto a questa esigenza di neutralizzazione, ovvero al bisogno di far valere la forza del diritto come forza obbiettiva, assolutamente indispensabile al vivere civile, che altrimenti sarebbe perennemente lacerato dall'agire unilaterale dei soggetti politici e sociali presenti

sulla scena collettiva, è anche vero che questo medesimo moderno non è disposto esclusivamente in senso difensivo, di custodia cioè della integrità del corpo politico – della Nazione, in primo luogo – a fronte delle azioni di segno unilaterale degli interessi economici e corporativi organizzati.

Si rimane a nostro avviso ancora nel campo del ‘moderno’ anche quando tende a prevalere l’aspetto propositivo o progettuale, quando cioè si avverte in primo luogo il bisogno di partecipare ad un’opera di carattere collettivo, contrassegnata da una o più finalità essenziali, tali cioè da qualificare nella sua ‘essenza’ la collettività in movimento. Non è difficile intravedere qui il ‘popolo’, o la ‘Nazione’, o la ‘repubblica’, che operano in attuazione della Costituzione, per la concretizzazione e realizzazione dei principi costituzionali, ad iniziare da quello che più caratterizza le Costituzioni democratiche del Novecento, che è ovviamente il principio di uguaglianza. Ad esempio, per dire cosa a tutti nota, la ‘Repubblica’ del secondo comma dell’articolo terzo della nostra Costituzione. Qui il ‘moderno’ opera nel senso di ritenere possibile che la ‘forza del diritto’, che è fin dall’inizio il cuore del diritto moderno, possa e debba esprimersi non solo sul terreno della legittimazione e della difesa dei poteri pubblici, ma anche sul terreno della definizione delle finalità primarie della convivenza civile, che in questa ultima fase sono individuate nelle Costituzioni democratiche.

Tentiamo ora di formulare i termini essenziali di una prima conclusione provvisoria. Fissiamo i seguenti punti: 1) il ‘moderno’ nella storia costituzionale europea non deve essere confuso con il ‘paradigma’ della modernità, che è un ‘modello costituzionale’ costruito nel punto più alto di sviluppo dello Stato liberale di diritto, tra Otto e Novecento. Un conto è il ‘modello’, o il ‘paradigma’, altro conto è la realtà storica, che presenta un ‘moderno’ ben più complesso ed articolato; 2) il paradigma in questione contiene allo stato puro tutti gli elementi che caratterizzano lo Stato liberale di diritto, che poi si riassumono nella sua duplice qualità, di soggetto sovrano che con la sua legge domina la società, e di soggetto giuridico, come tale in sé limitato; 3) se misuriamo il nostro presente costituzionale con il metro di giudizio del paradigma della modernità giuridica, la conclusione non può essere altro che impietosa: non abbiamo più Stato moderno in forma di Stato di diritto, e la legge dello Stato non può più nutrire la pretesa di dominare la società; 4) cade in particolare la prima funzione del diritto, che è quella della neutralizzazione, intesa come espressione della forza del diritto che nel diritto moderno è originaria, insita nel diritto stesso, non derivata dal consenso dei soggetti sociali e politici; 5) il Novecento è tuttavia realtà complessa, che a nostro avviso riesce a trovare e sperimentare un ulteriore modo d’essere del ‘moderno’, che si tradurrà nella pretesa del diritto

d'indirizzare, attraverso la nuova categoria delle norme di principio poste in testa alle Costituzioni democratiche, lo sviluppo delle comunità politiche verso obiettivi di giustizia sociale.

Nei più recenti decenni questo ultimo modo di esistenza del 'moderno' darà luogo alla esperienza oggi comunemente definita dello 'Stato costituzionale'. A nostro avviso, anche quest'ultima forma politica si svolge entro i confini dello Stato moderno. È anzi espressione specifica dello Stato moderno, così come precedentemente tale era stato lo stesso Stato di diritto, tra Otto e Novecento. Alla dimostrazione di questo assunto dedicheremo l'ultima parte di questo contributo.

### 3. *Oltre il Novecento. Il posto del diritto nel 'tempo' nuovo*

Il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale, che prende corpo alla fine del Novecento e nei primi lustri del secolo successivo, è stato descritto più volte<sup>9</sup>. Solo in tempi recentissimi si è per altro riusciti a percepire interamente la profondità del mutamento intervenuto a partire dalla metà del secolo scorso. Non si è trattato in effetti di un semplice 'perfezionamento' della precedente forma di Stato, ovvero dello Stato liberale di diritto, ma di una vera soluzione di continuità, che ha mutato il posto ed il ruolo dei due fondamentali atti per il cui tramite la Costituzione vive, realizzando ed attuando i principi costituzionali, ovvero l'atto del legiferare e l'atto del giudicare.

Com'è noto, il mutamento è andato nel senso di un superamento progressivo della concezione rivoluzionaria della Costituzione come *loi politique*, intesa cioè come ordinamento dei poteri, che ad essi riferisce i suoi precetti, e non ai cittadini, i quali dunque rimangono estranei alla Costituzione, o al massimo ne percepiscono l'esistenza mediatamente, per il tramite di una legge di attuazione. Il superamento si realizza attraverso il crescente valore precettivo diretto delle norme costituzionali di principio, che divengono effettiva disciplina dei rapporti tra i consociati, spesso mediante il ruolo

<sup>9</sup> Che lo Stato costituzionale del Novecento sia cosa diversa, e non mero perfezionamento, della forma politica che nella tradizione costituzionale europea è denominata 'Stato di diritto' era al centro, come asse portante, della ricerca condotta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992. Nella letteratura più recente, si dispone oggi di una sintesi di grande chiarezza ed efficacia: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in «Enciclopedia del diritto – Annali» VIII, Milano 2015, pp. 263-358. Proprio allo 'Stato costituzionale' è dedicata la raccolta di scritti in onore di Enzo Cheli (*Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e le prospettive internazionali. Scritti in onore di E. Cheli*, a cura di P. Caretti-M.C. Grisolia, Bologna, 2010).

sempre più ampio e decisivo della funzione giurisdizionale. Lo Stato costituzionale che in questo modo si va strutturando è in effetti ben diverso dallo Stato liberale di diritto, per il disconoscimento, che di fatto avviene, del legislativo come *suprema potestas*, per la scoperta – tema questo che possiamo solo sfiorare – della zona della *inviolabilità*, dove si trovano i principi supremi e i diritti fondamentali che non possono essere legalmente sovvertiti, per il ruolo sempre più ampio della giurisprudenza. Ma continua a nostro avviso ad essere parte della vicenda dello Stato moderno in Europa.

Ovviamente sono profonde le differenze tra lo Stato costituzionale odierno e ogni altra forma che abbia assunto lo Stato moderno nella sua plurisecolare vicenda, dalla amministrazione dei territori nella prima età moderna fino allo Stato liberale di diritto della fine del diciannovesimo secolo. In particolare sembra essersi molto attenuata nello Stato costituzionale quella *lotta per la sovranità*, che aveva caratterizzato fin dall'inizio l'itinerario dello Stato moderno, proteso verso la conquista di una posizione di monopolio nell'esercizio dei poteri d'*imperium* sul territorio, nel potere di giudicare come terzo neutrale, nel potere di chiamare alle armi per la difesa del territorio, nel potere d'imporre i tributi.

Noi stessi, in un recente contributo<sup>10</sup> abbiamo proposto di definire l'ordinamento dello Stato costituzionale come *un ordinamento a sovranità indecisa*, che dal punto di vista dei canoni del diritto moderno suona come qualcosa di assolutamente contraddittorio, e prima ancora anzi come qualcosa d'impensabile, poiché nei paradigmi del diritto moderno, e in particolare in quello hobbesiano, se c'è un ordinamento positivamente presente non può non esserci un sovrano, almeno nel senso della indiscutibilità dei criteri d'identificazione del potere sovrano, ovvero del soggetto che impersona il principio di sovranità. Eppure, nello Stato costituzionale c'è un ordinamento positivamente vigente, c'è esercizio dei poteri pubblici, ma non c'è più un soggetto che impersona il principio di sovranità. Tale non è più infatti il legislatore, che nello Stato costituzionale ha perduto la sua posizione di monopolio nella interpretazione ed attuazione dei principi costituzionali. Ora può accadere che si formi un processo di attuazione dei principi costituzionali per via giurisprudenziale. E che l'esito di questo processo si ponga in contrasto con l'interpretazione che dei principi costituzionali è stata data da parte del legislatore.

---

<sup>10</sup> M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1 (2016), pp. 7-20. A conclusioni simili perviene P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislazione nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis*, a cura di A. Cardone-F. Donati M.C. Grisolia-G. Tarli Barbieri, Napoli 2016.

In questo caso non vi sono principi chiari ed univoci che diano ragione all'uno o all'altro, se al legislatore in nome del principio di sovranità popolare, o alla giurisdizione in nome della supremazia della Costituzione come strumento massimo di tutela dei diritti fondamentali. La soluzione non può dunque andare nel senso di privilegiare l'uno o l'altro, sul presupposto di dover comunque attribuire ad uno dei due il diritto all'ultima parola, come se fosse quel potere, a preferenza dell'altro, il soggetto deputato a dire la 'verità' sulla Costituzione. La verità è che con lo Stato costituzionale siamo già un po' fuori dalla versione 'classica' e paradigmatica dello Stato moderno, secondo cui non c'è ordinamento senza un soggetto che sia qualificabile come *suprema potestas*, come tale capace in esclusiva di dire la 'verità' sulla Costituzione.

Non siamo però ancora fuori dalla esperienza storica complessiva dello Stato moderno in Europa. Le Costituzioni democratiche del Novecento, come la nostra del 1947, hanno infatti – come già abbiamo messo in luce – una seconda 'natura', che consiste nella rappresentazione di un indirizzo fondamentale, rivolto e perseguito nella direzione della 'società giusta', che è la società in cui ad ognuno sia garantita una prospettiva di vita libera e degna. Su questo piano siamo dunque pienamente nel Novecento, che è infatti il secolo in cui il conflitto sociale si mostra in modo palese entrando nel perimetro della Costituzione, che inizia a farsene carico, attribuendo alla collettività 'compiti' di ordine sociale, secondo lo schema a tutti noto del secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione.

Noi consideriamo questo secondo carattere delle Costituzioni democratiche come un elemento forte, facente parte a pieno titolo della esperienza complessiva dello Stato moderno in Europa. È vero infatti che quello Stato si qualificava come 'moderno' in primo luogo per la forza che esprimeva il diritto nel compimento della sua missione in senso neutralizzante, specialmente attraverso la rappresentazione in esso del principio di sovranità. Ma nella vicenda complessiva dello Stato moderno in Europa c'era anche questa seconda missione del diritto, che era quella di prescrivere un indirizzo, di assumere un compito cui adempiere collettivamente. Si può dire anzi che il 'moderno' sia rappresentabile nel suo complesso proprio come una costruzione *a due lati*, ciascuno dei quali richiama, per il proprio verso, la *forza del diritto*: la forza passiva della neutralizzazione che nel corso di tutta l'età moderna, fino dai primi secoli, è forza decisiva per l'instaurazione e la legittimazione dei poteri pubblici sul territorio; e la forza attiva del governo, che nel Novecento è governo del conflitto, nel senso che finalmente, dopo tanto riferirsi teorico e pratico alla società, si scopre che in essa è endemica e strutturale la presenza proprio del conflitto, che la Co-

stituzione non può non riconoscere e immettere nel suo perimetro, attribuendo così ad esso rilevanza costituzionale.

Ma allora, se tutto questo è parte ed espressione del ‘moderno’, quando finalmente viene il ‘tempo’ nuovo, e perché esso è così strettamente associato alla globalizzazione? Il migliore modo di rispondere a questa domanda, che per altro molti si pongono, non è quello d’inerpicarsi per gli incerti sentieri del ‘post-moderno’, a tutt’oggi, dopo tanto discorrere, ancora quasi del tutto inconsistenti. È concettualmente e storicamente di gran lunga preferibile associare l’emersione de ‘tempo’ nuovo al superamento del Novecento. Il ‘tempo’ nuovo è dunque prima di tutto *oltre il Novecento*, ovvero oltre la scoperta del conflitto sociale e la sua inclusione nel perimetro della Costituzione. Quando quella ‘scoperta’ cessa di avere rilevanza, quando declina l’idea stessa del governo del conflitto, legato al processo di realizzazione dei principi costituzionali, è lì, in quel punto, che il ‘moderno’ muore.

Tornando ora da ultimo al Novecento, non si può non rilevare come tutto il percorso disegnato nello svolgersi di quel secolo muova da un dato di partenza. Era quello che metteva la ‘tradizione’ dello Stato moderno in Europa a confronto con il dato oggettivo della ‘crisi’, di cui già parlava Romano nel 1909. La ‘crisi’ era sentita nella forma di una minaccia sempre attiva, diretta a favorire il dominio degli interessi economici organizzati e alla fine a scomporre per interessi sezionali il corpo politico della Nazione. Alla ‘crisi’ si rispondeva ribadendo la *forza del diritto*, che sicuramente avrebbe messo in salvo il patrimonio plurisecolare dello Stato moderno in Europa. Ne era certo Santi Romano, e con lui lo erano i giuristi europei dello Stato liberale di diritto. Ma ancora più avanti, in pieno Novecento, quel patrimonio sarebbe stato tutelato con altri ed ulteriori strumenti, che si ponevano questa volta sul piano della dottrina della Costituzione. Il governo di cui si aveva ora bisogno per contrastare la crisi economico-sociale, i fallimenti dei mercati, o dolorosi fenomeni sociali come la disoccupazione di massa, non era più infatti solo una forza di contenimento e di preservazione. Diveniva invece in modo esplicito un governo attivo, d’indirizzo, che coinvolgeva soggetti pubblici e privati in un esercizio coordinato dei rispettivi poteri discrezionali, che poi avrebbero dovuto tutti confluire nell’indirizzo costituzionale o fondamentale, che segnava la via della attuazione della Costituzione, che era poi nei fatti la costruzione della ‘società giusta’, disegnata in Costituzione come società entro cui ciascuno è dotato dei beni essenziali necessari per il perseguimento dell’ideale di una vita libera e degna.

Ora, se ricomponiamo tutti questi ‘pezzi’ del Novecento ci accorgiamo che il filo conduttore è sempre l’assunzione in Costituzione del conflitto sociale, e la necessità di un suo governo, che da ultimo assume decisamente

i tratti di un progetto ispirato da principi generali di giustizia. Lo Stato moderno e la sua amministrazione, le Costituzioni democratiche del Novecento con l'attribuzione alla Repubblica dei decisivi compiti di ordine sociale, tutti insieme fanno parte del 'moderno' e della sua proiezione in età contemporanea. Oltre tutto questo c'è il tempo 'nuovo', che è tale perché prescinde dalla società reale con il suo carico materiale di conflitti e di disuguaglianze. È 'nuovo' perché è sradicato dai territori, sospeso nel vuoto, disperso nella dimensione globale. Con la pretesa di avere, costruire ed applicare diritto anche senza territorio, senza Stato, e perfino senza Costituzione, finisce davvero il 'tempo' occupato dal 'moderno', che complessivamente si configura come un 'tempo' di 'crisi', ma anche di risposta alla crisi, di governo della società e delle sue contraddizioni. Il 'tempo' nuovo inizia quando tutto questo finisce. E finisce perché qualcuno – pochi o molti, comunque una parte rilevante ed autorevole della cultura giuridica – torna a pensare, come prima del 'moderno', come ai tempi dell'ordine giuridico medievale, alle armonie del diritto e della società, che in questa linea tornerebbero di nuovo a realizzarsi, ora che il 'moderno', ormai declinante, non ha più la forza necessaria per progettare e realizzare il governo dei territori e della società, proprio attraverso il ruolo protagonista del diritto. Quest'ultimo, libero dai compiti politici che il 'moderno' aveva ad esso assegnato, di costruzione dell'amministrazione e del governo del territorio e della società intera, ed alla fine, con le Costituzioni democratiche, perfino di definizione in senso normativo delle finalità dell'intera collettività politica, tornerebbe così ad essere pienamente 'diritto', non più prigioniero della politica, libero di esplicare la funzione ordinante sua propria, di ricercare in libertà le soluzioni più eque e commisurate, non per caso sempre più con lo strumento della giurisprudenza.

Ma soprattutto nella dimensione globale non si inciampa più nelle miserie e nelle contraddizioni della società. Questo è oggi in effetti il pensiero di molti. Che sia finalmente terminata la dannazione del 'moderno' e del suo diritto. Di più ancora: che sia finita la pretesa del diritto di essere 'governo', o addirittura 'progetto', o 'indirizzo'. Di costruire Stati, o di riflettere l'intera società nelle Costituzioni. Liberato da tutto questo il diritto diviene allora solo ciò che serve, qui ed ora, per comporre in modo adeguato e commisurato gli interessi in gioco.

Abbiamo dunque risposto al nostro quesito. Il 'moderno' si dissolve quando viene a concludersi il Novecento stesso, inteso come tempo in cui ancora era ben presente la figura dello Stato moderno, ed in cui era ancora ben viva la missione del governo del conflitto, che anzi aveva trovato nelle Costituzioni democratiche una nuova sede di riconoscimento, ed insieme

le ragioni profonde di quel governo e della sua missione, che si collegava con i principi generali di giustizia, tradotti in principi fondamentali posti in testa a quelle medesime Costituzioni.

Ma quando il 'moderno' declina ci accorgiamo quasi subito che qualcosa'altro se ne sta andando, insieme a quella epoca. Nel momento in cui divengono sempre meno vivi e marcati i tratti del 'moderno', quasi subito ci accorgiamo che insieme a quei tratti divengono sempre più flebili anche le tracce di uno dei protagonisti del 'moderno', ovvero del giurista. Nel 'tempo' nuovo non c'è più bisogno di lui. Il diritto è ormai divenuto tecnica. Ha bisogno di 'consulenti', di 'esperti legali', di scienze nuove in bilico sui confini tra diritto, economia, statistica, sociologia. La scienza giuridica è un ricordo, che ha avuto la sua ultima stagione tra Otto e Novecento.

Pier Giuseppe Monateri

*The 'Anonymous Matrix'*  
*Diritti umani e spazi imperiali nell'era globale*

Nell'affrontare la questione dei diritti umani debbo fare due precisazioni metodologiche.

La prima è che io mi occuperò essenzialmente del *discorso* sui diritti umani, cioè del modo in cui sono prodotte e recate le riflessioni che li riguardano, ovvero della 'matrice' che genera il modo in cui si parla di tali diritti. Ciò che dirò sarà quindi essenzialmente sempre una analisi non tanto dei diritti umani in sé, ma del modo in cui le teorie sui diritti umani sono costruite.

Una seconda considerazione è necessaria, ed è che in questo campo noi abbiamo sempre a che fare con 'concetti essenzialmente contesi', secondo l'analisi che di essi fece W.B. Gallie (1956) in una sua celebre comunicazione alla *Aristotelian Society*<sup>1</sup>. Ovvero, abbiamo a che fare con concetti che non solo sono suscettibili di usi alternativi, ma di *usi rivali*. In questo caso la *polemica* che è insita in ogni concetto giuridico-politico viene nascosta e iscritta nella stessa definizione rivale del concetto, in modo che le medesime nozioni sono in realtà usate per strategie differenti, e la polemica viene, per così dire, nascosta nella radice stessa della costruzione concettuale, diventando in realtà più forte di quanta ne sarebbe l'esplicitazione.

Un esempio lampante è la stessa nozione di Uomo, che, come è noto, è immediatamente contesa tra tradizioni diverse e rivali, da quella cattolica, a quella liberale, ed a quella marxista, per cui l'idea stessa di una dignità dell'uomo dipende dal contesto in cui viene situata. Usando il medesimo concetto facciamo, quindi, in realtà riferimento a piani connotativi rivali che ovviamente piegano, spesso in modo non dichiarato, l'andamento del

---

<sup>1</sup> W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1956), pp. 167-198.

discorso verso esiti giuridico-politici contrastanti.

Dico tutto ciò con speciale riferimento alla teoria dell'autopoiesi di Luhmann<sup>2</sup> così come applicata al diritto da Teubner<sup>3</sup> (1993), per un certo parallelismo che io intravedo tra questa impostazione e l'idea di Betti, analizzata da Bojan Spaić nel suo saggio sull'ermeneutica bettiana<sup>4</sup>. In base a tale concezione il diritto si presenta come un agglomerato di elementi *poetici* e *prudenziali* che rendono il sistema giuridico *attuale* e *potenziale* allo stesso tempo.

Naturalmente non mi sfugge come il testo bettiano mantenga una ambiguità essenziale nell'uso del termine 'poetico', tant'è che esso può fare riferimento al lato *artistico* della creazione giuridica, se mantenuto nel piano connotativo del latino, ovvero, ed al contrario, al lato *tecnico* del diritto, se invece inteso nel piano connotativo del greco *techne*. Una ambiguità che attraversa tutta la nostra tradizione, tant'è che essa viene mantenuta e trasmessa dall'accezione medievale di *ars* che è suscettibile di entrambe le interpretazioni, fino alla sua ricomparsa, sulla soglia del pensiero politico moderno con riferimento all'artificialità del corpo del Leviatano, che può condurci tanto verso l'idea dell'automa, dell'ordinamento come *machina machinarum*, quanto verso quella della creazione, in un certo modo *artistica*, delle idee giuridiche e politiche. Non a caso, peraltro, il testo di Hobbes è interamente costruito su una serie di metafore e di tropi.

Il mio interesse principale per tale idea bettiana della compresenza dell'atto e della potenza nel diritto si indirizza comunque anche al suo contrappunto: ovvero al meccanismo giuridico-politico che rende sempre allo stesso tempo attuale e potenziale *lo stato di eccezione*.

Questa considerazione ha, oggi, particolare rilevanza proprio nella *normalità* dell'emergenza *umanitaria* che si sta affermando come contesto ripetuto, come *pattern*, dell'azione politica internazionale. In questo modo l'emergenza umanitaria è divenuta, in realtà, il campo all'azione politica pura, nascosta dall'esigenza giuridica della protezione dei diritti umani. Ciò che voglio dire è che il trionfo degli *human rights* a livello globale dovrebbe significare il trionfo della *rule of law*, ma la costanza e la ripetizione della *emergency*, trasforma tale campo nel trionfo del politico, come decisione sull'eccezione.

---

<sup>2</sup> L. LEYDESDORFF, *Luhmann, Habermas and the theory of communication*, in *Systems Research and Behavioral Science*, 17.3 (2000), pp. 273-288.

<sup>3</sup> G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, London-New York 1993.

<sup>4</sup> B. Spaić, *Emilio Betti's Legal Hermeneutics: Between a Theory of Legal Interpretation and a Hermeneutical Theory of Law*, 2012 <<http://ssrn.com/abstract=2332187>>.

Una tale questione dell'emergenza umanitaria rende ancora più trasparente lo slittamento semantico che si sta compiendo dal riferimento alla Dignità dell'Uomo, in senso rinascimentale, verso i bisogni del *corpo*, inteso come *carne*.

In un certo senso l'Uomo 'rinascimentale' possiede, per così dire, un *Corpus Mysticum*, ovvero rappresenta un'ideale disincarnato di uomo che possiede una dignità sovrasensibile. Spesso oggi, e specie in America, il discorso sui diritti umani piega, invece, nella direzione della nascita, della morte, del genere, della sessualità, e ovviamente della fame, che sono tutte invero questioni *della carne*.

È importante sottolineare che non solo i concetti di uomo e di persona hanno un'ovvia derivazione teologica, ma che tale derivazione hanno anche i concetti di corpo e di *carne*, per la quale basti pensare all'uso paolino del termine *sarx*, e al diverso uso liturgico di *Caro* rispetto a *Corpus*.

Orbene è stato proprio Teubner (2006) a portare in evidenza l'*equazione fatale* del pensiero giuridico tradizionale tra mente/corpo e persona<sup>5</sup>.

In questo pensiero si annida, peraltro, una ulteriore ambiguità legata alle nozioni di persona in quanto contesa tra l'essere un mero artefatto semantico dei sistemi comunicativi, e l'essere però anche un costrutto di mente/corpo come *entità viventi*. Molte volte noi passiamo dall'una nozione all'altra. Dal ricordo della persona come maschera, e quindi come parte assunta nel ruolo sociale, alla persona in carne e ossa, che in realtà è l'opposto del rivestimento sociale. Questa opposizione rimane dialetticamente interna alla semantica della persona, tant'è che per renderla esplicita noi non abbiamo spesso altro strumento della segnatura grafica rappresentata dall'uso della maiuscola (Persona) per denotare ciò che nella persona la eccede, cioè proprio ciò che non è riducibile al mero corpo e alla sua carne.

Il termine persona può quindi significare tanto il mero vivente, quanto il lato mistico del vivente, che lo supera al di là della sua mera vita.

In questo senso, per Teubner, l'equazione umanistica tra esseri umani viventi e il costrutto semantico Uomo è precisamente ciò che *non* rende giustizia alla carne e al sangue « ... precisely what does not do justice to flesh and blood» (...)<sup>6</sup>.

Il mio progetto consiste quindi nella ricerca e nell'indagine sul *locus* in cui corpo e mente si *scontrano* con i diritti latenti intrinseci dei corpi-di-

<sup>5</sup> G. TEUBNER, *The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors*, in *The Modern Law Review*, 69 (2006), pp. 327-346.

<sup>6</sup> TEUBNER, *The Anonymous Matrix*, cit. nt. 5, p. 335.

carne in quanto diritti pre-giuridici e anche pre-politici; poiché la carne biologica ha evidentemente una valenza che precede quella del costruito semantico politico del corpo. In questo modo appare evidente la continuità sfondante che lega il problema dei 'latent human rights' verso una protezione compiuta dei viventi animali, *zòon*, e di tutte le forme di vita anche *non-umane*<sup>7</sup>, ed alla nozione di *nuda vita* (Agamben)<sup>8</sup>.

Nella riflessione di Agamben, infatti, il destino del diritto occidentale si compie come *produzione* di una nuda vita, cioè di una vita sottoposta al puro agire politico, non più rivestita dal diritto. Infatti se il diritto offre un *vestmentum* al *corpus*, paradossalmente l'emergenza *giuridica* legata alla decisione politica sulla sua ricorrenza sveste il corpo di tale *vestmentum* portandolo in primo piano ma producendolo come nuda vita.

Notiamo, allora, la forte discrasia tra la teoria di Teubner e quella di Agamben: in quest'ultimo la nuda vita si dà come situazione finale del mondo ridotto a *campo*, ovvero all'agire politico puro non più mediato dal diritto, mentre in Teubner i diritti latenti della vita organica debbono giungere a rappresentare una limitazione essenziale del politico.

In ciò Teubner mostra un vero e proprio afflato che Betti avrebbe inserito tra gli elementi *poetici* del diritto, affermando che: «... political human rights are relations between anonymous power processes, on the one hand, and tortured bodies and hurt souls on the other (...)»<sup>9</sup>.

Nella sua visione i diritti umani, come diritti dei corpi e della carne, diventano ciò che può opporsi alla violenza strutturale della matrice anonima dell'ordinamento globale, ma chiamano, ovviamente in causa, i dispositivi della bio-politica.

Si registra così una tensione ancora attuale tra ciò che rimane del corpo mistico della sovranità e la carne e il sangue dei sudditi nell'epoca della dissoluzione dei 'corpi politici'.

Naturalmente è interessante notare una coestensione tra gli spazi globali imperiali, come spazi di un mondo politicamente piatto, cioè privo di fratture determinate dalla diversità politica, e il discorso dei diritti umani nella direzione del pre-politico e delle pretese pre-giuridiche della carne come ciò che rimane come residuo di ciò che un tempo era un corpo politico. Infatti se analizziamo la narrativa, e quindi i tropi dei discorsi sui diritti umani, possiamo notare una narrativa che si fonda una *sottrazione* originaria, ovvero la sottrazione che trasforma la locuzione 'droits de

---

<sup>7</sup> P. Singer (ed.), *In Defense of Animals*, London-New York, 1985, pp. 1-10.

<sup>8</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 2005.

<sup>9</sup> TEUBNER, *The Anonymous Matrix*, cit. nt. 5, p. 341.

l'homme et du citoyen' in 'droits de l'homme'. La caduta del *citoyen* rappresenta una grande X, una grande cancellatura posta sul lato politico del corpo, e perciò una sua *riduzione*. Il discorso sui diritti umani si presenta in questo modo come ciò che resta quando il discorso politico viene cancellato.

Da un punto di vista 'classico' questa narrativa diviene allora il racconto di una Caduta interpretata come un fatto *positivo*. Siamo di fronte alla caduta del politico nel meramente umano, e dell'umano nel biologico, e alla esaltazione di tale caduta come una conquista positiva consistente nel superamento del politico.

Dico ciò perché in realtà il politico non è affatto caduto, ma ha semplicemente perso il suo volto pubblico, è fuoriuscito dalle strutture pubbliche per diventare anonimo e nascosto, mediante un nascondimento che è occultato dalla apparente prevalenza dei diritti umani, i quali finiscono perciò per mostrarsi come il risvolto salvifico di un occultamento.

Notiamo, infatti, che se l'uomo è un *essere* politico, ma non vive più politicamente, egli diventa soltanto un *essere* e null'altro, una carne, una mera vita biologica.

Orbene, se la vita politica possiede una sua storia, la vita puramente biologica, anche se soggetta ad evoluzione, vive al di fuori della dimensione propriamente storica per come la intendiamo. In particolare se definiamo la condizione storica come quella della sospensione di una determinata formazione sociale tra la possibilità di auto-affermazione e di annichilimento, la fine del politico rappresenta effettivamente la fine della storia e svela l'emergere dei corpi puramente biologici nella loro dimensione trans- e post-istorica.

Il 'corpo mistico' possiede una sua storia, la mera carne biologica vive al di fuori di essa. I diritti umani, intesi in questo senso, finiscono così per rappresentare la legge di soggetti non più storici, e il discorso sui diritti umani diventa inevitabilmente la chiusura definitiva della politicizzazione del mondo che fu propria della modernità, verso una riduzione finale della *Bios* nella irrilevanza storica della *Zoé*.

La mia conclusione è, pertanto, che la matrice anonima dei processi globali possa condurre alla fine degli *umani*, e che proprio l'esaltazione universalistica dei discorsi sui diritti umani, rischia di finire per includere la loro irrilevanza come la propria sostanza paradossale.



## Giacinto della Cananea

### *Una giustizia amministrativa transnazionale\**

SOMMARIO: 1. Una giustizia transnazionale? – 2. Gli argomenti contrari: la separazione tra diritto pubblico interno ed esterno – 3. Gli argomenti contrari: la giustizia amministrativa come *enclave* nazionale – 4. Confutazione degli argomenti contrari – 5. Una questione di standard – 6. I rapporti giuridici transnazionali: varietà d'interessi in gioco – 7. Le tecniche di protezione degli interessi: i procedimenti transnazionali – 8. Le tecniche di protezione degli interessi: gli arbitrati in materia d'investimenti – 9. Dai fatti alle interpretazioni

#### 1. *Una giustizia transnazionale?*

Di una giustizia transnazionale si può pensare e scrivere in più modi: in modo descrittivo, illustrando dispute che trascendono i confini d'uno Stato in ragione della natura degli interessi collettivi coinvolti, segnatamente in campo ambientale dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Aarhus (1998)<sup>1</sup>; in modo analitico-casistico, facendo riferimento a giudizi che mettono in discussione una tradizionale pretesa degli Stati, quella di giudicare

---

\* Questo scritto riunisce, in versione riveduta e ampliata, le argomentazioni da me svolte nelle relazioni tenute in due incontri di studio dedicati ai problemi della globalizzazione giuridica organizzati a Roma rispettivamente dall'Istituto Betti e dalla Fondazione Basso.

<sup>1</sup> Per un'analisi di questo istituto, M. MACCHIA, *Global Administrative Law Compliance: The Aarhus Convention Compliance Review System*, in G. della Cananea-A. Sandulli (eds.), *Global Standards for Public Authorities*, Napoli, ESI, 2012, p. 135. Sui rapporti tra le corti, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, p. 38. Per un'analisi critica (solo in parte condivisibile) quanto alla creazione giudiziale delle regole di diritto, A. VON BOGDANDY-I. VETZKE, *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, in «German Law Journal», 12 (2011), p. 5. Per un'analisi sociologica delle azioni intentate da organizzazioni non governative contro i governi nazionali, v. J. BANDY, *Reterritorializing Borders: Transnational Environmental Justice Movements on the US/Mexico Border* (5), 1997, p. 81.

in modo esclusivo i crimini commessi dai propri governanti<sup>2</sup>, o che vedono contrapposti uno o più investitori esteri e lo Stato che li ospita<sup>3</sup>; in modo teorico, segnalando il cambiamento del modo d'intendere lo Stato<sup>4</sup> o le difficoltà cui sono esposte le teorie della giustizia ancorate agli ordinamenti giuridici generali ai quali siamo da più tempo assuefatti, quelli statali<sup>5</sup>.

Dei meriti, e dei limiti, di ciascun modo si discute, con varietà di punti di partenza e di esiti. Nelle pagine che seguono, la questione di metodo non è risolta mediante una chiara opzione per l'uno o l'altro modo, bensì contemperandoli. Si è cercato, cioè, di coniugare una riflessione dotata di un sufficiente spessore sul piano teorico con la necessaria attenzione per l'ordine degli eventi reali e, segnatamente, per quelli rilevanti per il diritto. Peraltro, si è cercato di ridurre la descrizione dei fatti all'essenziale, tenendo presenti, sullo sfondo, i riferimenti di teoria. È da questi ultimi che si prenderanno le mosse, dando conto dei due principali filoni di pensiero contrari al riconoscimento d'una giustizia nei confronti dei poteri pubblici al di là dei confini statali. Alla teoria si tornerà dopo aver esaminato alcune vicende che sotto più di un profilo possono considerarsi significative delle forme di esercizio delle potestà pubbliche e dei rimedi esperibili da parte dei privati.

Resta da aggiungere un'avvertenza: la natura e i limiti di questo scritto esimono dal rendere compiuta ragione della crescente mole di studi, che in varie scienze sociali, oltre che nell'ambito propriamente giuridico, sono incentrati sull'azione dei pubblici poteri oltre lo Stato<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Tra i giudizi di questo tipo, vi è quello concernente l'ex-dittatore cileno Pinochet, arrestato nel Regno Unito su richiesta della magistratura spagnola: per un'analisi della vicenda giudiziaria, P. DE SENA, *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in «Rivista di diritto internazionale», 1999, p. 933; N. ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, University of Philadelphia Press, 2005.

<sup>3</sup> Per un inquadramento del nuovo assetto di questo ambito giuridico dopo il Duemila, si può fare riferimento a T.W. WALDE, *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in P. Kahn – T.W. Walde (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Sijthoff, Martinus Nijhoff, 2007, p. 43.

<sup>4</sup> G. SHAFFER, *Transnational Legal Process and State Change*, in «Law & Social Inquiry», 37 (2012), p. 229.

<sup>5</sup> Per una rilettura, in chiave critica, della 'classica' impostazione di John Rawls, T. NAGEL, *The Problem of Global Justice*, in *Philosophy & Public Affairs* (33), 2005, p. 113.

<sup>6</sup> L'espressione, è noto, si deve a S. ROMANO, *Oltre lo Stato* (1918), ora in Id., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 347. Per approfondimenti in sede giuridica e sociologica, S. CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press, 2012; D. Held-A. McGrew (eds.), *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, Oxford, Polity, 2007.

## 2. *Gli argomenti contrari: la separatezza tra diritto pubblico interno ed esterno.*

Coerentemente con la scelta di dare il dovuto risalto ai riferimenti di teoria, si può utilmente cominciare con l'espone gli argomenti contrari al riconoscimento della possibilità stessa d'una giustizia transnazionale. Due argomenti, in particolare, spiccano, l'uno basato sulla separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato, l'altro (che verrà considerato nel prossimo §) volto a negare l'esistenza di un diritto amministrativo al di fuori dei confini statali. Un'adeguata comprensione dei fondamenti intellettuali e dei presupposti istituzionali di questi argomenti è indispensabile, oltre che per intendere il corso delle idee, anche per saggiarne i limiti, una volta mutati quei presupposti istituzionali.

Tra Sette e Ottocento, due concezioni profondamente diverse si confrontarono, oltre che nell'area culturale tedesca, nell'intera Europa, influenzando profondamente sulla storia delle idee: la filosofia di Kant e quella di Hegel. Seppure diverse nelle basi assiologiche ed epistemologiche, rivali, le due posizioni erano accomunate dalla ricerca di un ordine internazionale non imperniato sull'impossibile recupero del primato dei due poteri universali, ossia l'Impero e la Chiesa.

Nell'impostazione di Kant, è noto, i limiti delle tradizionali politiche nazionali dovevano essere superati mediante l'instaurazione di un ordinamento di tipo nuovo, una federazione tra repubbliche<sup>7</sup>. Solo una federazione siffatta avrebbe potuto fornire garanzie adeguate contro gli abusi nell'esercizio del potere nei confronti dei diritti spettanti agli individui; avrebbe potuto – così – garantire un trattamento non discriminatorio agli stranieri; soprattutto, avrebbe potuto rimuovere le cause dei conflitti tra gli Stati, assicurando una pace duratura.

Nell'impostazione di Hegel, dichiaratamente opposta a quella di Kant, non mancava lo spazio per il riconoscimento di diritti a favore degli individui. Tuttavia, il riconoscimento quei diritti spettava unicamente allo Stato, a ogni Stato. Due erano i capisaldi di questa impostazione: da un lato, la dicotomia, tra le due grandi province del diritto pubblico, l'una interna allo Stato, l'altra esterna ad esso; dall'altro lato, l'assenza d'una base giuridica comune – come lo *jus gentium* – preesistente a una qualsivoglia manifestazione di volontà da parte d'ogni Stato. Nell'argomentazione di Hegel, si manifestava appieno la tendenza a far coincidere l'ideale e il reale: «l'idea

<sup>7</sup> I. KANT, *Zum ewigen Frieden* (1795), tr. it. *Per una pace perpetua*, Milano, Feltrinelli, 2003. Per una recente ripresa di questi motivi, A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, in «Global Constitutionalism», 1 (2012), p. 53.

dello Stato ha a) realtà immediata, ed è lo Stato individuale, ... [il diritto pubblico interno]; b) essa si muta nel rapporto dello Stato singolo con altri Stati – diritto statale esterno». La separazione eretta tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato aveva una precisa conseguenza, nel senso che i diritti degli Stati «hanno la loro realtà, non in una volontà universale, bensì in una loro volontà particolare». Ciò non impediva che gli Stati si determinassero a scambiarsi reciprocamente impegni, autolimitando il proprio potere, mediante la stipulazione di trattati internazionali. Ma si trattava, appunto, di autolimiti, come tali fondati sulla volontà dello Stato, di ogni Stato contraente, il cui rispetto non poteva essere imposto da alcuna autorità superiore<sup>8</sup>.

La posizione di Hegel prevalse sulla posizione di Kant, anche tra i giuristi<sup>9</sup>. La scelta di fare riferimento solo ed esclusivamente al diritto positivo prodotto dallo Stato, nell'ambito internazionale, riscosse numerose e significative adesioni, segnatamente quella del Kelsen della 'dottrina pura del diritto'<sup>10</sup>. Ottenne consensi, altresì, la tesi della separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno. Essa fu posta alla base del paradigma del diritto internazionale, inteso come campo di studio a sé stante, nella scuola di pensiero di cui Triepel fu uno tra gli esponenti più significativi<sup>11</sup> e che manifesta la propria perdurante influenza sul modo di concepire i vari regimi regolatori come *self-contained*.

### 3. *Gli argomenti contrari: la giustizia amministrativa come enclave nazionale*

Mentre il primo argomento contrario all'esistenza d'una giustizia transnazionale si fonda su un assunto, non dimostrato ma riguardato come la logica e inevitabile conseguenza dell'idea di Stato, il secondo argomento – almeno apparentemente – non muove da una posizione di tipo filosofico,

<sup>8</sup> G.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Recht* (1821), tr. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1913, § 259 e 333.

<sup>9</sup> La contrapposizione tra l'impostazione dell'illuminismo e le correnti irrazionalistiche del romanticismo è sottolineata dallo studioso tedesco che ha cercato di riformulare l'impostazione di tipo dogmatico: P. BADURA, *Die Methoden der neueren Allgemeines Staatslehre* (1959), tr. it. *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, Vita e Pensiero, 1998.

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1922), tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, 96 («il diritto vale soltanto come diritto positivo»).

<sup>11</sup> E. TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht* (1899), tr. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, in *Biblioteca di scienze politiche* (a cura di A. Brunialti), Torino, 1913; *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil des Cours*, 1923, p. 82.

né presta omaggio alla concezione hegeliana della filosofia della storia. Non muove neppure dall'adesione al convincimento espresso da Alexis de Tocqueville subito dopo la metà dell'Ottocento, ossia che l'instaurazione di un regime giuridico distinto per le dispute riguardanti lo Stato fosse inevitabile, prima o poi, in tutte le nazioni civili, una volta raggiunto un determinato grado di sviluppo.

L'argomento è legato a uno dei maggiori amministrativisti europei nella generazione attiva fin dagli anni immediatamente precedenti il secondo conflitto mondiale e nei decenni successivi: Massimo Severo Giannini. Da Tocqueville, Giannini non riprese l'idea che l'instaurazione di un regime giuridico distinto rispetto a quello riguardante le dispute *inter privatos* fosse collegata con lo sviluppo civile ed economico, bensì la critica che lo studioso francese aveva rivolto alla giustizia amministrativa francese nella *Democrazia in America*<sup>12</sup>. Giannini non si limitò a riprendere e approfondire quella critica, facendo riferimento alle istituzioni giuridiche del suo tempo, in Italia. Aderì alla ricostruzione elaborata, nel penultimo decennio dell'Ottocento dal costituzionalista inglese Albert Venn Dicey, secondo cui il diritto amministrativo che si era affermato in Francia e in altri Paesi dell'Europa continentale non solo non esisteva in Inghilterra, ma non poteva esistervi. La ragione era, secondo Dicey, l'insanabile contrasto tra il *droit administratif*, figlio del dispotismo, e la *Rule of law*, in cui si esprimeva il basilare valore dell'eguaglianza di tutti e in ogni tipo di disputa, inclusa qualsivoglia disputa in cui fosse coinvolto un apparato dello Stato<sup>13</sup>. Sviluppando questa linea di ragionamento, Giannini affermò che il diritto amministrativo, inteso come branca autonoma della normazione positiva, era un tratto comune ad alcuni Stati, ma non a tutti, segnatamente non agli ordinamenti di ceppo inglese<sup>14</sup>.

Pochi anni più tardi, in una conferenza sul diritto amministrativo comunitario, Giannini sviluppò questa argomentazione. Asserì che non poteva parlarsi, in senso proprio, di un diritto amministrativo comunitario. La ragione era, secondo Giannini, che, sebbene quelle istituzioni giuridiche (gli ordini, gli ammassi, le sanzioni e le garanzie giurisdizionali nei loro confronti) presentassero evidenti analogie con le istituzioni che da più tempo si erano affermate negli ordinamenti giuridici statali, esse erano prive dei necessari presupposti istituzionali: per un verso, la Comunità non era un

<sup>12</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1825).

<sup>13</sup> A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1887.

<sup>14</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, II ed., p. 20.

ordinamento giuridico a fini generali, solo lo Stato aveva questa caratteristica, configurandosi conseguentemente come il potere pubblico per antonomasia, non semplicemente per eccellenza; per un altro verso, nell'ordinamento comunitario mancava la pienezza di tutela delle situazioni giuridiche soggettive<sup>15</sup>. Ne discendeva un'ulteriore conseguenza: la giustizia amministrativa restava una prerogativa degli Stati, anzi di alcuni Stati, non di tutti; non poteva configurarsi al di fuori di quegli Stati, segnatamente non nelle organizzazioni superstatali.

#### 4. *Confutazione degli argomenti contrari*

Una volta esposti gli argomenti contrari al riconoscimento d'una giustizia amministrativa transnazionale, essi vanno sottoposti a verifica, da un lato, sotto il profilo dei fondamenti intellettuali e, dall'altro, sotto il profilo della corrispondenza tra l'ordine degli eventi reali e l'ordine delle rappresentazioni teoriche di quegli eventi.

Cominciando con la tesi della separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato, è sufficiente un semplice sguardo per rendersi conto che in essa manifesta la propria rilevanza l'impostazione filosofica di Hegel. Movendo dalla «idea dello Stato [inteso come] Stato individuale», quella posizione non si limitava a discostarsi dalla posizione di Kant, incentrata su una *res publica* universale. Essa faceva altresì coincidere l'essere con il dover essere, con riferimento allo Stato. Come mise acutamente in risalto Santi Romano, in quell'epoca si era «abituati a vedere nello Stato il massimo e ultimo termine di riferimento di tutto ciò che concerne lo sviluppo dell'umanità: una sorta di colonna d'Ercole». Una volta «messi su questa via e fatto dello Stato un ente o l'ente supremo» si finiva per rinvenire in esso una sorta di «misteriosa emanazione e rivelazione di Dio ... o l'ingresso di Dio nel mondo»<sup>16</sup>. È una posizione, quindi, che corrisponde a una precisa fase nell'evoluzione delle istituzioni politiche. Quella fase può considerarsi conclusa dopo il 1945, non tanto e non solo per l'edificazione di un nuovo ordine internazionale, ma prima ancora per l'acquisita consapevolezza dei limiti intrinseci del positivismo e del nazionalismo giuridico. Quei limiti

---

<sup>15</sup> M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee* (1967), ora in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2003, p. 981, con una premessa di S. Battini. Per un confronto con l'impostazione che Benvenuti diede al tema, con riferimento alla prima Comunità, rinvio a quanto scritto altrove: G. DELLA CANANEA, *Benvenuti e l'Europa*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2017, p. 27.

<sup>16</sup> S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit. nt. 6, p. 419.

sono stati segnalati, con particolare chiarezza, da Robert Alexy. Lo studioso tedesco ha dimostrato che, al di sotto di determinati standard, è discutibile la possibilità stessa di riconoscere un 'ordinamento giuridico' come tale<sup>17</sup>.

L'impostazione riconducibile a Hegel, con la radicale separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato, è altresì discutibile da un altro angolo visuale. Ben prima dell'instaurazione del nuovo ordine internazionale post-bellico, vi è stato un importante sviluppo. Prima del 1900, non è certo mancata la consapevolezza dell'importanza dei principi condivisi, se non da tutte le nazioni, da quelle civili. Vi avevano fatto riferimento in epoche diverse Grozio e Montesquieu. All'esistenza di un nucleo comune fece riferimento la Convenzione dell'Aia del 1899, nel menzionare la 'coscienza giuridica dei popoli civili'. Una categoria ben più precisa sul piano giuridico fu introdotta nel 1920 dall'articolo 38 dello statuto della Corte permanente di giustizia internazionale: la categoria dei 'principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili'<sup>18</sup>. La categoria fu ripresa, nel 1948, dagli autori dello statuto della Corte internazionale di giustizia. Fu inclusa tra le norme giuridiche che la Corte è competente ad applicare<sup>19</sup>. Venne ribadita – così – la distinzione tra le fonti dei principi del diritto internazionale: da un lato, i principi di fonte convenzionale o consuetudinaria; dall'altro lato, i principi di diritto interno, validi *in foro domestico*, condivisi da più paesi, qualunque sia il significato che nell'epoca attuale può essere ascrivito al riferimento che la disposizione effettua alle 'nazioni civili'.

La categoria dei principi generali del diritto assunse una ben maggiore importanza all'interno dell'ordine giuridico europeo, grazie a due scelte di fondamentale rilievo sul piano della politica del diritto. La prima è la scelta effettuata dal Trattato di Parigi istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio: esso mutuò dall'ordinamento giuridico francese l'impostazione del controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa non imperniato soltanto sul rispetto della legge, ma basato su alcune clausole generali e al tempo stesso fondato sulla distinzione tra legittimità e merito. Attribuì alla Corte di giustizia la funzione di accertare eventuali violazioni di ogni 'regola di diritto' relativa all'applicazione del Trattato. Fece riferi-

---

<sup>17</sup> R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), tr. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997.

<sup>18</sup> Per una sintesi del dibattito, M. SCERNI, *I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale*, Padova, CEDAM, 1939.

<sup>19</sup> Articolo 38, primo comma, lettera c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.

mento, altresì, allo sviamento di potere e alle violazioni delle forme sostanziali<sup>20</sup>. Dispose che, in caso di annullamento, la Corte rinviava all'Alta Autorità, nel rispetto della separazione dei poteri. Il Trattato di Roma confermò questa impostazione. Nel determinare la missione spettante alla Corte, precisò che si trattava di assicurare il rispetto nell'interpretazione e nell'applicazione delle varie disposizioni. Aggiunse, relativamente alla giurisdizione sulla responsabilità extracontrattuale dei funzionari e degli agenti della Comunità, che la relativa disciplina doveva essere tratta dai 'principi generali del diritto comuni agli ordinamenti degli Stati membri'. Servendosi di quella base legale, la Corte di giustizia enucleò i vari elementi della responsabilità: l'evento dannoso, il nesso di causalità, l'elemento psicologico, gli standard cui ancorare il risarcimento.

Già negli anni precedenti, essa aveva iniziato a fare riferimento ai principi generali del diritto amministrativo comuni agli ordinamenti dei sei Paesi fondatori. Da un lato, coerentemente con il collaudato metodo delle corti internazionali, attinse a quei principi per colmare le lacune rinvenute nell'ordine giuridico europeo, per esempio assicurando la massima espansività del principio di legalità in rapporto alla potestà di revoca dei provvedimenti amministrativi illegittimi. Dall'altro lato, mostrando piena consapevolezza del ruolo 'fondativo' che i principi generali hanno, a partire dalla celebre pronuncia resa in via pregiudiziale sulla richiesta di un tribunale amministrativo tedesco, incluse i diritti fondamentali e il principio di proporzionalità tra le norme di cui essa è tenuta ad assicurare il rispetto<sup>21</sup>. Vi aggiunse, negli anni seguenti, il diritto di essere sentiti nel procedimento amministrativo e la protezione del legittimo affidamento, nonché, più di recente, la buona amministrazione.

Questi richiami essenziali tornano utili per esaminare criticamente i presupposti istituzionali e culturali dell'altro argomento contrario all'esistenza d'una giustizia transnazionale. Sul piano culturale, il diniego dell'esistenza di un diritto amministrativo comunitario si basava sull'assunto che il diritto amministrativo sia proprio degli Stati e neppure di tutti, per cui non era configurabile al di fuori degli Stati. Sul piano istituzionale, già negli anni Sessanta del secolo scorso, quel diniego era in contrasto non solo con l'esi-

---

<sup>20</sup> Artico 33, Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, su cui v. F. BENVENUTI, *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, La CEEA ordinamento sovrano, Padova, CEDAM, 1961. Sulle disposizioni del Trattato di Roma, resta fondamentale l'analisi di M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 1966, p. 47.

<sup>21</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

stenza d'una serie di procedimenti amministrativi che si concludevano con l'irrogazione di ordini e sanzioni rivolti agli operatori economici privati, all'interno degli Stati, sottoposti al controllo di un apposito giudice, la Corte di giustizia, sulle cui funzioni era evidente l'influenza esercitata dal giudice amministrativo francese. Era venuta meno, quindi, la funzione di *'écran'* tradizionalmente assolta dall'ordine giuridico statale. L'emergere d'una responsabilità non dei funzionari nazionali, bensì di quelli della Comunità, ne costituiva la logica e inevitabile conseguenza.

### 5. *Una questione di standard*

Prima di muovere dagli imprescindibili riferimenti di teoria all'esame dell'ordine degli eventi reali, vi è un'ulteriore questione che merita di essere riguardata. Essa è stata posta da più parti in rapporto all'istituzione e al funzionamento dei nuovi poteri pubblici ultrastatali, come l'Unione europea. È stata posta in termini dichiaratamente critici, in ragione di quella che viene ritenuta una distorsione del principio democratico, se non addirittura una sua perversione.

I termini della questione sono i seguenti. I trattati internazionali mediante i quali la Comunità europea è stata istituita e successivamente trasformata nell'Unione europea – cioè gli atti fondativi, da cui essa trae la propria legittimazione – fanno di essa un'organizzazione potenzialmente aperta a tutti i Paesi d'Europa. Tuttavia, essa è ben più esigente rispetto al Consiglio d'Europa e, a maggior ragione, all'ONU. La ragione è presto detta: mentre l'ONU ammette al proprio interno Stati aventi regimi politici autoritari o governati da fanatici religiosi e anche il Consiglio d'Europa ammette Stati retti da governi illiberali se non palesemente autoritari, l'Unione ha stabilito una serie di criteri per selezionare i Paesi aderenti. Lungi dall'ambire semplicemente a regolare – non dirigere – il mercato unico, si fonda su una serie di valori; nel novero di quei valori, vi sono, in particolare, la libertà e la democrazia, il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti dell'uomo<sup>22</sup>; l'effettivo rispetto di quei valori costituisce non soltanto un preciso requisito ai fini dell'adesione d'uno Stato, ma anche ai fini dell'esercizio delle prerogative connesse con l'appartenenza all'Unione. Oltre ai tradizionali rimedi di tipo giurisdizionale, vi è anche un meccanismo di tipo politico,

<sup>22</sup> Si vedano il terzo considerando del preambolo del Trattato sull'Unione europea («Confermando il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto») e l'articolo 2, TEU.

disciplinato dall'articolo 7 TEU<sup>23</sup>. Dunque, l'adesione d'uno Stato all'Unione comporta la rinuncia alla pienezza della sovranità nella conformazione della forma di governo, come e più dell'adozione d'una norma costituzionale che vieti la transizione a un altro tipo di regime politico. Le questioni che ne derivano non sono poche, né di trascurabile rilievo. Non lo è, in particolare, la questione riguardante l'effettività del meccanismo appena richiamato. Il tempo dirà se, dopo l'attivazione del procedimento da parte della Commissione e la formulazione del parere da parte del Parlamento europeo, il Consiglio sarà in grado di assumere una decisione o ne sarà impedito da comportamenti di tipo opportunistico.

La questione che qui interessa è, però, un'altra. Essa non riguarda l'effettività del meccanismo e dei valori che è volto a proteggere, bensì proprio l'adesione dell'UE a quei valori. Secondo i critici, per un apparente paradosso, sebbene l'UE esiga l'osservanza di tali valori sia al momento dell'adesione di nuovi Stati, sia in seguito, essa non li rispetta, li trasgredisce. Essi contestano, in particolare, la violazione di un valore essenziale, la democrazia, dal momento che, pur se la Commissione ha una sorta d'indiretta investitura, tramite il Parlamento europeo, non ve n'è neppure un simulacro per quanto concerne il principale organo d'indirizzo politico, il Consiglio europeo.

Tale critica coglie indubbiamente alcuni elementi reali, relativamente al principale organo intergovernativo. Tuttavia, ne trascura altri e, soprattutto, incorre in un errore di fondo, un errore di categoria. Trascura l'ampio filone di studi che dimostra l'esistenza di svariati modi d'intendere la legittimazione in un ordinamento democratico. Vi è la legittimazione derivante dall'investitura popolare (*input legitimacy*). Vi sono le forme di legittimazione fondate sui *checks and balances*, sulle procedure (*procedural legitimacy*) e sui risultati (*output legitimacy*)<sup>24</sup>. I rispettivi punti di forza e di debolezza sono stati più volte indicati in un dibattito mai sopito nelle sedi scientifiche e che in taluni casi ha raggiunto le sedi istituzionali. Altrettanto può dirsi per le applicazioni di tali standard, per esempio secondo alcuni proprio la legittimazione derivante dai risultati, che a lungo è stata annoverata tra i punti di

---

<sup>23</sup> L'attivazione della procedura è stata richiesta dal Parlamento europeo nei confronti dell'Ungheria, dopo l'approvazione di un rapporto sulla violazione di alcuni diritti fondamentali.

<sup>24</sup> Un'interessante variante, basata su un'analisi storica e comparata, è in S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31 (2002), I, p. 141. Sull'*output legitimacy*, M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati nell'Unione europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Europa: sfida per l'Italia*, Roma, LUISS University Press, 2017, p. 195.

forza dell'UE, si è appannata, è risultata inadeguata, negli ultimi dieci anni<sup>25</sup>.

Detto ciò, l'obiezione principale alla critica mossa nei confronti dell'Unione europea per l'inosservanza dei criteri che essa stessa ha stabilito ai fini dell'adesione di nuovi Stati è di ordine filosofico. Si tratta, infatti, di un errore di tipo categoriale. Esso non assume rilievo dal punto di vista linguistico o semantico, come accade allorché si attribuisce a un termine un significato sulla base di affinità esteriori con un altro termine rispetto al quale presenta in realtà differenze sostanziali di non trascurabile importanza. Assume rilievo, qualora si applichino a una determinata entità, i criteri di giudizio che, in maniera esplicita, risultano essere stati appositamente predisposti per entità che appartengono a un'altra specie o, a maggior ragione, a un altro genere<sup>26</sup>. Ai fini che qui interessano, non è indispensabile prendere posizione sull'alternativa tra queste due opzioni, che comunque richiede almeno consapevolezza della *differentia specifica*, secondo la tradizione aristotelica. È sufficiente una semplice constatazione: l'Unione europea non è uno Stato, neppure di tipo federale o confederale. Conseguentemente, pur senza ritenerla sottratta ai criteri di giudizio applicabili alla ben più ampia e articolata categoria dei poteri pubblici aventi finalità generali, occorre quanto meno adeguare quei criteri di giudizio alla natura del particolare potere pubblico che s'intende esaminare. Agire diversamente implica rinunciare alle distinzioni e, in ultima analisi, abbandonare il rigore dell'analisi scientifica.

Oltre tutto, si può rovesciare la critica d'incoerenza, osservando che, se la Comunità e l'Unione sono state istituite e sviluppate per porre rimedio ai limiti e ai rischi intrinseci agli Stati nazionali, ed è in ciò che risiede la loro ragion d'essere, è contraddittorio esigere che le istituzioni europee si conformino ai criteri di organizzazione e di azione predisposti per i tradizionali poteri pubblici ai quali si sovrappongono, senza sostituirli, cioè gli Stati. Ciò non comporta, beninteso, che l'Unione si configuri come una singolare entità, per dir così, *standardless*, bensì che debba essere valutata secondo gli standard propri di essa<sup>27</sup>. Così, per esempio, se l'atto genetico dell'ordinamento europeo – la dichiarazione del 9 maggio 1950 – richiede che il potere sia sottoposto a un controllo di tipo giurisdizionale, l'esistenza

<sup>25</sup> G. MAJONE, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>26</sup> È l'errore in cui è incorso, per esempio, il professor Massimo La Torre nell'incontro di studio in cui questa relazione è stata presentata.

<sup>27</sup> G. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: the Question of Standards*, in «European Law Journal», 4 (1998), p. 5.

e l'effettività di tale controllo assumono un preciso rilievo. Allo stesso modo, se i trattati su cui l'Unione si fonda richiedono che le sue istituzioni rispettino il principio di sussidiarietà e si servano di un'amministrazione efficiente e trasparente<sup>28</sup>, è questo il banco di prova cui essa va sottoposta.

#### 6. *I rapporti giuridici transnazionali: varietà d'interessi in gioco*

Alla luce di questi riferimenti teorici, passiamo all'esame dell'ordine degli eventi reali. Esso non verrà considerato dall'angolo visuale tipico dei diritti pubblici dell'Europa continentale, incentrato sulle situazioni giuridiche soggettive, e sull'archetipo del diritto soggettivo. Non occorre, ai fini che qui interessano, prendere posizione sulla *vexata quaestio* se quell'archetipo, elaborato con riferimento al diritto di proprietà (una volta disgiunto dalla sovranità) conservi la propria validità o l'abbia vista scemare perché gli ordinamenti giuridici moderni vi hanno impresso una torsione, annettendo importanza alla funzione sociale. Non è determinante nemmeno l'assai maggiore varietà d'interessi che i vari ordinamenti giuridici riconoscono come meritevoli di essere tutelati<sup>29</sup>. La ragione è che il discorso sulle situazioni giuridiche soggettive tende a mettere in secondo piano il dato che assume crescente importanza sul piano transnazionale, ossia la dialettica tra gli interessi in gioco, che si instaura nei vari procedimenti giuridici, segnatamente in quelli che vedono coinvolti i privati e i pubblici poteri.

Un'ulteriore distinzione può tornare utile. Nel diritto pubblico di matrice statale, i cittadini o altri individui oppure determinate figure giuridiche soggettive (associazioni, fondazioni, società) intentano liti contro i pubblici poteri, invocando una o più norme dell'ordinamento giuridico dello Stato, per esempio il divieto di arbitrio da parte del pubblico ufficiale addetto ai controlli sugli stranieri<sup>30</sup>. Nel diritto pubblico internazionale, è uno Stato ad agire contro un altro Stato, a meno che una delle parti sia un'organizzazione governativa, dinanzi a un tribunale internazionale<sup>31</sup>. Ma ciò non concerne soltanto i rapporti di tipo 'orizzontale' concernenti, per esempio, lo scambio di credenziali diplomatiche o il riconoscimento di privilegi e im-

---

<sup>28</sup> Articolo 298 TFUE.

<sup>29</sup> C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

<sup>30</sup> Di questo caso si occupava già K.C. DAVIS, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, University of Louisiana Press, 1969.

<sup>31</sup> Su questa contrapposizione e sul suo superamento, H.K. KOH, *Transnational Public Law Litigation*, «Yale Law Journal», 100 (1990-91), p. 2347.

munità. Concerne anche le azioni che coinvolgono cittadini e operatori economici, come l'espropriazione di diritti dominicali o la confisca di un vascello. Dopo il 1945, i processi di Norimberga e di Tokyo per crimini di guerra e per crimini contro l'umanità hanno eroso l'ambito di applicazione della dottrina (o 'mito') per il diritto internazionale regola unicamente i rapporti tra enti pubblici sovrani o da essi istituiti; hanno, altresì, dato spazio a più aggiornate concezioni dei diritti dell'uomo.

Nei moderni rapporti giuridici transnazionali, vi è una ancora maggiore eterogeneità di vicende. Si consideri, anzitutto, il caso d'una cittadina spagnola che chieda all'autorità francese l'accesso ai gameti del coniuge, a sua volta cittadino italiano o tedesco e nel frattempo deceduto, detenuti da una società presso la propria sede in Francia<sup>32</sup>. Si consideri, inoltre, il caso di una impresa europea che, in base al mutuo riconoscimento, sia abilitata a rendere i propri servizi a quanti vi siano interessati all'interno dell'intera Unione, ma restando sottoposta al controllo del Paese d'origine. Una variante, ancor più complessa, si ha nel caso in cui l'acquisizione di una impresa di telecomunicazioni italiana da parte di un'impresa spagnola sia subordinata al *placet* del regolatore italiano, ma l'impresa italiana ne controlli un'altra in un paese terzo (poniamo, il Brasile), la quale a sua volta detenga un significativo potere di mercato, che deve essere accertato e valutato in base a standard diversi rispetto a quelli applicati nel mercato unico. Si consideri, ancora, il caso di una impresa italiana o tedesca che effettui investimenti in un Paese latinoamericano (per la costruzione e gestione d'un albergo, per la prospezione e lo sfruttamento di un giacimento d'idrocarburi, per l'erogazione di un servizio di pubblica utilità), sulla base della protezione accordata dal trattato bilaterale stipulato dai due Stati, il quale, peraltro, può contenere il rinvio al diritto di uno Stato terzo o ai principi del diritto internazionale, ai sensi dell'articolo 42 della Convenzione istitutiva dell'ICSID e preveda, in caso di dispute, che siano risolte da collegi arbitrali, anziché dai giudici nazionali. Si consideri, infine, il caso dei cittadini di un Paese non appartenente all'Unione europea, i quali dopo aver fatto ingresso in un Paese membro ne raggiungano un altro e si oppongano all'ordine di espulsione decretato dal Ministro della giustizia di quel Paese invocando sia le garanzie giuridiche minime comuni sancite dalla direttiva n. 2008/115, sia l'articolo 6 della CEDU<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Si veda la decisione presa dal Conseil d'Etat francese, 31 maggio 2016, *M.me C.A.*, n. 396848.

<sup>33</sup> Corte di giustizia, sentenza 10 settembre 2013, causa C-383/13, *M.G. e N.R. c. Ministero della giustizia dei Paesi Bassi*.

Questi richiami essenziali non rendono ragione della varietà di rapporti che si instaurano oltre i confini nazionali. Hanno il più limitato scopo di mostrare che la determinazione di assetti tra gli interessi in gioco non si realizza esclusivamente nei processi che si svolgono davanti ai giudici, ma in procedimenti amministrativi e arbitrali. Entrambi verranno considerati nelle pagine che seguono.

#### *7. Le tecniche di protezione degli interessi: i procedimenti transnazionali*

Esemplifichiamo facendo riferimento al secondo dei casi appena richiamati. In base alla direttiva dell'Unione europea sulla prestazione dei servizi di assicurazione<sup>34</sup>, un'impresa costituita in Romania il cui principale azionista è un cittadino italiano è abilitata a vendere i propri servizi nell'intero territorio dell'Unione, restando sottoposta al controllo dell'autorità amministrativa del Paese di origine.

La regola è chiara, ma la sua applicazione può risultare complessa ove, per esempio, l'autorità amministrativa o giudiziaria del Paese in cui i servizi sono offerti al pubblico assuma iniziative o compia atti suscettibili di comportare il venir meno degli imprescindibili requisiti riguardanti status e capacità. Oppure, possono esservi reclami da parte dei fruitori dei servizi, segnalazioni d'irregolarità ripetute. In questi casi, non viene meno il controllo del Paese d'origine della società. Tuttavia, quel controllo va esercitato in modo effettivo.

Ciò può richiedere sia una costante cooperazione con le autorità di altri Paesi membri, sia l'adozione di misure volte a tutelare gli interessi in gioco. Nel novero di quelle misure, vi sono i provvedimenti di tipo interinale o provvisorio. Essi sono volti a evitare che i rischi cui quegli interessi sono esposti si concretizzino o, quanto meno, a evitare che i rischi assumano dimensioni non controllabili. Ma, se l'autorità titolare della potestà di controllo non è in grado di assolvere la propria missione, perché – poniamo – le norme del proprio ordinamento non permettono l'emanazione di provvedimenti siffatti<sup>35</sup>, vi è il concreto rischio che la funzione di controllo, in quanto tale, perda effettività, non riesca ad assicurare un'adeguata protezione del risparmio, che nel nostro ordinamento è bene costituzionalmente tutelato. È in questo caso e solo in esso che, secondo la Corte di giustizia,

---

<sup>34</sup> Direttiva n. 2009/138 del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>35</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 aprile 2017, causa C-559/15, *ONIX c. IVASS* (rinvio pregiudiziale attivato dal Consiglio di Stato).

si può ritenere giustificata una deroga alla regola del controllo del Paese d'origine, nel senso che sia l'autorità del Paese in cui i servizi di assicurazione sono stati acquistati ad assumere le misure interinali.

Una volta risolta la questione di fondo, i problemi di ordine pratico che si pongono non sono certamente pochi, né di trascurabile importanza. Ci si può domandare se, ai fini dell'applicazione della deroga alla regola generale sia sufficiente il *fumus boni juris*, oltre al *periculum*. Non sembra irragionevole, dato che sono in gioco interessi protetti dall'ordine giuridico europeo, affermare la necessità d'una sia minima istruttoria. Ci si può domandare se, pur nell'economia di un procedimento amministrativo d'urgenza, vi debba essere un adeguato spazio per l'impresa, affinché essa possa esporre documenti e memorie che contraddicano quanto l'autorità amministrativa ha posto a fondamento della propria decisione e la risposta di segno positivo trova la sua giustificazione nel principio del *due process of law*, che da più di quarant'anni la Corte di giustizia ha affermato essere comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Purtuttavia, possono esservi motivi di pubblico interesse i quali impongono di non rendere pienamente ostensibili alcuni documenti in possesso dell'amministrazione.

Non meno rilevanti sono gli spunti di ordine ricostruttivo e sistematico. Diversamente dagli schemi operativi che si sono consolidati tra Otto e Novecento, non è previsto il riconoscimento di un provvedimento di riconoscimento degli effetti dell'atto di un altro Stato (*exequatur*): in base alle norme dell'Unione, il provvedimento emanato in base alle norme di un ordinamento produce gli effetti previsti, in modo automatico, anche in altri. Diversamente dai procedimenti nei confronti delle imprese nel settore della concorrenza, in cui la competenza è trasferita in modo 'verticale' dall'autorità nazionale alla Commissione, i rapporti che si instaurano sono di tipo 'orizzontale'<sup>36</sup>. La disgiunzione del potere interinale dal potere di emanare il provvedimento di tipo finale può essere condivisa nei due ordinamenti coinvolti, in una logica di *comity*, ma resta da verificare se e fino a che punto essa sia appropriata nei rapporti tra autorità amministrative anziché tra corti, assoggettate all'obbligo di rendere giustizia. *Last but not least*, pur se il controllo del Paese d'origine fornisce una precisa cornice giuridica ai rapporti tra le autorità amministrative, non si può escludere che esso subisca un temperamento in ragione di un principio ben più risalente, in base al quale *salus rei publicae suprema lex esto*. Tuttavia, ci si può chiedere se esso sia coerente

<sup>36</sup> KOH, *Transnational Public Law Litigation*, cit., nt. 31, p. 2350, riteneva che, negli USA, l'emergere di questo tipo di relazione giustificasse l'intervento d'una corte federale in luogo di quelle dei singoli Stati.

con il modo di concepire il principio di legalità che è andato affermandosi a partire dall'Ottocento nei principali ordinamenti giuridici europei.

8. *Le tecniche di protezione degli interessi: gli arbitrati in materia d'investimenti*

I mutamenti intervenuti nelle tecniche di protezione degli interessi non riguardano soltanto l'azione amministrativa in senso proprio, coinvolgono l'amministrazione della giustizia. Per un periodo di tempo tutt'altro che breve, come in altre parti d'Europa così nella cultura giuridica italiana, è prevalsa l'opinione che la sede naturale per risolvere le dispute che affluiscono dalla società sia la giurisdizione, soprattutto per le dispute riguardanti lo Stato. Di conseguenza, altre forme per risolvere le dispute, come l'arbitrato, sono state ritenute inappropriate o sono state espressamente escluse.

Tra quanti sostennero la tesi dell'esclusione dell'arbitrato nei confronti dello Stato dopo l'unificazione amministrativa, vi fu, in particolare, Lodovico Mortara, studioso e uomo politico. Egli utilizzò due argomenti per escludere la surrogazione – termine in sé significativo – dei giudici statali ad opera di arbitri. Il primo era che la giurisdizione è una potestà suprema dello Stato, non sostituibile per effetto della manifestazione di volontà da parte di soggetti privati<sup>37</sup>. L'altro argomento si fondava sulla distinzione tra la concezione soggettiva e oggettiva della risoluzione delle dispute: essendo la giurisdizione volta alla tutela del diritto, inteso in senso oggettivo, non era ammissibile che se ne potesse disporre. È significativo che la medesima conclusione sia stata raggiunta da Edouard Laferrière, vice-presidente del Consiglio di Stato francese, pur se questi aggiunse all'argomentazione di principio un motivo di ordine pragmatico, ossia l'inadeguatezza di un ministro al fine di rendersi conto delle conseguenze che un arbitrato poteva avere per lo Stato<sup>38</sup>. Mentre la prassi governativa si è ripetutamente discostata dal ripudio dell'arbitrato affermato nei discorsi ufficiali, anche durante il periodo fascista, si è dovuto attendere l'ultimo terzo del Novecento per vedere superata la diffidenza della cultura giuridica nei suoi confronti.

---

<sup>37</sup> L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia* (1885), Roma, ESI, 1992, p. 32. Per una discussione delle varie tesi sull'arbitrato, S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1931.

<sup>38</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2<sup>nd</sup> ed., II, 145-6 («il est de principe que l'Etat ne peut pas se soumettre à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par les juridictions instituées par la loi... le ministre ... ignore jusqu'où une sentence arbitrale peut entraîner l'Etat»).

Spicca, nel mutato contesto culturale, la tesi di Feliciano Benvenuti, secondo cui l'arbitrato è una forma di amministrazione della giustizia in cui la società viene coinvolta<sup>39</sup>.

Più che la società, è l'economia a determinare il crescente ricorso all'arbitrato nelle dispute che vedono coinvolti i pubblici poteri e una varietà di figure giuridiche soggettive private, tra cui le imprese multinazionali. A volte, quelle dispute hanno ad oggetto l'adempimento di impegni contrattuali, segnatamente nel vasto campo degli appalti pubblici, e non mettono quindi in discussione lo speciale ruolo che i pubblici poteri assumono in conseguenza degli interessi attribuiti alla loro cura, a maggior ragione negli ordinamenti che non conoscono l'istituto del contratto amministrativo: è il caso della Germania e soprattutto del Regno Unito. Altre volte, le dispute rimesse agli arbitri riguardano – invece – l'esercizio di potestà pubbliche, come l'espropriazione per pubblica utilità e la revoca di autorizzazioni o licenze per lo svolgimento di attività d'impresa e in tal caso la natura pubblicistica dell'oggetto è comunemente ammessa anche in quegli ordinamenti. Può dare adito, come sempre più spesso avviene anche negli USA, a critiche alla rinuncia all'esercizio della giurisdizione da parte delle corti statali.

Due esempi valgono a chiarirlo. Essi riguardano altrettanti tipi di dispute concernenti gli investimenti esteri: quelle gestite nella cornice dell'ICSID e quelle previste dal Trattato di libero scambio per l'America del Nord (NAFTA). Nel primo caso, le disposizioni della convenzione di New York stabiliscono, appunto, una cornice giuridica; ma sono i trattati bilaterali tra gli Stati a optare per l'una o l'altra forma di arbitrato e a scegliere il diritto applicabile. Può darsi, così, che una disputa concernente la revoca di una concessione sia decisa in base alle norme dello Stato concedente (l'Indonesia), interpretate – però – alla luce non solo dello standard di diritto internazionale consuetudinario concernente la protezione degli stranieri, ma anche del modo di concepire le concessioni che era tipico dell'ex potenza coloniale (l'Olanda)<sup>40</sup>. E poiché quest'ultimo diritto, a sua volta,

<sup>39</sup> F. BENVENUTI, *L'arbitrato tra Stato e società*, in «Foro amministrativo», 1996, II, p. 2775.

<sup>40</sup> *AMCO c. Indonesia*, lodo arbitrale del 21 novembre 1984 (ICSID N. ARB/81/1). Per la rilevanza d'una giurisprudenza costante, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure* (Oxford University Press, 2016). Per un inquadramento complessivo della cornice giuridica entro cui questi arbitrati si svolgono, M. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2011, 2° ed); A. STONE SWEET-F. GRISEL, *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Sull'utilità della comparazione giuridica, *International Investment Law and Comparative Public Law*, S. Schill (ed.), Oxford University Press, 2010.

mostra evidenti tracce dell'influenza della cultura amministrativa francese, non è irragionevole che sia chiamato a pronunciarsi, in qualità di esperto in materia di concessioni, un autorevole amministrativista transalpino<sup>41</sup>. Soprattutto, presenta interesse ai nostri fini la circostanza che le norme, così interpretate, abbiano indotto il collegio arbitrale a ritenere illegittima la revoca della concessione senza che all'investitore privato fosse prima fornita un'adeguata possibilità di essere ascoltato. È una garanzia procedurale solo in alcuni espressamente prevista dai trattati bilaterali, ma costantemente affermata dai tribunali arbitrali, il più delle volte nel quadro della clausola generale che richiede agli Stati di praticare un trattamento *fair and equitable*.

La disciplina stabilita dal *chapter eleven* del NAFTA è in parte analoga, con l'interessante variante concernente l'eventuale contestazione del lodo arbitrale: essa non si configura come un appello, bensì come un riesame circa l'eventuale sconfinamento dei limiti entro il tribunale arbitrale è richiesto di pronunciarsi<sup>42</sup>. È un'ulteriore garanzia di terzietà, pur se essa non basta a soddisfare i critici. Questi sottolineano il dislivello tra la protezione accordata agli interessi economici e quella riservata agli interessi ambientali e sociali. È una critica tutt'altro che priva di fondamento, sol che si considerino le condizioni assai meno favorevoli previste per l'adozione di misure di tipo comminatorio o sanzionatorio in campo ambientale rispetto alle condizioni alla stregua delle quali un investitore estero può vedersi riconosciuto il risarcimento dei danni subiti. Tuttavia, come qualunque studioso dei processi sociali sa, un giudizio di risultato complessivo può essere formulato soltanto tenendo conto degli esiti dei vari giudizi di risultato parziale. Nel nostro caso, può essere formulato soltanto alla luce della tendenza dei tribunali arbitrali ad ammettere l'intervento del terzo in forma di *amicus curiae*<sup>43</sup> e delle rilevazioni statistiche che segnalano il prevalere dei giudizi favorevoli agli Stati.

---

<sup>41</sup> Sono grato al prof. Pierre Delvolvé, dell'Università di Parigi, per avermi messo a parte di questa esperienza, nel rispetto della natura confidenziale dell'incarico.

<sup>42</sup> Per una sintetica disamina delle disposizioni del trattato, D. PRICE, *An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement*, in «The International Lawyer», 27 (1993), p. 727. Per un'analisi critica dei risultati conseguiti, C.N. BROWER, *NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiment, and Lessons for the FTAA*, in «Proceedings of the American Society of International Law», 97 (2003), p. 251.

<sup>43</sup> Sulla tendenza generale, G. ZUKOVA, *Amicus curiae nell'Organizzazione mondiale del commercio: quanto è neutrale un amico "abbastanza" neutrale?*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, a cura di G. della Cananea, Napoli, ES, 2007, 89. Sulla ammissibilità di questo tipo d'intervento nell'ambito del NAFTA, si è registrata la posizione favorevole dei tre Stati fondatori, di cui viene dato conto in «American Journal of International Law», 98 (2004), p. 841.

## 9. *Dai fatti alle interpretazioni*

I mutamenti finora segnalati, per un verso, suggeriscono un'ipotesi ricostruttiva suggestiva, che ovviamente richiede ulteriori e adeguate verifiche, vale a dire che sia intervenuta una mutazione complessiva nelle forme di azione dei pubblici poteri, con importanti conseguenze per i valori di legalità, *fairness* e pubblicità che sono al centro del diritto pubblico; per un altro verso, aprono lo spazio per una varietà d'interpretazioni. Si possono discernere tre scuole di pensiero, articolate al proprio interno in varie posizioni, ma con contorni sufficientemente distinti sul piano empirico e prescrittivo.

La prima scuola di pensiero sottolinea l'emergere, attraverso un processo non lineare né uniforme, ma abbastanza chiaro negli esiti, di un nuovo corpo di principi, regole e istituti che trascende la tradizionale separazione tra il diritto pubblico interno ed esterno: un diritto amministrativo globale<sup>44</sup>. La scelta stessa di questa locuzione spiega perché quanti aderiscono a questa scuola di pensiero ritengano naturale attingere al ricco patrimonio di categorie teoriche e di tecniche di protezione degli interessi che sono state elaborate e affinate in ambito statale, pur se queste vanno chiaramente adeguate allo specifico contesto. Vi si è provveduto attraverso numerosi studi, prevalentemente settoriali ed empirici, pur se non mancano studi con ambizioni di tipo ricostruttivo e sistematico.

Non solo l'utilità, ma la validità stessa di questa impostazione è messa apertamente in discussione da quanti obiettano che i principi e le regole condivisi dai regimi regolatori regionali e globali sono semplicemente 'costrutti occidentali', in quanto tali inapplicabili in altre culture giuridiche<sup>45</sup>. Altri, più che le difficoltà di natura applicativa, sottolineano l'inaccettabilità d'una nuova forma d'imperialismo, questa volta giuridico<sup>46</sup>. Questi argomenti non sono certamente nuovi: basti pensare alla polemica di Vico contro i propositi d'imporre norme non conformi alla 'natura degli uomini governati' e a quella della vecchia scuola marxista contro le libertà 'borghesi'. Ma la riproposizione di questi motivi si salda con le critiche mosse

<sup>44</sup> B. KINGSBURY-N. KRISCH-R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in «Law & Contemporary Problems», 68 (2005), p. 15; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

<sup>45</sup> M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, Torino, Einaudi, 2010.

<sup>46</sup> U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law: a Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 10 (2002), p. 383; U. MATTEI-L. NADER, *Saccheggio. Regime di illegalità e trasformazioni globali*, Milano, Bruno Mondadori, 2009.

alle disposizioni nelle quali manifestano la propria influenza gli ordini concettuali propri del periodo meno recente, come il riferimento alle ‘nazioni civili’ nella disposizione prima richiamata concernente i principi generali del diritto.

Una terza scuola di pensiero sposta il discorso dalla critica dell’esistente al modo di concepire i fatti rilevanti per il diritto. Sottolinea la diffusione – in trattati e atti d’indirizzo politico, sentenze e lodi arbitrali - di principi generali non scritti, comuni a più tipi di ordinamenti, statali e ultrastatali. Intravede in ciò gli influssi d’una tradizione che ha antecedenti illustri, quella giusnaturalistica. Essa alimenta l’idea del formarsi d’una «coscienza giuridica universale, sempre più orientata verso il superamento del positivismo giuridico di stretta osservanza e del nazionalismo giuridico»<sup>47</sup>.

Le differenze tra le prime due posizioni sono evidenti e in buona parte indotte dai diversi giudizi di valore sottostanti. Ma vi è un’ulteriore differenza, importante e profonda, tra le prime due posizioni e la terza. Essa è filosofica, prima che analitica. La terza posizione non si preoccupa dell’origine dei principi generali del diritto, né della loro esternazione in una o più norme di diritto positivo, bensì della rilevanza che in vari modi essi assumono ai fini della risoluzione dei conflitti tra gli interessi che emergono dal corpo sociale. Se questo modo di opinare giustifichi il recupero dell’idea – cara a Montesquieu – che i principi sono indotti dalla «natura stessa delle cose» è un’ulteriore questione, meritevole di un’attenta analisi.

Ai fini che qui interessano, si può constatare, da un lato, che le tecniche di azione dei pubblici poteri non sono più basate sul presupposto istituzionale della separatezza, bensì sulla cooperazione, anche all’interno dei procedimenti amministrativi; dall’altro lato, che, nell’attuale fase dell’integrazione europea e della globalizzazione, la maggior parte degli Stati – segnatamente, tutti quelli che fanno parte dell’Unione europea – hanno rinunciato ai *privilegia de non appellando*, in quanto nei confronti delle rispettive azioni e inazioni sono esperibili rimedi giurisdizionali che prevedono l’intervento di vere e proprie corti, nonché arbitrati, con effetti vincolanti per le parti, inclusi gli Stati. Ciò comporta un mutamento, se non di paradigma, di prospettiva per gli studiosi del diritto pubblico.

---

<sup>47</sup> N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, «Novissimo Digesto Italiano», XIII, Torino UTET, 1976, p. 889. O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Leiden, Nijhoff, 1991 ha indicato vari tipi di principi generali, «intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems» o «valid through all kinds of societies» o basati sulla «very nature of man as a rational and social being». Tra le numerose opere collettive dedicate alla legalità, presenta interesse *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. Pino e V. Villa, Bologna, Il Mulino, 2016.

Ugo Villani

*Limitazioni di sovranità, 'controlimiti'  
e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le norme del diritto internazionale consuetudinario e il loro rango nell'ordinamento italiano – 3. I principi fondamentali della Costituzione e i diritti inviolabili della persona quali controlimiti al recepimento di norme del diritto internazionale consuetudinario – 4. L'art. 11 Cost. nei rapporti con il diritto comunitario, poi dell'Unione europea, e il primato di quest'ultimo – 5. I controlimiti all'applicazione del diritto dell'Unione europea e il loro funzionamento – 6. La permanente attualità dei controlimiti – 7. Il caso *Taricco*: la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, il ricorso ai controlimiti e la posizione della Corte costituzionale nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 – 8. L'inquadramento della Carta delle Nazioni Unite nell'art. 11 Cost. – 9. Il rango della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano – 10. Il ridimensionamento dell'autorità delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo – 11. Conclusioni.

1. *Premessa*

Sebbene l'espressione 'limitazioni di sovranità' sia usata in maniera esplicita solo nell'art. 11 Cost. (rispetto a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni), se intesa come comprensiva delle restrizioni ai poteri dello Stato sulla propria comunità territoriale derivanti da obblighi internazionali, essa rientra anche nell'art. 10, 1° comma, Cost., nella misura in cui l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, e nell'art. 117, 1° comma, Cost., modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, con riferimento al rispetto da parte del legislatore (sia statale che regionale) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (ricordiamo anche l'art. 10, 2° comma, Cost., relativo alla condizione giuridica dello straniero, e l'art. 35, 3° comma, sugli accordi e le

organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti dei lavoratori; norme dalle quali, peraltro, prescindiamo).

Tali articoli, alla luce della loro applicazione nella giurisprudenza costituzionale, concernono, rispettivamente, i rapporti con il diritto comunitario (poi dell'Unione europea), con il diritto internazionale consuetudinario, con il diritto internazionale pattizio (oltre che con le norme del diritto dell'Unione europea non direttamente applicabili). In tali differenti ambiti diversi sono i procedimenti di adattamento dell'ordinamento italiano alle norme esterne di volta in volta considerate, il rango che esse assumono nel nostro ordinamento, i principi e i meccanismi utilizzati per risolvere le eventuali antinomie tra le suddette norme esterne e quelle nazionali.

## 2. *Le norme del diritto internazionale consuetudinario e il loro rango nell'ordinamento italiano*

Riguardo alle norme del diritto internazionale generale, cioè del diritto internazionale consuetudinario, comprensivo delle norme imperative (*ius cogens*), l'art. 10, 1° comma, Cost. adotta la tecnica del rinvio a tali norme e determina un adattamento dell'ordinamento italiano che è automatico, immediato, completo e continuo, operando così – secondo la nota formula del Perassi – come «trasformatore permanente», il quale estrae dalle norme del diritto internazionale, a cui si riferisce, il contenuto delle norme interne per adattarlo a quelle».

Le norme consuetudinarie, in virtù dell'art. 10, 1° comma, peraltro, sono immesse nell'ordinamento italiano con le opportune modifiche nella loro formulazione, in particolare per quanto riguarda i loro destinatari. Se, infatti, in principio la norma internazionale generale si rivolge agli Stati, attribuendo loro diritti e obblighi reciproci, una volta entrata nel diritto interno essa va necessariamente rimodulata per essere applicata da parte del giudice (o della pubblica amministrazione) statale, così come per conferire diritti o obblighi ai soggetti dell'ordinamento interno.

È attraverso il procedimento contemplato dall'art. 10, 1° comma, che le norme consuetudinarie che pongono limiti alla sovranità dello Stato penetrano nell'ordinamento italiano, traducendosi in limiti e divieti di diritto interno all'esercizio dei poteri degli organi statali, in particolare di quelli giudiziari. Non è questa la sede per un esame di tali norme. Basti ricordare – oltre a quelle riguardanti il trattamento degli stranieri e dei loro beni, che si trovino nel territorio dello Stato – le norme che pongono

limiti particolarmente incisivi rispetto a taluni organi di Stati stranieri, in specie il Capo dello Stato, il Capo del governo, il Ministro degli esteri, gli agenti diplomatici. Tali limiti si risolvono in un complesso di immunità di detti organi dai poteri dello Stato in questione, le quali si estendono alla giurisdizione penale e civile. Un fondamentale limite alla sovranità è posto, infine, a favore degli Stati stranieri, i quali godono dell'immunità dalla giurisdizione. Essa, in origine assoluta, cioè comprensiva di qualsiasi atto di tali Stati, successivamente – grazie specialmente alla giurisprudenza italiana e belga sviluppatasi dall'inizio del XX secolo – si è trasformata in immunità relativa (o ristretta), riguardante i soli atti emanati nell'esercizio dei poteri dello Stato straniero quale ente sovrano (atti *iure imperii*), non anche a quelli posti in essere alla stregua di qualsiasi privato (atti *iure privatorum* o *gestionis*).

Le norme consuetudinarie, essendo immesse nell'ordinamento italiano tramite una norma costituzionale – l'art. 10, 1° comma –, assumono anche esse rango costituzionale. Di conseguenza si pongono a un livello sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie, le quali, in caso di conflitto con una norma consuetudinaria, sono soggette a una pronuncia di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale. Invero, non pochi sono i casi in cui quest'ultima ha dichiarato l'incostituzionalità di leggi italiane perché in contrasto con norme di diritto internazionale consuetudinario. Può ricordarsi, tra le meno risalenti, la sentenza del 30 luglio 2008 n. 306, la quale ha affermato l'incostituzionalità delle leggi italiane che escludevano l'indennità di accompagnamento a persone disabili, legittimamente soggiornanti in Italia ma prive della 'carta di soggiorno' per mancanza di requisiti reddituali. La Corte costituzionale ha dichiarato che tale disciplina violava l'art. 10, 1° comma, Cost., «dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato». Anche in materia di servizio militare obbligatorio sono state emane varie sentenze di incostituzionalità di leggi italiane che, a certe condizioni, sottoponevano stranieri a tale servizio. Per esempio, nella sentenza del 15 maggio 2001 n. 131 la Corte costituzionale ha rinvenuto una violazione dell'art. 10, 1° comma, per contrasto della disciplina in questione «con la norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta, richiamata dalla disposizione costituzionale invocata, che vieta agli Stati di assoggettare agli obblighi militari i cittadini di altri Stati».

Meno agevole è la definizione dei rapporti tra le norme internazionali

consuetudinarie e quelle costituzionali, dato che, dal punto di vista del loro rango, esse sembrano porsi al medesimo livello (appunto, quello costituzionale). L'eventuale antinomia tra le norme in parola, pertanto, è stata risolta dalla Corte costituzionale sulla base del principio di specialità. Nella sentenza del 18 giugno 1979 n. 48, con riguardo alla norma consuetudinaria sulla immunità dalla giurisdizione civile degli agenti diplomatici anche per gli atti compiuti a titolo privato, la Corte costituzionale ha affermato, infatti, che tale norma può armonizzarsi con le norme costituzionali apparentemente contrastanti, in particolare con l'art. 24 Cost., che riconosce il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, considerando la suddetta norma consuetudinaria come norma speciale volta a garantire l'espletamento della missione diplomatica. Anche la migliore dottrina, espressa dal Conforti, ha fatto riferimento al principio di specialità, qualificando il diritto internazionale, nel quadro dei procedimenti di adattamento, come diritto speciale, nel senso che le norme internazionali sono sorrette dalla volontà del legislatore (nel caso di norme consuetudinarie, del Costituente) che gli obblighi da esse derivanti siano rispettati. La prevalenza delle norme internazionali consuetudinarie anche su quelle costituzionali viene così a giustificarsi non già in virtù di una ipotetica superiorità di rango, ma di un principio, quello di specialità, di carattere interpretativo.

Alle considerazioni che precedono può aggiungersi che, anche sul piano letterale, l'art. 10, 1° comma, dispone che «l'ordinamento giuridico italiano» si conforma alle norme internazionali in discorso e, per tale via, sembra comprendere anche la Costituzione nell'adeguamento alle norme consuetudinarie, così stabilendo la prevalenza di queste ultime.

### *3. I principi fondamentali della Costituzione e i diritti inviolabili della persona quali controlimiti al recepimento di norme del diritto internazionale consuetudinario*

Detta prevalenza, peraltro, non è assoluta. Nella stessa sentenza del 18 giugno 1979 n. 48 la Corte costituzionale ha avvertito che l'adattamento al diritto internazionale generale non può in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. La Corte costituzionale (seguita dalla Corte di cassazione nella sentenza del 3 agosto 2000 n. 530) ha operato però una distinzione temporale: per le norme consuetudinarie anteriori alla Costituzione italiana vi sarebbe stato già un adeguamento dell'ordinamento italiano, per cui l'adozione della Costituzione non potrebbe limitarne l'applicazione; al contrario, i principi fon-

damentali della Costituzione bloccherebbero l'ingresso nel nostro ordinamento delle norme di diritto internazionale generale che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Successivamente questa distinzione, alquanto artificiosa e formalistica, è stata superata in base alla considerazione che l'apertura internazionalistica dell'art. 10, 1° comma, non può spingersi in alcun caso sino a un punto di rottura dei valori fondamentali della Costituzione, che garantiscono l'identità dell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale, nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, ha rilevato, inoltre, che sin dalla sua prima sentenza (del 14 giugno 1956 n. 1), è stato chiarito che l'istituto della illegittimità costituzionale riguarda sia le leggi posteriori che quelle anteriori alla Costituzione e che tale principio vale anche per le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto oggetto dell'art. 10, 1° comma, Cost., che si siano formate prima o dopo la Costituzione. Pertanto tali valori, corrispondenti ai principi supremi o fondamentali dell'ordinamento costituzionale (quali, per esempio, la sovranità popolare, l'indipendenza dei giudici, il ripudio della guerra) e ai diritti inalienabili della persona, costituiscono limiti all'ingresso delle norme internazionali generali: ove queste siano in conflitto con i suddetti principi fondamentali o con i diritti inalienabili della persona l'art. 10, 1° comma, non ne permette l'ingresso nell'ordinamento italiano (Corte costituzionale, 22 marzo 2001 n. 73, e 22 ottobre 2014 n. 238). In altri termini, come risulta con chiarezza da quest'ultima sentenza, nel caso di norma internazionale confliggente con i principi supremi o con i diritti umani inalienabili non si determina l'incostituzionalità di una norma prodotta nell'ordinamento italiano mediante il rinvio alla norma internazionale, ma, in maniera più radicale, l'art. 10, 1° comma non è più operativo, poiché tali principi o diritti inalienabili precludono lo stesso recepimento della norma internazionale (o, se si preferisce, la produzione della corrispondente norma interna).

I limiti in esame sono spesso denominati 'controlimiti', al pari di quelli operanti – come si vedrà – rispetto al diritto dell'Unione europea. Essi, infatti, sono destinati a neutralizzare i limiti alla sovranità che, come si è rilevato, derivano dal rinvio al diritto internazionale generale.

Solo di recente la teoria dei controlimiti, costantemente ribadita in via di principio dalla Corte costituzionale, ha trovato concreta applicazione. È il caso, notissimo, della citata sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, relativa all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, in particolare della Repubblica federale di Germania, rispetto ad azioni risarcitorie concernenti crimini di guerra e contro l'umanità commessi nel corso della seconda guerra mondiale ai danni di cittadini italiani. La giurisprudenza

italiana, a partire dalla sentenza della Cassazione (sezioni unite) dell'11 marzo 2004 n. 5044 (*Ferrini c. Repubblica federale di Germania*), aveva negato l'immunità dalla giurisdizione per tali crimini, sebbene commessi *iure imperii* dalla Germania, ritenendo che le norme internazionali, immesse nell'ordinamento italiano tramite l'art. 10, 1° comma, che tutelano i diritti fondamentali della persona contro tali crimini, prevalgono sulle norme internazionali in tema di immunità. Al contrario, la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 3 febbraio 2012, *Repubblica federale di Germania c. Italia*, pur riconoscendo che i crimini di guerra e contro l'umanità sono vietati da norme di diritto internazionale generale aventi carattere cogente, aveva affermato che ciò non incide sulle regole, di carattere procedurale, relative all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri. Queste restano quindi applicabili, posto che i suddetti crimini sono commessi dallo Stato nell'esercizio di propri poteri pubblici quale ente sovrano.

L'Italia aveva dato esecuzione a tale sentenza mediante la legge 29 gennaio 2013 n. 5, contenente l'autorizzazione all'adesione alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2 dicembre 2004 sulla immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni e il relativo ordine di esecuzione. Essa, all'art. 3, espressamente dedicato all'esecuzione della citata sentenza della Corte internazionale di giustizia, stabiliva che il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle condotte oggetto di tale sentenza rileva, anche d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. Quanto alle sentenze passate in giudicato, in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia, esse potevano essere impugnate per revocazione.

Il Tribunale di Firenze, con tre ordinanze del 21 gennaio 2014, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della 'norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, 1° comma, Cost.', nella parte in cui nega la giurisdizione, nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte, nello Stato del giudice adito, *iure imperii* dal Terzo Reich (nonché della legge 17 agosto 1957 n. 848, di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite e della ricordata legge 14 gennaio 2013 n. 5, nella parte volta all'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012), in riferimento agli articoli 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, e 24 Cost., che garantisce il diritto alla tutela giudiziaria dei propri diritti e interessi legittimi.

La Corte costituzionale, nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, ha richiamato espressamente i controlimiti, costituiti dai principi fondamen-

tali dell'ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona e che rappresentano elementi identificativi di detto ordinamento. Essa ha rilevato, quindi, che la norma internazionale generale sulla immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, come interpretata dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia, comporta il 'sacrificio totale' del diritto alla tutela giudiziaria dei diritti fondamentali, violati, nella specie, da atti qualificabili come crimini di guerra o contro l'umanità e, pertanto, si pone in contrasto manifesto con gli articoli 2 e 24 Cost.

Come si è accennato, la Corte costituzionale, a differenza delle ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze, non ha pronunciato l'incostituzionalità della ipotetica norma interna prodotta nell'ordinamento italiano mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, 1° comma, Cost., della norma consuetudinaria in esame. Essa, al contrario, ha dichiarato non fondata la questione, poiché ha affermato recisamente che il contrasto di una norma internazionale generale con i principi supremi dell'ordinamento italiano e con i diritti inviolabili della persona preclude lo stesso funzionamento del rinvio previsto dall'art. 10, 1° comma, Cost. Di conseguenza la norma internazionale in questione «non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto»; per converso, i diritti inviolabili delle persone vittime di crimini di guerra e contro l'umanità non sono privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva.

I principi affermati dalla sentenza in esame hanno trovato puntuale conferma nell'ordinanza della Corte costituzionale del 3 marzo 2015 n. 30, la quale ha dichiarato inammissibile, per inesistenza di oggetto, la questione di costituzionalità della norma prodotta nell'ordinamento italiano mediante il (presunto) recepimento della norma consuetudinaria accertata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio 2012. Essi sono stati concretamente applicati, tra l'altro, dalla Corte di cassazione, sezione penale, nella sentenza del 29 ottobre 2015 n. 43696, e sezioni unite civili, nella sentenza del 29 luglio 2016 n. 15812, negando l'immunità dalla giurisdizione, rispettivamente, della Serbia e della Repubblica federale di Germania.

#### 4. *L'art. 11 Cost. nei rapporti con il diritto comunitario, poi dell'Unione europea, e il primato di quest'ultimo*

L'art. 11 Cost., nella parte in cui dichiara che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (e pro-

muove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo), fu pensato principalmente con riferimento alle Nazioni Unite. Peraltro esso ha trovato concreta applicazione nei riguardi del diritto comunitario (poi dell'Unione europea), anzitutto per giustificare il (parziale) trasferimento di poteri sovrani di carattere legislativo (si pensi alla emanazione dei regolamenti, direttamente applicabili nell'ordinamento degli Stati membri) e giudiziario (come accade, in particolare, per la competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea) da parte dell'Italia alle istituzioni europee. L'inserimento del nuovo art. 117, 1° comma, nella Costituzione con la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, il quale sottopone la potestà legislativa (statale come regionale) al rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», non ha in alcun modo modificato la giurisprudenza costituzionale, che vi ha visto solo una conferma dei risultati cui essa era già pervenuta sulla base dell'art. 11 Cost. Basti qui ricordare la sentenza del 7 marzo 1964 n. 14, per quanto riguarda la giustificazione della limitazione dei poteri legislativi, e quella del 27 dicembre 1965 n. 98, relativa al profilo dei poteri giudiziari, limitati a favore della Corte di giustizia.

L'art. 11 è stato utilizzato, almeno da un certo momento in poi, anche per definire il rango del diritto comunitario e, in particolare, per risolvere i casi di conflitto tra quest'ultimo e il diritto interno. In origine, nella citata sentenza del 7 marzo 1964 n. 14, la Corte costituzionale aveva affermato che, essendo stati resi esecutivi i Trattati europei con legge ordinaria, le disposizioni del diritto comunitario avevano la stessa efficacia della legge ordinaria, per cui le ipotesi di contrasto andavano risolte in base al principio della successione delle leggi nel tempo. Di conseguenza una legge italiana successiva ben poteva abrogare o modificare le disposizioni comunitarie contrastanti.

Tale tesi incontrò un'immediata e severa reazione della Corte di giustizia, la quale, pronunciandosi in via pregiudiziale sulla medesima vicenda, *Costa c. ENEL*, già approdata alla Corte costituzionale, affermò, al contrario, il primato del diritto comunitario sulle norme interne e l'invalidità di tali norme se confliggenti. Secondo la Corte di giustizia, infatti, il trasferimento di poteri degli Stati a favore dell'ordinamento comunitario implica «una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani», di fronte alla quale una legge statale ulteriore, incompatibile con il sistema comunitario, sarebbe del tutto priva di efficacia (sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64).

Un primo passo della Corte costituzionale verso il riconoscimento del primato del diritto comunitario fu compiuto con la sentenza del 30 ottobre 1975 n. 232, la quale ricavò tale primato proprio dall'art. 11 Cost. La

Corte dichiarò, infatti, che leggi successive incompatibili, o anche solo riproduttive, rispetto a regolamenti comunitari, violando le norme rilevanti del Trattato CEE, comportavano la violazione dell'art. 11 Cost. e, pertanto, erano destinate a essere dichiarate incostituzionali. La Corte di giustizia, peraltro, nella sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, non approvò la posizione della Corte costituzionale, poiché essa implicava la necessità di una pronuncia di quest'ultima affinché fosse eliminata la legge interna incompatibile (o riproduttiva) e ciò pregiudicava sia l'efficacia diretta dei regolamenti, sia la loro entrata in vigore simultanea in tutti gli Stati membri.

Finalmente la riconciliazione tra le due Corti si realizzò con la sentenza della Corte costituzionale dell'8 giugno 1984 n. 170. In essa la nostra Corte dichiara che l'art. 11 Cost. non implica l'invalidità della legge statale successiva in contrasto con norme comunitarie direttamente applicabili, ma la sua disapplicazione da parte del giudice comune. Questi, pertanto, non deve sollevare una questione di illegittimità costituzionale (che sarebbe dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale), ma deve provvedere ad assicurare l'applicazione del diritto comunitario in luogo di quello italiano incompatibile. Per questa via, pur rifiutando la tesi della Corte di giustizia di una preminenza gerarchica del diritto comunitario su quello nazionale, che resta valido ed efficace, la Corte costituzionale giunge praticamente al medesimo risultato di garantire il primato del diritto comunitario in maniera automatica, cioè senza bisogno di un intervento, proprio o del legislatore, ma a opera del giudice comune. Secondo la Corte costituzionale, in forza del coordinamento attuato in conformità dell'art. 11 Cost. tra l'ordinamento comunitario e quello italiano, i regolamenti sono destinati a operare in maniera immediata nella sfera territoriale dell'Italia e il sistema statale si apre a questa normazione, lasciando che essa viga nel territorio italiano. Rispetto all'ambito di applicazione dei regolamenti comunitari la legge italiana «non vuole interferire» e, se incompatibile, non viene affatto in rilievo. Come la Corte costituzionale preciserà nella sentenza del 14 giugno 1990 n. 285, di fronte a regolamenti comunitari «l'ordinamento interno si ritrae e non è più operante».

La giurisprudenza costituzionale successiva, muovendosi in sintonia con quella della Corte di giustizia, ha ampliato la diretta applicabilità – con conseguente disapplicazione di leggi italiane incompatibili – alle sentenze della Corte di giustizia, ove riguardino norme comunitarie direttamente applicabili (sentenze del 23 aprile 1985 n. 113, dell'11 luglio 1989 n. 389, del 13 luglio 2007 n. 284) e alle direttive, purché provviste di effetti diretti alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze

del 2 febbraio 1990 n. 64 e del 18 aprile 1991 n. 168). Inoltre la Corte costituzionale ha affermato che l'obbligo di disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto comunitario direttamente applicabile incombe anche agli organi amministrativi (sentenza dell'11 luglio 1989 n. 389).

Per quanto riguarda il diritto comunitario non direttamente applicabile (si pensi, di regola, alle direttive), le norme italiane con esso confliggenti sono destinate, invece, a essere dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale, sempre sulla base dell'art. 11 Cost. (confermato dall'art. 117, 1° comma, Cost.; si vedano, tra le altre, le sentenze del 28 marzo 2006 n. 129 e del 28 gennaio 2010 n. 28). In questo caso, infatti, il giudice comune, ove ritenesse di disapplicare le leggi italiane, non potrebbe comunque decidere il caso poiché non troverebbe una disciplina europea sufficientemente completa per regolarlo.

#### *5. I controlimiti all'applicazione del diritto dell'Unione europea e il loro funzionamento*

Il primato del diritto comunitario (come, poi, dell'Unione europea) opera, sempre in forza dell'art. 11 Cost., anche nei riguardi della Costituzione italiana, rispetto alla quale esso ben può contenere norme derogatorie. In questo senso la Corte costituzionale si è più volte espressa, con le sentenze del 31 marzo 1994 n. 117 e del 24 aprile 1996 n. 126. E invero, analogamente a quanto si è osservato riguardo all'art. 10, 1° comma, Cost., anche a proposito dell'art. 11 potrebbe ripetersi che le limitazioni di sovranità determinano una restrizione (o una 'ritrazione') dell'intero ordinamento italiano, comprensivo della Costituzione.

Tuttavia la limitazione di sovranità a favore dell'Unione, come già della Comunità europea, non opera senza eccezioni o ... senza limiti. Il diritto dell'Unione, invero, non può mai pregiudicare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona; gli stessi limiti, quindi, che operano rispetto all'ingresso del diritto internazionale generale in base all'art. 10, 1° comma, Cost. Poiché tali principi limitano la... limitazione di sovranità a favore dell'Unione europea essi sono denominati 'controlimiti'.

Il loro vigore può ricavarsi, invero, dallo stesso art. 11 Cost. Come ha dichiarato limpidamente la Corte costituzionale nella sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183, l'art. 11 consente limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità, ivi indicate, di assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni. Ove il diritto dell'Unione determinasse la viola-

zione dei principi costituzionali fondamentali o dei diritti umani inalienabili esso tradirebbe tali finalità e, di conseguenza, non troverebbe più copertura nel citato art. 11. Si noti che il Trattato sull'Unione europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sembra riconoscere anch'esso una sfera di principi fondamentali degli Stati membri intangibili da parte dell'Unione. L'art. 4, par. 2, dichiara, infatti, che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.

Il sindacato sulla compatibilità con i controlimiti di disposizioni del diritto dell'Unione non può essere operato dal giudice comune (come pure, in un caso, ha fatto il Consiglio di Stato nella sentenza dell'8 agosto 2005 n. 4207), ma ricade nella competenza esclusiva della Corte costituzionale, come la stessa ha costantemente ribadito (tra le altre, nell'ordinanza del 28 dicembre 2006 n. 454). Il conflitto tra disposizioni europee e i principi costituzionali fondamentali o i diritti inalienabili della persona (anch'essi costituzionalmente tutelati), infatti, si configura quale contrasto con la Costituzione della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, nella parte in cui produca l'applicazione delle suddette disposizioni nell'ordinamento italiano. Si aggiunga che l'accertamento di un contrasto di una disposizione del diritto dell'Unione con i controlimiti comporta una decisione di estrema gravità, che può innescare un elemento di tensione nei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione. Appare quindi opportuno lasciare al responsabile e autorevole apprezzamento della Corte costituzionale l'eventuale adozione di una decisione siffatta.

Nella ricordata sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183 la Corte costituzionale aveva affermato che, nell'ipotesi 'aberrante' in cui le istituzioni europee usassero i propri poteri per violare i principi fondamentali della Costituzione o i diritti inalienabili delle persona, essa stessa assicurerebbe la garanzia del proprio sindacato giurisdizionale «sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali». Questa posizione non era priva di incertezze. Essa poteva interpretarsi, per un verso, come volta a limitare il suo sindacato all'ipotesi di conflitto con i controlimiti non di una singola disposizione o atto comunitario ma dell'intero Trattato europeo; e, per altro verso, come suscettibile di prefigurare un recesso dell'Italia dalle Comunità europee in caso di tale conflitto (restando aperta la questione se detto recesso fosse conseguenza diretta della pronuncia della Corte o richiedesse un atto delle istituzioni politiche, cioè Governo e Parlamento). Tale interpretazione (seguita dalla Corte di cassazione nella sentenza del 3 ottobre 1997 n. 9653), non appariva peraltro

giustificata, se non altro perché conduceva a una conseguenza, il recesso dell'Italia dalle Comunità europee, eccessiva e sproporzionata rispetto all'obiettivo di salvaguardare i principi fondamentali e i diritti inviolabili dell'uomo nell'ipotesi – da ritenere più probabile e verosimile – in cui essi fossero messi a repentaglio non già dal sistema complessivo dei Trattati comunitari, ma da una specifica, singola disposizione, o atto, o sentenza europea. Come si è già accennato, il controllo sul rispetto dei controllimiti si risolve nel sindacato costituzionale sulla legge italiana di esecuzione dei Trattati europei nella parte in cui, tramite le norme di tali Trattati, ammetta l'esercizio di certi poteri o l'emanazione di certi atti, che si pongano in contraddizione con i principi costituzionali o i diritti umani fondamentali. In questi termini si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, la quale, dopo avere riaffermato la vigenza dei controllimiti (richiamati anche dalla precedente sentenza dell'8 giugno 1984 n. 170), ha affermato la propria competenza «a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana».

In termini analoghi la questione di costituzionalità è stata sottoposta alla Corte costituzionale dalla Corte di cassazione e dalla Corte d'appello di Milano nella recente vicenda *Taricco* (della quale ci occuperemo tra breve). La Corte costituzionale, infatti, è stata investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130, di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nella parte in cui autorizza la ratifica e rende esecutivo l'art. 325 TFUE, relativo alla lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*. E la Corte costituzionale, nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24, con la quale ha sottoposto varie questioni in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, dopo avere ribadito che «l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia», ha nitidamente affermato che nel caso (peraltro sommamente improbabile) che «in specifiche ipotesi normative» tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, ma «per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi».

Tuttavia, se l'oggetto formale dello scrutinio della Corte costituzionale è la legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, non può sfuggire che il riferimento alla parte in cui tale legge consenta l'ingresso nell'ordinamento italiano di una data disposizione del diritto dell'Unione, di un certo atto europeo, di una determinata sentenza della Corte di giustizia, sposta l'oggetto reale del controllo sulla disposizione, sull'atto o sulla sentenza europea. Sono questi, infatti, che vengono confrontati con i principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona per accertare la loro eventuale incompatibilità, sicché la menzione della legge italiana appare una sorta di *ficio iuris* per giustificare una valutazione della disposizione, dell'atto o della sentenza europea, che, in quanto estranei all'ordinamento italiano, di per sé sono sottratti al sindacato della Corte costituzionale.

La declaratoria di incostituzionalità, dunque, non determinerebbe il recesso dell'Italia dall'Unione, ma impedirebbe alla legge italiana di esecuzione dei Trattati europei di immettere nell'ordinamento italiano una "specifica" disposizione dell'Unione o, più verosimilmente, un atto emanato in forza della disposizione o – come nei casi delle due pronunce della Corte costituzionale da ultimo ricordate – una sentenza della Corte di giustizia contenente una data interpretazione o applicazione della disposizione. I controlimiti, in definitiva, determinano la 'disapplicazione' della disposizione, atto o sentenza con essi confliggenti; essi svolgono, quindi, una funzione analoga (ma rovesciata) rispetto a quella propria delle limitazioni della sovranità italiana a favore dell'ordinamento dell'Unione europea. Peraltro, mentre la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello dell'Unione (direttamente applicabile) è affidata al giudice comune (nonché alla pubblica amministrazione), la disapplicazione delle norme, atti o sentenze dell'Unione confliggenti con i principi fondamentali costituzionali o con i diritti inalienabili della persona, essendo il risultato di un giudizio di costituzionalità della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, resta prerogativa esclusiva della Corte costituzionale.

#### 6. *La permanente attualità dei controlimiti*

Sebbene il necessario rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona da parte del diritto dell'Unione sia costantemente ribadito dalla Corte costituzionale, a lungo il meccanismo dei controlimiti non è stato azionato al fine di impedire l'applicazione di una disposizione europea. Ciò non significa, tuttavia, che il riferimento a tali principi e diritti abbia rappresentato una mera clausola di stile, priva di rilevanza pratica.

Essi sono venuti in rilievo rispetto a una (discutibile) giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, nell'esercizio della competenza pregiudiziale di validità sugli atti comunitari, era solita dichiarare che la sua pronuncia di invalidità avesse efficacia *ex nunc*, quindi solo per le eventuali cause future nelle quali venisse in rilievo l'atto invalido, giungendo a escludere l'applicazione della sua sentenza da parte del giudice *a quo*, quindi anche a favore di chi avesse promosso a livello nazionale una causa fondata, appunto, sull'affermazione della invalidità dell'atto in questione (per esempio, sentenza del 27 febbraio 1985, causa 112/83, *Société des produits de maïs*). La nostra Corte costituzionale, nella sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, aveva affermato che una siffatta giurisprudenza comportava un contrasto con il diritto alla tutela giudiziaria sancito dall'art. 24 Cost. e costituente un principio supremo del nostro ordinamento. La Corte aveva giustamente rilevato che tale diritto «verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dall'autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima». La Corte costituzionale, in questo caso, era riuscita a evitare la dichiarazione di incostituzionalità – con conseguente disapplicazione di una sentenza della Corte di giustizia –, e quindi uno 'scontro' diretto con quest'ultima, dichiarando la questione di legittimità costituzionale inammissibile per ragioni processuali (e con argomenti non privi di una certa... abilità acrobatica). Ma il monito, evidente in tale pronuncia, era stato ben inteso dalla Corte di giustizia, la quale aveva mutato giurisprudenza, affermando che l'attore nella causa principale, così come altre persone che abbiano presentato analogo ricorso, possono legittimamente invocare la declaratoria di invalidità dell'atto in questione.

Successivamente, e specie con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, la teoria dei controlimiti non aveva trovato applicazione ed era parsa 'passata di moda' a parte della dottrina e della giurisprudenza. La Corte di cassazione, sezione tributaria, 1° giugno 2012 n. 8817, era giunta a dichiarare che la c.d. teoria dei controlimiti doveva ritenersi ormai superata, in considerazione dello sviluppo della tutela dei diritti fondamentali, attestata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dal valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali, «al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato».

Al riguardo rileviamo che, pur riconoscendo gli enormi progressi rea-

lizzati nella tutela dei diritti umani da parte del diritto dell'Unione europea, il rischio di un conflitto con i principi supremi e i diritti inalienabili riconosciuti dall'ordinamento costituzionale italiano non può escludersi. Anzitutto non è detto che la posizione gerarchica dei diritti umani fondamentali e il grado di tutela nel diritto dell'Unione coincidano con quello della Costituzione italiana. E la Corte di giustizia, nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ha ammesso che uno Stato membro, in caso di divergenza del livello di protezione di un diritto umano tra il diritto nazionale e quello dell'Unione, può applicare i superiori standard nazionali solo a patto che ciò non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta europea dei diritti fondamentali, come interpretato dalla Corte stessa, «né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione». È ben possibile, quindi, secondo la Corte di giustizia, che il livello di tutela costituzionale dei diritti fondamentali sia sacrificato in nome del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione. Del resto, già nella celebre sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, con la quale i diritti fondamentali trovarono riconoscimento nel diritto comunitario in quanto tutelati da principi generali dello stesso, la Corte ebbe cura di precisare che la salvaguardia dei diritti fondamentali in seno all'Unione va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della stessa (e, quindi, anche nei limiti derivanti da tali struttura e finalità).

Inoltre, anche ad ammettere che il sistema normativo europeo sia oggi tale da garantire una tutela dei diritti umani corrispondente (o addirittura superiore) a quella assicurata dall'ordinamento costituzionale italiano, ciò non può escludere che l'applicazione o l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione si ponga in contrasto con i diritti umani risultanti dalla Costituzione italiana. Dato che, verosimilmente, l'ipotesi di un contrasto può realizzarsi riguardo a un atto o a una sentenza europea che applichi o interpreti una norma dei Trattati, piuttosto che alla norma stessa, escludere ogni possibilità di contrasto significherebbe presumere una sorta di 'infallibilità' delle istituzioni europee, comprese quelle giudiziarie. Infine si deve ricordare che, sebbene i diritti inalienabili della persona costituiscano la categoria forse più importante dei controlimiti, tuttavia non li esauriscono, poiché essi comprendono anche altri principi costituzionali fondamentali, sul rispetto dei quali non è rilevante il livello europeo di tutela dei diritti umani.

7. *Il caso Taricco: la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, il ricorso ai controlimiti e la posizione della Corte costituzionale nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24*

Infatti un contrasto con i controlimiti è emesso, anche in maniera alquanto traumatica, nella vicenda relativa alla ricordata sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*, emessa su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo. La Corte è stata chiamata a interpretare l'art. 325 TFUE, il quale, tra l'altro, prescrive che l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace e che gli Stati membri, a tal fine, adottino le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. Nella sentenza la Corte di giustizia, riguardo a frodi fiscali in materia di IVA (c.d. frodi carosello), ha affermato che la normativa italiana sulla prescrizione dei reati risultante dall'art. 160 c.p., ultimo comma, e dall'art. 161 cod. pen., come modificati dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251 (c.d. ex Cirielli), secondo la quale, dopo l'interruzione della prescrizione, il termine della nuova prescrizione può essere prolungato solo di un quarto rispetto a quello iniziale (e non è, quindi, identico a quest'ultimo), è idonea a pregiudicare gli obblighi degli Stati membri derivanti dal suddetto art. 325 TFUE, conducendo il più delle volte alla prescrizione dei reati in questione, e va, pertanto, disapplicata dal giudice italiano. A questo fine, peraltro, lo stesso giudice deve verificare se tale normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in numero considerevole di casi di frode grave lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, o se preveda termini di prescrizione più lunghi per i casi di frodi analoghe ai danni dello Stato.

La sentenza della Corte di giustizia dichiara espressamente che l'art. 325 TFUE pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e incondizionato e quindi, essendo direttamente applicabile, in forza del primato del diritto dell'Unione rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale. Dato che la sentenza in questione è dichiarativa di una norma europea direttamente applicabile essa, inoltre, ha una efficacia *erga omnes*, sicché la disapplicazione delle disposizioni italiane in materia di prescrizione riguarda tutti i processi in corso (oltre che quelli futuri), anche per i reati finanziari commessi anteriormente alla sentenza *Taricco* (purché non già prescritti alla data di quest'ultima).

La Corte di giustizia ha cura di sottolineare che la disapplicazione delle norme italiane della legge ex Cirielli – e, quindi, la mancata punizione dei

reati in questione – non è in contrasto con l’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, in base al quale nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento della commissione, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale, né può essere sottoposto a una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Tale disapplicazione, infatti, avrebbe il solo risultato di non abbreviare il termine generale di prescrizione, ma non produrrebbe alcun effetto né sulla configurazione del reato, né sull’entità della pena originariamente prevista. La Corte di giustizia, richiamando anche la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo relativa all’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, corrispondente al citato art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, ha accolto, in definitiva, una qualificazione processuale, non sostanziale, della prescrizione, escludendo che essa ricada nell’ambito di applicazione del principio di legalità penale *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La sentenza della Corte di giustizia incide sensibilmente sui compiti del giudice italiano, e non solo per l’ovvia ragione che a lui spetta effettuare la disapplicazione delle disposizioni in questione sui termini di prescrizione per i reati finanziari ricadenti nell’art. 325 TFUE: al giudice nazionale spetta, ai fini della stessa disapplicazione di tali disposizioni, valutare se queste impediscano l’irrogazione di sanzioni effettive e dissuasive in un numero di casi considerevole di frode grave che ledano gli interessi finanziari dell’Unione o se esse prevedano tempi di prescrizione più lunghi per analoghi reati in danno dello Stato italiano. Si aggiunga che la sentenza *Taricco*, pur negando che la disapplicazione dei termini di prescrizione della legge italiana violi l’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, afferma che riguardo ai reati commessi anteriormente alla stessa sentenza il giudice italiano, nel disapplicare le disposizioni nazionali in questione, dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati (cioè degli autori delle frodi) siano rispettati.

La reazione della giurisprudenza italiana è stata varia, articolata e non priva di contraddizioni. La prima sentenza della Corte di cassazione successiva alla sentenza *Taricco* si è adeguata alla pronuncia della Corte di giustizia. Si tratta della sentenza della Corte di cassazione penale del 20 gennaio 2016 n. 2210, la quale ha disapplicato gli articoli oggetto della sentenza *Taricco* anche riguardo a reati commessi anteriormente alla stessa; la Corte di cassazione ha seguito una ricostruzione processuale della prescrizione, ritenendo quindi inapplicabile il principio di legalità penale consacrato nell’art. 25 Cost. (oltre che nell’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo).

Altre sentenze, al contrario, non hanno applicato la sentenza *Taricco* (e non hanno, quindi, disapplicato le disposizioni italiane in questione) o per assenza di gravità della frode (nonché per l'avvenuto decorso del termine di prescrizione anteriormente a tale sentenza: Cassazione penale, 26 febbraio 2016 n. 7914), o per assenza dei requisiti della gravità della frode e della ineffettività delle sanzioni previste in un numero considerevole di casi (Cassazione penale, 24 ottobre 2016 n. 44584), o perché il reato in questione doveva ritenersi differente da quello contemplato dalla stessa sentenza *Taricco* (Cassazione penale 31 marzo 2017 n. 16458).

Infine un'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 18 settembre 2015 n. 339 e una della Corte di cassazione penale dell'8 luglio 2016 n. 28346, come si è accennato, hanno promosso giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130, di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nella parte in cui si dà esecuzione all'art. 325, paragrafi 1 e 2, come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015 nel caso *Taricco*. L'incostituzionalità è fondata su una serie di ragioni di contrasto di tale sentenza con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e con i diritti inalienabili della persona, ritenuti essenziali al nucleo dell'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

Specie l'ordinanza della Corte di cassazione rappresenta un 'attacco frontale' alla sentenza *Taricco*. Non è possibile, in questa sede, un esame analitico dei vari e numerosi punti di contrasto con i principi supremi dell'ordinamento italiano che essa imputa a tale sentenza. Ci limitiamo a rilevare gli aspetti essenziali, quali emergono dall'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 con la quale la Corte costituzionale, relativamente alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'appello di Milano e dalla Corte di cassazione, ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alcune questioni interpretative concernenti l'art. 325 TFUE e la stessa sentenza dell'8 settembre 2015. La Corte costituzionale – sulla falsariga delle ordinanze di sottoposizione delle questioni di costituzionalità – afferma, anzitutto, che nell'ordinamento italiano la prescrizione ha natura sostanziale, non processuale (come ritenuto dalla Corte di giustizia), in quanto incide sulla punibilità della persona, e pertanto il suo regime è soggetto al principio di legalità penale, espresso dall'art. 25, 2° comma, Cost., che costituisce «un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva».

La Corte costituzionale rileva, quindi, un primo *vulnus* a tale principio

nel fatto che, al momento della commissione del reato, l'autore non poteva prevedere che, a seguito di una futura sentenza della Corte di giustizia, l'art. 325 TFUE imponesse al giudice italiano di non applicare le disposizioni in questione sulla prescrizione, così, in definitiva, condannandolo a una pena, invece di dichiarare l'estinzione del reato.

Se tale considerazione si riferisce al carattere retroattivo della punibilità per le frodi commesse anteriormente alla sentenza *Taricco*, carattere in contrasto con il principio della sottoposizione alla pena prevista al momento della commissione del reato, derivante dall'art. 25, 2° comma, Cost., un secondo elemento di conflitto con il principio di legalità penale viene individuato nella mancanza di determinatezza della 'regola *Taricco*'. Come si è ricordato, la disapplicazione delle disposizioni italiane non è prescritta in maniera assoluta: al giudice è demandato, infatti, il compito di valutare se esse siano tali da impedire di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave. Ora – osserva la Corte costituzionale – per tale via il calcolo del tempo necessario per la prescrizione di un reato non è più il frutto dell'applicazione, da parte del giudice, di regole legali sufficientemente determinate, ma di una sua valutazione discrezionale concernente, in particolare, il numero considerevole dei casi e la gravità della frode, da effettuare caso per caso, in spregio del «principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, 2° comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale».

La Corte costituzionale, rilevato il conflitto dell'art. 325 TFUE (o, meglio, della sentenza *Taricco*) con i principi supremi dell'ordinamento italiano, non giunge, peraltro, a una pronuncia di incostituzionalità, cioè, in sostanza, a un rifiuto di esecuzione di tale sentenza. Essa, al contrario, trae spunto anche da alcuni passaggi della stessa sentenza *Taricco*, come la ricordata attribuzione al giudice nazionale del compito di verificare che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati, nonché da alcune disposizioni del diritto dell'Unione, come l'art. 4, par. 2, TUE, che prescrive il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri, e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, che garantirebbe un livello di protezione più elevato di tali diritti risultante dalla Costituzione italiana, la quale «conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità». E, su queste basi, pone alla Corte di giustizia due questioni interpretative riguardanti l'art. 325 TFUE e una relativa alla sentenza *Taricco*. Nelle prime due chiede se l'art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre la disapplicazione della normativa sulla prescrizione, alle condizioni

precisate dalla Corte di giustizia, «anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata» e «anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; nella terza se la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015 nel caso *Taricco* debba essere interpretata nel senso di imporre, alle condizioni ivi precisate, la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione «anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

Malgrado la distinzione tra le questioni interpretative concernenti l'art. 325 TFUE e quella relativa alla sentenza dell'8 settembre 2015, a noi pare che, nella sostanza, è quest'ultima che è messa totalmente in discussione. La Corte costituzionale, invero, sembra voler provocare una nuova interpretazione dell'art. 325 TFUE, quasi suggerendo le risposte alla Corte di giustizia, al fine di ottenere una pronuncia che sia conforme bensì al diritto dell'Unione e alla Carta dei diritti fondamentali, ma, in sostanza, alla propria ricostruzione dei principi operanti in materia, in armonia con i principi costituzionali italiani. Con questa proposta di dialogo (se non di revisione della pronuncia dell'8 settembre 2015), la Corte costituzionale sembra promettere anche una pacifica e amichevole soluzione del caso: «In conclusione, se la Corte di giustizia dovesse concordare con questa Corte sul significato dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco*, sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti».

Non essendo stata ancora pronunciata la sentenza della Corte di giustizia, ci limitiamo a osservare, per ora, che le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 18 luglio 2017, sono complessivamente contrarie alle tesi enunciate dalla Corte costituzionale nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24. Egli nega, anzitutto, che la prescrizione abbia natura sostanziale e, dunque, che l'applicazione dei principi affermati sulla sentenza *Taricco* ai processi in corso violi l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali (e il corrispondente art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Per quanto riguarda i controlimiti invocati dalla Corte costituzionale, l'Avvocato generale esclude che possa applicarsi il livello di tutela ricavato dall'art. 25, 2° comma, Cost. ed esteso alla disciplina della prescrizione poiché esso, ostacolando l'attuazione di un obbligo stabilito dalla Corte di giustizia, compromette il primato del diritto dell'Unione e la sua effettività, impedendo la condanna per i reati in questione che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Egli, inoltre, re-

spinge l'argomento secondo il quale l'applicazione – a seguito della sentenza *Taricco* – ai processi in corso di un termine di prescrizione più lungo pregiudicherebbe l'identità nazionale della Repubblica italiana, garantita dall'art. 4, par. 2, TUE. L'Avvocato generale rileva che non è dimostrato che lo status di principio 'supremo' riguardi tutti gli aspetti del principio di legalità dei reati e delle pene e che, in realtà, la stessa Corte costituzionale afferma il ricorso ai controlimiti solo quando venga in rilievo il 'nucleo centrale' di un principio fondamentale.

Su un punto sollevato dalla Corte costituzionale l'Avvocato generale, peraltro, mostra di condividere la critica della Corte alla sentenza *Taricco*. Egli riconosce che i criteri, cui è subordinata la disapplicazione delle disposizioni in questione sulla prescrizione, concernenti l'idoneità di queste ultime a impedire l'inflizione di sanzioni effettive e dissuasive «in un numero considerevole di casi» di violazione «grave» degli interessi finanziari dell'Unione, sono «vaghi e generici» e sembrano introdurre un elemento di soggettività nella valutazione richiesta al giudice. Pertanto egli propone, da un lato, di eliminare il riferimento al numero considerevole di casi e, dall'altro, di fondare la valutazione del giudice esclusivamente sulla natura del reato di frode, natura la cui definizione spetta al legislatore dell'Unione.

#### 8. *L'inquadramento della Carta delle Nazioni Unite nell'art. 11 Cost.*

Solo di recente, con la più volte ricordata sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, l'art. 11 Cost. è stato applicato all'ordinamento delle Nazioni Unite. La Corte costituzionale si è occupata, più precisamente, dell'art. 94 della Carta, in base al quale ogni Stato membro deve conformarsi alla decisione della Corte internazionale di giustizia in ogni controversia di cui sia parte. Essa ha affermato che tale vincolo costituisce una delle ipotesi di limitazione di sovranità alle quali lo Stato italiano ha consentito ai sensi dell'art. 11 Cost., sempre, però, nel limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione. Ha quindi confermato che fra tali controlimiti rientra, ai sensi degli articoli 2 e 24 Cost., la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e, in presenza della norma italiana di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite – l'art. 1 della legge 17 agosto 1957 n. 848 di esecuzione della Carta –, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta ed esclusivamente riguardo alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012.

La tecnica usata dalla Corte costituzionale consiste nello scrutinio di

costituzionalità della legge italiana di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite, non potendo la stessa Corte sindacare norme internazionali, quale l'art. 94 della Carta, o la sentenza del 3 febbraio 2012. Non può sfuggire, peraltro, che l'oggetto reale del giudizio della Corte costituzionale è proprio tale sentenza; e che il risultato del giudizio consiste nel divieto di darvi esecuzione e nel rifiuto di consentirne l'ingresso nell'ordinamento italiano, al pari della norma internazionale consuetudinaria come interpretata dalla stessa sentenza.

Si noti che, nel condivisibile ragionamento della Corte costituzionale, l'inquadramento della Carta delle Nazioni Unite nelle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. ha per conseguenza che essa, tendenzialmente, acquisti un rango costituzionale, sebbene eseguita mediante una legge ordinaria. Tale rango, pur non esplicitamente dichiarato dalla Corte costituzionale, è confermato dalla sottoposizione della stessa Carta delle Nazioni Unite non già all'intera Costituzione – come dovrebbe desumersi dalla sua esecuzione in Italia con legge ordinaria –, ma ai soli principi fondamentali e diritti inalienabili della persona, gli stessi controlimiti, cioè, che impediscono l'ingresso delle norme internazionali generali *ex* art. 10, 1° comma, Cost., e, come si è visto, del diritto dell'Unione europea.

Tale collocazione della Carta delle Nazioni Unite può essere foriera di sviluppi importanti. L'art. 11 Cost., infatti, potrebbe conferire alla Carta quello stesso primato di cui gode il diritto dell'Unione e che comporta la disapplicazione del diritto interno confliggente. Pertanto, limitatamente a eventuali norme o atti obbligatori delle Nazioni Unite *self-executing*, aventi, cioè, un contenuto completo e autosufficiente suscettibile di diretta applicazione, nel caso di contrasto con leggi (ordinarie o persino costituzionali) sarebbe affidato al giudice comune e alla pubblica amministrazione il compito di assicurare l'applicazione – e, dunque, il primato – della Carta, disapplicando le leggi italiane contrastanti. Alla Corte costituzionale resterebbe la competenza a definire gli eventuali conflitti della Carta delle Nazioni Unite con i principi fondamentali della Costituzione e i diritti inalienabili della persona, facendo scattare i controlimiti (nonché, ovviamente, la declaratoria di incostituzionalità di leggi italiane in contrasto con disposizioni non direttamente applicabili della stessa Carta).

#### 9. *Il rango della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*

A differenza delle disposizioni della Costituzione sin qui considerate, l'art. 117, 1° comma (modificato dalla legge costituzionale del 18 ottobre

2001 n. 3), non riguarda l'adattamento, che, per quanto concerne i trattati dei quali l'Italia è parte, resta affidato, di solito, all'ordine di esecuzione, dato, di regola, con legge ordinaria. Esso determina, invece, il rango delle norme pattizie immesse nell'ordinamento italiano, in particolare – tenendo conto della giurisprudenza costituzionale formatasi su tale norma – quelle contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 e nei suoi Protocolli.

Nelle celebri sentenze 'gemelle' del 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349 la Corte costituzionale ha interpretato l'espressione contenuta in tale norma, secondo la quale la potestà legislativa è esercitata nel rispetto (tra l'altro) dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, nel senso che essa non 'costituzionalizza' la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (che, eseguita anch'essa con legge ordinaria, in principio ha il medesimo rango di tale legge), ma le conferisce una particolare forza di resistenza, ponendo al legislatore il limite invalicabile del suo rispetto. Di conseguenza una legge in conflitto con la Convenzione violerebbe l'art. 117, 1° comma, e quindi sarebbe incostituzionale (e tali furono dichiarate le leggi italiane oggetto delle due sentenze del 24 ottobre 2007). La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, peraltro, si colloca in un rango subcostituzionale, quale norma interposta tra la legge ordinaria e la Costituzione, alla quale resta subordinata. Ove una disposizione alla stessa Convenzione – o, più verosimilmente, una sentenza della Corte europea che ne facesse applicazione – fosse in conflitto con la Costituzione non potrebbe, evidentemente, operare come parametro di costituzionalità di una legge italiana e, anzi, dovrebbe essere 'espunta' dall'ordinamento giuridico (così la citata sentenza n. 348). Ciò significa, a nostro avviso, che la legge italiana di esecuzione della Convenzione sarebbe dichiarata incostituzionale nella parte in cui permetta l'ingresso, nel nostro ordinamento, della disposizione in questione della Convenzione o, meglio, della sentenza che ne dia un'interpretazione contrastante con la Costituzione; sentenza che, pertanto, non entrerebbe nell'ordinamento italiano, né sarebbe eseguibile in Italia.

Sia le due sentenze del 24 ottobre 2007, sia quelle successive (ma possono rinvenirsi sentenze anche precedenti alla riforma del 2001), affermano che il giudice comune, prima di sollevare l'eventuale questione di costituzionalità della legge italiana in contrasto con disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve anzitutto interpretare tale legge in maniera conforme alla Convenzione e ai suoi Protocolli. Egli, cioè, se possibile, deve 'piegare' la legge italiana in modo da conciliarla con la Convenzione stessa, privilegiando, tra le varie interpretazioni sostenibili, quella che risulti più coerente con il rispetto della Convenzione,

anche a costo di qualche forzatura della lettera della norma interna. Tale interpretazione – consolidata già riguardo ai rapporti del diritto interno con quello dell’Unione europea – si fonda su una presunzione di conformità del legislatore con gli impegni internazionali da lui stesso attuati nell’ordinamento interno mediante l’ordine di esecuzione. Essa è rafforzata da una presunzione di conformità alla Costituzione, in particolare all’art. 117, 1° comma, Cost., che impone al legislatore di rispettare gli obblighi internazionali.

Va precisato che il giudice italiano deve interpretare le disposizioni della Convenzione, anche ai fini di una interpretazione conforme del diritto interno, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, alla quale – come sottolinea la sentenza n. 349 del 2007 – spetta l’ultima parola sull’interpretazione della Convenzione. Tale giurisprudenza, al di là degli effetti obbligatori del giudicato, esprime una autorità di ‘cosa interpretata’, nel senso che l’interpretazione della Corte tende a consolidarsi e a imporre il significato delle disposizioni della Convenzione da essa risultante. Di conseguenza, il dovere del giudice nazionale di interpretazione conforme si estende, dal testo della Convenzione, al diritto vivente della giurisprudenza della Corte europea.

#### *10. Il ridimensionamento dell’autorità delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*

Nella giurisprudenza costituzionale successiva, il dovere del giudice italiano di interpretare e di applicare le disposizioni della Convenzione europea così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, pur costantemente ribadito, è stato subordinato a talune condizioni. Queste hanno limitato l’autorità interpretativa della Corte europea, tanto da determinare, secondo parte della dottrina, un arretramento nel riconoscimento dell’autorità di tale Corte e, in definitiva, del rispetto della Convenzione europea – intesa come ‘diritto vivente’ – da parte del giudice nazionale. Esempio di tale orientamento è la sentenza della Corte costituzionale del 26 marzo 2015 n. 49, anche se già prima, nella sentenza del 26 novembre 2009 n. 311, la Corte costituzionale aveva chiarito che il dovere di interpretazione conforme alla giurisprudenza europea non va inteso in senso pedissequo, ma come dovere di rispettare la ‘sostanza’ di questa giurisprudenza.

Nella sentenza n. 49 del 2015 la Corte costituzionale ha affermato, infatti, che il giudice italiano sarà vincolato all’interpretazione della Corte

europea solo in presenza di una giurisprudenza consolidata o di una ‘sentenza pilota’, alle quali dovrà adeguare la propria interpretazione del diritto interno al fine di prevenire conflitti con la Convenzione europea o, in caso di impossibilità, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale. Nessun obbligo esiste, invece, a fronte di pronunce della Corte europea che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo. E la Corte fornisce al giudice comune una serie di indizi alla luce dei quali escludere che si sia consolidata una data interpretazione delle disposizioni della Convenzione, quali «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea, gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non si sia posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». È evidente che l’autorità della giurisprudenza della Corte europea risulta così alquanto ridimensionata, come dimostra anche la giurisprudenza costituzionale successiva (per esempio la sentenza del 21 luglio 2016 n. 200).

Il ridimensionamento della giurisprudenza della Corte europea, rispetto alle sentenze ‘gemelle’ del 2007, risulta anche dall’affermazione secondo la quale la sentenza della Corte europea, ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata (sentenza del 22 luglio 2011 n. 236); e la concretezza e la peculiarità del caso deciso vanno tenute in conto al fine di individuare il principio espresso dalla Corte europea e di valutare la legittimità costituzionale di una legge interna in rapporto a tale principio (come ha dichiarato la Corte costituzionale nella citata sentenza del 21 luglio 2016 n. 200, «il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l’interprete» dall’obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte europea). Ancor più tale ridimensionamento deriva dall’affermazione, contenuta nella citata sentenza n. 49 del 2015, secondo la quale «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU». Nelle ipotesi, qualificate peraltro come ‘estreme’, nelle quali

l'opera interpretativa «degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali» non riesca a conciliare i principi desumibili sia dalla Costituzione che dalla Convenzione europea, «è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana». L'affermazione è coerente con il rango subcostituzionale riconosciuto alla Convenzione europea, ma forse, nella sua absolutezza, non tiene in considerazione che è la stessa Costituzione, all'art. 117, 1° comma, che – come si è visto – prescrive una interpretazione del diritto italiano conforme (o anche... conformata) alla Convenzione europea.

Va sottolineato, ancora, che l'ipotesi di conflitto tra la legge italiana e la Convenzione europea si realizza soltanto se la prima garantisce la tutela di un diritto fondamentale in maniera più ridotta rispetto alla Convenzione, non anche nel caso opposto, in cui l'ordinamento italiano assicuri una tutela più elevata (tra le molte, si vedano le sentenze del 26 novembre 2009 n. 311, del 4 dicembre 2011 n. 317, del 28 novembre 2012 n. 264 e l'ordinanza del 9 luglio 2014 n. 223). È la stessa Convenzione europea, infatti, che stabilisce che nessuna delle sue disposizioni può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente (art. 53). Deve osservarsi, tuttavia, che il criterio della protezione più elevata non sempre risulta applicabile; infatti nell'ambito di ciascun sistema giuridico (costituzionale o convenzionale) può variare il rapporto tra diversi diritti fondamentali che vengano in conflitto, per esempio il diritto alla riservatezza e il diritto all'informazione, i quali vanno reciprocamente temperati. In questi casi l'individuazione del livello più elevato di protezione tra i due sistemi di protezione (la Costituzione italiana e la Convenzione europea) non è più possibile, poiché la maggiore tutela che si rilevi rispetto a un diritto è controbilanciata dalla corrispondente limitazione (e, quindi, dalla minore tutela) dell'altro diritto in questione.

Ora, la ricerca della massima tutela dei diritti fondamentali conduce la Corte costituzionale a operare un bilanciamento tra il singolo diritto oggetto della pronuncia della Corte europea e gli altri interessi costituzionalmente protetti, «cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela» (sentenza del 4 dicembre 2009 n. 317). La Corte costituzionale prosegue dichiarando che, «naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppino in modo squilibrato, con sacrificio

di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea. Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU nella legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali». Tale bilanciamento è collocato dalla Corte costituzionale nel 'margine di apprezzamento', elaborato dalla stessa Corte europea, che residua agli Stati parti nell'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (si veda ancora la sentenza n. 317 del 2009 e numerose sentenze successive, come quelle del 7 aprile 2011 n. 113, dell'11 novembre 2011 n. 303, del 23 gennaio 2012 n. 15 e del 28 novembre 2012 n. 264).

Questo *modus operandi* della Corte costituzionale finisce per ridurre l'autorità della pronuncia della Corte europea sul significato dello specifico diritto fondamentale oggetto della stessa. Infatti – come la Corte costituzionale ha ribadito nella recente sentenza del 20 luglio 2016 n. 193 –, sebbene le norme della Convenzione europea debbano essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, spetta alla Corte costituzionale valutare come e in quale misura «il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», anche con le 'ordinarie operazioni' di interpretazione e di bilanciamento, così da rispettare la sostanza della giurisprudenza consolidata, «ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi». L'autorità della pronuncia della Corte europea (e, forse, anche della sua giurisprudenza consolidata) rischia così di diluirsi in un più ampio contesto giuridico, caratterizzato pur sempre dalla tutela (sembrerebbe la più ampia possibile) dei diritti fondamentali, ma in un'ottica sostanzialmente nazionale, più che europea.

Se si considera la giurisprudenza costituzionale (che in questa sede non è possibile analizzare) deve riconoscersi, peraltro, che il tasso di deferenza della nostra Corte verso quella europea è generalmente elevato, come dimostrano i numerosi casi in cui la Corte costituzionale è pervenuta alla dichiarazione di incostituzionalità di leggi italiane per contrasto con disposizioni della Convenzione europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo (per delle sentenze recenti si vedano quelle del 23 luglio 2015 n. 184, del 19 febbraio 2016 n. 36, del 21 luglio 2016 n. 200; si veda anche la sentenza del 7 ottobre 2016 n. 215, che, peraltro, non richiama espressamente la giurisprudenza della Corte europea).

Non mancano casi, tuttavia, nei quali l'orientamento oggi prevalente della Corte costituzionale ha condotto, in definitiva, a disattendere sen-

tenze della Corte europea. Ciò va detto, anzitutto, riguardo all'affermazione, vigorosamente enunciata, in particolare, nella citata sentenza del 26 marzo 2015 n. 49, secondo la quale l'interpretazione della Corte europea è vincolante per il giudice nazionale solo se contenuta in una giurisprudenza consolidata o in una sentenza pilota. In tale sentenza la Corte costituzionale ha sostanzialmente disconosciuto l'autorità della sentenza della Corte europea del 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, dichiarando l'inammissibilità di alcune questioni di legittimità costituzionale – per contrasto con la Convenzione europea – relative alla legislazione italiana in materia di lottizzazione abusiva.

Analogamente il bilanciamento tra la pronuncia della Corte europea e gli altri interessi costituzionalmente tutelati, tenuto conto del margine di apprezzamento, ha determinato un rifiuto della Corte costituzionale di consentire l'esecuzione in Italia di sentenze della Corte europea. Senza pretesa di completezza, il caso più eclatante sembra rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale del 28 novembre 2012 n. 264. Essa, facendo riferimento esplicito al rispetto dei controllimiti, che alla stessa Corte spetta di controllare, ha dichiarato non fondata la questione di incostituzionalità, in rapporto all'art. 117, 1° comma, Cost., di una disposizione italiana (l'art. 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006 n. 296, legge finanziaria 2007), la quale, applicandosi retroattivamente in materia pensionistica, veniva a predeterminare il risultato di un processo in corso in termini negativi nei confronti dei ricorrenti. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 31 maggio 2011, *Maggio e altri c. Italia*, aveva constatato che, con tale legge, l'Italia aveva violato l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea relativo al diritto all'equo processo. L'esecuzione di tale sentenza comportava (per quanto attiene al ruolo della Corte costituzionale) la declaratoria di incostituzionalità della norma italiana essendo in conflitto con la citata disposizione della Convenzione europea, come interpretata dalla Corte europea non già in una giurisprudenza incerta o non consolidata, ma in una sentenza definitiva specificamente diretta contro l'Italia, concernente esattamente tale norma, che l'Italia era tenuta a eseguire (art. 46, par. 1, della Convenzione europea). Ebbene, la Corte costituzionale – come si è detto – ha 'salvato' la norma in questione ricorrendo, appunto, a un'operazione di bilanciamento del diritto riconosciuto dalla Corte europea con altre norme costituzionali, che garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela (pur avvertendo che tale operazione non è volta all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma all'integrazione delle tutele). La Corte costituzionale sottolinea che, mentre la Corte eu-

ropea «è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», essa «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante». Nella specie, trattandosi di una legge che disponeva che la retribuzione pensionabile, nel caso di lavoro svolto all'estero (in Svizzera), dovesse essere proporzionata all'entità dei contributi effettivamente versati (non con il metodo retributivo), la Corte ha ritenuto che interessi di pari rilevanza costituzionale – rispetto alla prescrizione dell'art. 117, 1° comma, riferito all'art. 6, par. 1, della Convenzione europea come interpretato dalla Corte di Strasburgo – giustifichino la disposizione retroattiva della legge italiana in questione. Infatti «gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, 4° comma, Cost., ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso [...], impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali».

In questo caso, in definitiva, l'esclusione della incostituzionalità della legge italiana si risolve nel rifiuto di dare esecuzione alla sentenza della Corte europea del 31 maggio 2011 – e, quindi, di garantire il diritto all'equo processo come in essa interpretato –, non in nome di altri diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, ma, apparentemente, del sistema complessivo di tutele risultante dalla Costituzione e dell'obiettivo di evitare sperequazioni e, principalmente, della esigenza finanziaria «di rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni» (si noti che, in un caso analogo, giudicato successivamente a tale sentenza, la Corte europea ha pienamente ribadito la violazione dell'art. 6, par. 1: sentenza del 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*).

## 11. Conclusioni

L'esame sin qui svolto alla luce della giurisprudenza costituzionale conferma la varietà dei procedimenti utilizzabili e dei principi vigenti nei rapporti tra l'ordinamento italiano e le norme internazionali ed europee, anche se sussiste una comune convergenza in merito alla tutela di taluni

valori nazionali irrinunciabili

Permane, invero, qualche dubbio sulla esatta collocazione delle fonti esterne all'ordinamento italiano nelle diverse 'caselle' predisposte dalle disposizioni costituzionali. Ci riferiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, costantemente considerata come sovraordinata alla legge ordinaria, ma subordinata all'intera Costituzione in base all'art. 117, 1° comma, Cost.: non potrebbe, invece, essere qualificata come un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, rispetto al quale l'Italia consente a limitazioni di sovranità, tenuto conto, altresì, dell'apparato organizzativo – a cominciare dalla Corte di Strasburgo – di cui essa è fornita? Un siffatto inquadramento determinerebbe conseguenze di estrema importanza. Anzitutto essa sarebbe subordinata solo ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona (i controlimiti), non all'intera Costituzione. Così, presumibilmente, la sentenza della Corte europea del 29 ottobre 2013, *Varvara, c. Italia*, 'interpretata' dalla Corte costituzionale nella ricordata sentenza del 26 marzo 2015 n. 49 in modo da assicurare il 'predominio assiologico' della Costituzione, avrebbe potuto spiegare efficacia nell'ordinamento italiano. In secondo luogo l'inquadramento della Convenzione europea nell'art. 11 Cost. comporterebbe la disapplicazione delle leggi italiane con essa confliggenti da parte del giudice comune, senza necessità di una pronuncia di incostituzionalità della Corte costituzionale, almeno quando il contrasto riguardi disposizioni della Convenzione *self-executing*, cioè aventi un contenuto completo e preciso, suscettibile di diretta applicazione senza bisogno di un intervento del legislatore. Un mutamento in questa direzione della giurisprudenza della Corte costituzionale appare, peraltro, improbabile, tenuto conto della tendenza, già rilevata, a considerare e valutare le sentenze della Corte europea all'interno del sistema complessivo delle tutele risultanti dalla Costituzione.

La giurisprudenza costituzionale mette in luce, inoltre, la piena vitalità della teoria dei controlimiti, i quali non rappresentano più (come pareva a taluni) una mera formula di stile, da richiamare a futura memoria nel quadro dei rapporti dell'ordinamento italiano con il diritto dell'Unione europea, ma trovano concreta applicazione, sino al punto da rimettere in discussione, come nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 relativa al caso *Taricco*, o a negare, come nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, l'obbligo di eseguire una sentenza internazionale emanata contro l'Italia. L'attaccamento ai controlimiti emerge anche dalla citata sentenza del 28 novembre 2012 n. 264, la quale ha cura di invocare espressamente tale categoria rispetto a una disposizione della Convenzione europea, l'art. 6,

par. 1, nell'interpretazione datane dalla sentenza del 31 maggio 2011 della Corte europea, quando sarebbe stato sufficiente, a questo fine, affermare la supremazia della Costituzione italiana ai sensi dell'art. 117, 1° comma.

Va sottolineato che i controlimiti non possono identificarsi meccanicamente con tutte le disposizioni costituzionali contenenti i principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona. Essi coincidono con i principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato, che costituiscono gli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale (Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238). Denominati sovente 'principi supremi' dell'ordinamento costituzionale italiano, essi hanno un rango superiore anche alle altre norme costituzionali e sfuggono persino alla possibilità di una revisione costituzionale. Come la Corte costituzionale ha nitidamente affermato nella sentenza del 29 dicembre 1988 n. 1146, «la Costituzione italiana contiene alcuni principi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». I principi in parola costituiscono, inoltre, un limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, 1° comma, Cost., quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni aventi gli scopi indicati dall'art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni, come, anzitutto, l'Unione europea; nonché un limite alle norme concordatarie, le quali godono della copertura costituzionale fornita dall'art. 7, 2° comma, Cost. (così anche Corte costituzionale, 22 marzo 2001 n. 73). I principi supremi costituiscono dunque una categoria unitaria, che opera, come si è visto, nelle varie direzioni considerate (e che, ovviamente, si pone come limite anche agli accordi internazionali, in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur se, in questa prospettiva, non emerge una specificità di tali principi rispetto alle altre disposizioni della Costituzione, data la generale subordinazione a queste ultime degli accordi dei quali l'Italia è parte).

Come si è avvertito, i controlimiti non coincidono pienamente con gli articoli della Costituzione che contemplano i principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona. I principi supremi, infatti, di norma consistono solo nel «nucleo più ristretto ed essenziale» di tali disposizioni o diritti

(Corte costituzionale, 2 febbraio 1982 n. 18, riguardo al diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto dall'art. 24 Cost. e, in via generale, 29 dicembre 1988 n. 1146). In altri termini, una limitazione di questi ultimi non è, in principio, esclusa, se giustificata da preminenti interessi pubblici, come può riconoscersi per il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., che può essere limitato dalle norme concordatarie a favore della giurisdizione ecclesiastica e da quelle internazionali sull'immunità dalla giurisdizione, ma non 'cancellato', quale diritto ad avere comunque un giudice (si veda ancora la sentenza del 2 febbraio 1982 n. 18). Infatti nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, con la quale la Corte costituzionale ha ravvisato un insanabile conflitto della norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri per crimini di guerra e contro l'umanità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, rappresentati dal diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (articoli 2 e 24 Cost.), essa ha più volte sottolineato che, nel caso deciso dalla Corte internazionale di giustizia con la sentenza del 3 febbraio 2012, sia la Corte che la stessa Repubblica federale di Germania avevano riconosciuto che l'immunità dalla giurisdizione italiana comportava l'inesistenza di qualsiasi rimedio giurisdizionale a tutela delle vittime dei predetti crimini. La norma consuetudinaria, nell'interpretazione della Corte internazionale di giustizia, determinava, pertanto, «il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale delle suddette vittime». E ciò finiva per pregiudicare anche i diritti umani fondamentali violati dai crimini commessi dalla Germania; come la Corte costituzionale dichiara, in maniera lapidaria: «Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela».

Nell'applicazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale una rilevanza primaria hanno i diritti umani fondamentali, come dimostrano i ripetuti richiami dell'art. 24 Cost. sul diritto alla tutela giurisdizionale, come nella sentenza appena ricordata, anche in rapporto all'art. 2 Cost., in quelle relative al Concordato con la Santa Sede e in quella del 21 aprile 1989 n. 232, relativa all'efficacia temporale delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'invalidità degli atti comunitari; nonché, più di recente, il riferimento al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, consacrato nell'art. 25, 2° comma, Cost., nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24. Sembra così emergere, da tale giurisprudenza, una visione 'nazionale' dei diritti umani fondamentali, per quanto riguarda la loro concezione, i loro contenuti, i loro livelli di protezione, i loro rapporti e il loro bilanciamento reciproci, o con altri principi costituzionali (come, per esempio, la funzione sociale della proprietà o la sostenibilità del si-

stema pensionistico). Anche se, in tale giurisprudenza, sono presenti, com'è naturale, accenti mutevoli e posizioni non sempre uniformi sull'ambito di applicazione dei controlli, in linea generale non sembra, tuttavia, che essa mostri un atteggiamento di chiusura nei riguardi delle fonti esterne e della giurisprudenza internazionale. Per quanto attiene alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – che pure, rispetto al diritto internazionale consuetudinario e al diritto dell'Unione europea, gode di una tutela minore nell'ordinamento italiano, collocandosi a un livello sub-costituzionale – il più delle volte, come si è già rilevato, la nostra Corte costituzionale mostra un atteggiamento di collaborazione e di deferenza verso la Corte di Strasburgo. Quest'ultima, nella sentenza del 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, pur esprimendo talune riserve sull'attenzione prestata alla propria giurisprudenza dai giudici italiani, ha espresso il suo favore per i principi stabiliti nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, rilevando che vi sono molte pronunce in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione interna sulla base, *inter alia*, della sua incompatibilità con i diritti garantiti ai sensi della Convenzione e della giurisprudenza della Corte.

Persino la sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, che pure segna una netta contrapposizione tra la Corte costituzionale e la Corte internazionale di giustizia, richiamando l'importante contributo della giurisprudenza italiana e belga dei primi anni del '900 alla formazione della nuova norma consuetudinaria sulla immunità ristretta dalla giurisdizione degli Stati stranieri, dichiara espressamente che la propria sentenza ha «l'effetto di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma, limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale». Essa, in sostanza, non vuole chiudersi in una propria concezione dell'immunità dalla giurisdizione, ma tende a promuovere un mutamento normativo, aprendosi sulla scena internazionale con la forza persuasiva delle proprie argomentazioni al fine di garantire la tutela giudiziaria dei diritti fondamentali.

Anche la ricordata sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, ferma nei principi affermati (relativi al diritto di tutela giurisdizionale), ma estremamente prudente nel trarne le conseguenze, era chiaramente volta a sollecitare un mutamento della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea rispettoso dei diritti fondamentali. E tale mutamento si è effettivamente realizzato. Così pure, l'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24, sebbene sembri innescare un 'contenzioso' con la Corte di giustizia, tende – come si è rilevato – ad aprire un dialogo con quest'ultima al fine di appianare le divergenze sollevate dal caso *Taricco*. E almeno su un punto, concernente i criteri

in presenza dei quali disapplicare le disposizioni italiane sulla prescrizione, l'Avvocato generale Yves Bot, nelle conclusioni del 18 luglio 2017, sembra condividere le preoccupazioni della Corte costituzionale.

Beninteso, diversa può essere la fondatezza degli argomenti sostenuti dalla Corte costituzionale, la loro capacità persuasiva e il risultato del 'dialogo' con tribunali internazionali (o anche con quelli nazionali di altri Stati). Vogliamo però sottolineare che non ci sembra che la Corte costituzionale, rivendicando il doveroso rispetto dei principi supremi, voglia 'arroccarsi' su posizioni nazionalistiche e di indifferenza verso fonti e giudici esterni, ma intenda piuttosto veicolare tali principi nei processi di sviluppo normativo e giudiziario concernenti, di volta in volta, il diritto internazionale consuetudinario, il diritto dell'Unione europea, il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Insomma, è la via del confronto e del dialogo, piuttosto che quella dello scontro, che sembra prediletta dalla Corte costituzionale. Su questa via, ovviamente, anche la nostra Corte costituzionale deve ricavare motivi di riflessione e, se del caso, di revisione critica del proprio atteggiamento (per esempio, l'accanita difesa, nell'ordinanza n. 24 del 2017, della natura sostanziale della prescrizione francamente non può non lasciare perplessi, sia nella pretesa che essa rappresenti un principio supremo dell'ordinamento costituzionale, sia, e ancor più, ove si pensasse di convincere in questo senso la Corte di giustizia). Ma nella misura in cui – come riguardo all'immunità dalla giurisdizione degli Stati per crimini di guerra e contro l'umanità – l'aspirazione della Corte costituzionale sia di provocare un rafforzamento nella protezione dei diritti umani fondamentali, tale aspirazione appare apprezzabile e non certo velleitaria. A parte l'influenza che può determinare sull'atteggiamento dei tribunali internazionali o di altri Stati, il diritto vivente dei giudici può svolgere, infatti, un ruolo di promozione nella formazione e nello sviluppo non solo del diritto internazionale consuetudinario, ma anche del diritto dell'Unione europea, in particolare contribuendo a definire quelle tradizioni costituzionali comuni che l'art. 6, par. 3, TUE annovera tra le fonti dei diritti umani. La teoria dei controlimiti, pur destinata, di per sé, a porsi come fattore di separatezza, se non di conflitto, tra l'ordinamento italiano e le fonti (e i giudici) a esso esterni, può così svolgere una differente funzione, di 'contaminazione', anche reciproca, con tali fonti, incanalando i 'principi supremi' in un processo normativo virtuoso di condivisione, teso alla più intensa tutela dei diritti della persona e alla 'umanizzazione', non solo del diritto dell'Unione e della Convenzione europea, ma dello stesso diritto internazionale consuetudinario.

Massimo La Torre

*Miseria del costituzionalismo globale*

SOMMARIO: 1. Europa e liberalismo autoritario – 2. Costituzione sovranazionale? – 3. Teorie e modelli – 4. Tra apologia e utopia

1. *Europa e liberalismo autoritario*

Viviamo tempi difficili oggi in Europa. È una constatazione già fatta, e che non può ch'essere adesso ripetuta<sup>1</sup>. E il *Brexit*, la volontà dell'elettorato britannico di abbandonare l'Unione europea, è l'ultimo e più grave episodio di un diffuso malessere che pare mettere in forse il processo d'integrazione europea fino a qualche anno fa ritenuto inarrestabile<sup>2</sup>. È crollato il mito dell'*Ever Closer Union*, e la narrativa di un'integrazione la cui 'finalité' è permanentemente incrementata è stata miseramente confutata.

La crisi economica e finanziaria ha colpito con forza modificando molti assetti sociali e politici. In vari paesi lo Stato è dovuto intervenire assumendosi il debito delle banche, evitando la loro bancarotta, ma così facendo aumentando esponenzialmente il debito pubblico. Quest'operazione ha avuto degli effetti più gravi nei paesi dell'Unione europea facenti parte dell'Unione monetaria europea, cioè membri della zona Euro, per la loro impossibilità a disporre sovranamente della leva monetaria, ricorrendo per esempio alla svalutazione della valuta del loro debito pubblico. Per le nazioni più deboli ciò ha significato qualcosa di simile al fallimento, evitato a sua volta solo dall'intervento dell'Eurozona. Quest'intervento è stato compiuto progressivamente, e disordinatamente, con strumenti di crescente invasività istituzionale, e in gran misura al di fuori del quadro normativo

---

<sup>1</sup> Si legga per esempio M. LA TORRE, *The Poverty of Global Constitutionalism*, in *Pluralism and European Private Law*, a cura di L. Niglia, Oxford 2013, pp. 53 ss.

<sup>2</sup> In merito mi permetto di rimandare a M. LA TORRE, *Brexit e liberalismo autoritario*, in «Critica-liberale», aprile-giugno 2016.

posto dall'Unione o addirittura in parziale violazione delle norme stabilite col Trattato di Maastricht e poi ribadite e riformulate nel Trattato di Lisbona<sup>3</sup>.

L'Unione si è data così una legislazione d'emergenza, o un diritto di stato d'eccezione, che ha reso alcuni suoi tratti, invero deformandoli, ancora più visibili. In particolare è la sua pulsione, per così dire, autoritaria, o antidemocratica, che si rivela con maggior forza<sup>4</sup>. Abbiamo una politica monetaria, che va ben al di là dell'obiettivo della stabilità dei prezzi, che è gestita da una Banca Centrale Europea concepita come un'agenzia pienamente indipendente rispetto alla politica degli Stati membri ed ai suoi organi rappresentativi, Consiglio Europeo, Consiglio dei Ministri, Parlamento Europeo. Abbiamo un meccanismo di stabilità finanziaria, organismo di supporto finanziario agli Stati in difficoltà economica, che sfugge alle regole dell'Unione medesima perché fondato su un trattato di diritto internazionale.

Abbiamo l'instaurazione di una logica non tanto di solidarietà tra membri di un medesimo ordine politico, quanto piuttosto di una relazione tra Stati creditori e Stati debitori retta dal criterio della cosiddetta condizionalità stretta. Difatti la concessione del prestito è condizionata all'accettazione di 'riforme' della struttura istituzionale e giuridica dello Stato debitore, riforme che spesso intaccano la sostanza dell'ordine costituzionale dello Stato in questione. E abbiamo un organismo incaricato di monitorare la effettiva implementazione delle 'riforme' raccomandate, la cosiddetta Trojka, nella quale un ruolo fondamentale è svolto dal Fondo Monetario Internazionale, che come è ovvio non ha nessuna parte nell'architettura istituzionale dell'Unione europea.

Tutto è poi aggravato dall'auge dell'idea di *governance*, che potrebbe anche tradursi *governo senza regole o senza diritto*, o meglio governo mediante *soft law*, vale a dire mediante provvedimenti o standard manageriali o aziendali opportunisticamente o strumentalmente legati al raggiungimento di un risultato, *Zweckorientiert*, non vincolati a principi o valori normativi. Le *policies* sono qui sottratte alla *politics*, così come altrove si era decretato e giustificato il divorzio tra deliberazione (e decisione) da un lato e rappresentazione e lotta politica dall'altro. In questa prospettiva potrà allora forse

---

<sup>3</sup> Cfr. A.J. MENÉNDEZ, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, «European Law Journal», 20 (Marzo 2014), pp. 127-141. Dello stesso autore cfr. anche *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, Madrid 2012.

<sup>4</sup> Su cui cfr. da ultimo AA. VV., *Rottamare Maastricht. Questione tedesca, Brexit e crisi della democrazia in Europa*, Roma 2016.

sembrare accettabile, e legittimo perché più efficace, e ‘deliberativo’, che l’Eurogruppo, organismo che si riunisce ‘a titolo informale’<sup>5</sup>, e da cui si fa dipendere la concessione del prestito e la determinazione delle sue modalità agli Stati-membri in difficoltà finanziarie, operi a porte chiuse, senza chiare regole procedurali interne, e senza verbali.

Questo panorama è nuovo per certi versi, ma per altri non lo è. Radicalizza tratti che, come dicevo sopra, erano già presenti, forse addirittura *ab initio, ab unione condita*, nell’ordinamento comunitario. È il sospetto per la democrazia che qui sembra prevalere, l’idea che le cose serie, quelle del *mercato* per intenderci, ed ora della *moneta*, debbano essere decise da dei ‘decisors’ (parola significativamente amata tanto dal nostro Monti quanto da George W. Bush) che sfuggano al controllo dei parlamenti nazionali e soprattutto degli elettorati nazionali. È la celebrazione della democrazia antimaggioritaria, ma rendendola una caricatura, perché qui ciò che si vuole proteggere dalle maggioranze non sono le minoranze e i loro diritti, bensì gli esecutivi nazionali e soprattutto certe materie di loro competenza, eminentemente quelle di politica economica, le quali vengono surrettiziamente sottratte alla maggioranza, vale a dire alla deliberazione democratica (poiché questa non può darsi che secondo il principio per l’appunto di *maggioranza*). Le *politiche* insomma si rendono indipendenti dalla *politica*, quella che si dà nel confronto e nel conflitto dei partiti e dei programmi politici, e diventano cosa di pochi ‘regolatori’ e ‘tecnici’, ora isolati dalla pluralità degli interessi in gioco e resi immuni alle discussioni e al trambusto dell’opinione pubblica.

È cioè il liberalismo autoritario ciò che qui riprende forma<sup>6</sup>. Di questo una qualche versione si era data e soprattutto progettata nella Repubblica di Weimar, come per esempio è rivelato nella polemica tra Hermann Heller da un lato, che affidava al parlamento la politica economica del paese, e Carl Schmitt che innalzava la proprietà privata e il capitalismo a parte intangibile della costituzione tedesca del Diciannove, volendo così sottrarre alla politica, vale dire alle masse, o alla socialdemocrazia, se si vuole essere più espliciti, ogni serio potere di redistribuzione della ricchezza. Su ciò, significativamente, concordano Friedrich von Hayek<sup>7</sup> e Hjalmar Schacht<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Protocollo n. 14 del Trattato di Lisbona, articolo 1: «I ministri degli Stati membri la cui moneta è l’euro si riuniscono a titolo informale».

<sup>6</sup> Per una discussione in merito rimando ai saggi contenuti nel fascicolo di «European Law Journal» del maggio 2015, Vol. 21, n. 3.

<sup>7</sup> Di questo si legga almeno *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, in F.A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Chicago 1980, pp. 255 ss.

La costruzione comunitaria, forse non proprio *ab initio*, ma certo progressivamente, si configura come una costruzione giuridica sovranazionale che costituzionalizza un certo ordine economico materiale, quello definito dalle cosiddette quattro libertà menzionate nel Trattato di Roma del 1957 – libertà di movimento delle persone, dei beni, dei servizi, e dei capitali – contro ogni limite o intento di riforma possibilmente operante nell'ambito delle costituzioni degli Stati membri. Tale costituzionalizzazione non è ancora iscritta nel Trattato di Roma, ma si rende evidente nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, la quale modifica la dignità normativa del Trattato, facendone per l'appunto un documento normativo di intensità e valore giuridico superiore a quello delle costituzioni nazionali, e interpretando il proprio ruolo giurisdizionale, non più come arbitro, bensì come una sorta di supercorte costituzionale, il cui compito è quello di garantire l'implementazione sempre più efficace (l'«*effet utile*») di tale ordine costituzionale sovranazionale. I principi e le norme delle costituzioni nazionali vengono così progressivamente aggirati, e soprattutto è la loro natura di Stato sociale, il *Welfare State* prodotto della crisi dello Stato liberale che aveva condotto ai fascismi, che in questa maniera, *by stealth*, occultamente, viene riformato, o per meglio dire smantellato.

È questa una strategia che è teorizzata dagli Ordoliberali tedeschi, che poi sono quelli che danno forma concreta al mercato comune europeo, tra l'altro per l'egemonia esercitata all'interno della burocrazia della Commissione europea<sup>9</sup>, spingendo per la trasformazione dell'unione doganale e del mercato comune in mercato unico, e spazio di concorrenza deregolata, che infine è cosa fatta col Trattato di Maastricht. Questo addirittura va oltre la stessa idea di mercato unico, allorché per esempio sancisce la libertà di movimento dei capitali anche rispetto all'esterno dell'Unione. Il divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità rispetto alla circolazione di beni, servizi, ecc, viene reinterpretata come divieto di limitazione della libera circolazione e della concorrenza. È quanto dispone la *ratio* della sentenza Cassis de Dijon della Corte Europea di Giustizia. Questa storia è nota. E trova il suo apice nelle sentenze Viking e Laval della Corte del Lussemburgo, dove il diritto d'iniziativa privata, sancito nei Trattati dell'Unione, è detto costituzionalmente superiore al diritto di sciopero e di contrattazione sindacale sancito nelle costituzioni degli Stati membri.

---

<sup>8</sup> Interessante in proposito è la ricostruzione della crisi di Weimar proposta dal banchiere tedesco nel secondo dopoguerra: vedi H. SCHACHT, 1933. *Wie eine Demokratie stirbt*, Düsseldorf 1968.

<sup>9</sup> Cfr. A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma 2014.

Con la crisi economica e finanziaria questa deriva neoliberale del diritto comunitario diventa eclatante e acquista in drammaticità. Alla Grecia si impone lo smantellamento dello Stato sociale: riforme, ancora riforme. Così che questo termine, ‘riforma’ per l’appunto, che un tempo significava un piano di cambiamento della normativa statale in direzione di maggiore uguaglianza sociale, ora ha il sapore amaro, e il senso cattivo, di progetto di ristabilimento della gerarchia sociale, della disuguaglianza, del capitalismo senza più moderazioni o vincoli, dell’assolutezza del diritto di proprietà, quel ‘diritto terribile’ che la dottrina giuridica novecentesca sembrava avere definitivamente addomesticato<sup>10</sup>.

## 2. *Costituzione sovranazionale?*

Ma cosa ha che vedere questo quadro con l’idea di costituzionalismo globale? Lo sviluppo dell’Unione europea può considerarsi nell’ambito di un più generale processo che ha luogo a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. È la globalizzazione, fenomeno sociale e culturale che ha diverse possibili letture e definizioni. Per quel che qui ci riguarda potremmo identificarlo nella elevata capacità di beni, informazioni e persone di circolare nello spazio globale del pianeta. Questa accelerazione di movimenti sembra abbattere molte frontiere, spaziali e temporali, e fare della società umana una sorta di situazione teatrale aristotelica. Vi è ora per le relazioni intersoggettive – potrebbe sostenersi – unicità di tempo e di spazio. Tale unicità, e la circolazione di beni e persone e informazioni che la sostiene, sfidano il monopolio particolaristico, parrocchiale, dello Stato nazionale. Questo si vede sottrarre lo spazio e il tempo di riferimento, su cui esercitare la propria singolare sovranità.

Non v’è dubbio che lo Stato nazionale non sia più in grado di soddisfare le proprie ambizioni di dominio e controllo. Ciò sembra mettere a rischio il suo stesso diritto domestico, e la gestione efficace delle risorse economiche. In un contesto di grande mobilità la sua capacità di governo fiscale si riduce in maniera esponenziale. Di maniera che alcuni attenti osservatori hanno dovuto constatare un cambiamento della sua stessa forma di alimentazione economica: da *Stato fiscale*, fondato sul monopolio efficace dell’imposizione tributaria, lo Stato nazionale, per rastrellare risorse, deve trasformarsi in *Stato debitore*. Il ricorso alla vendita dei titoli di Stato sul mercato ed al debito pubblico rimpiazza o sostiene la manovra fiscale tributa-

<sup>10</sup> Cfr. U. MATTEI, *Contro riforme*, Torino 2013.

ria, ora meno efficace o meno appetibile, per ragioni tra l'altro anche d'ordine ideologico<sup>11</sup>. Come che sia, il diritto statale non basta a più a se stesso e dunque con esso è la stessa costituzione nazionale a perdere di vigenza e di vigore.

Così che un rimedio sembra poter essere quello per un lato di riprendere o mantenere la forma costituzionale, d'altro lato di proiettarla verso una dimensione sovranazionale. Il costituzionalismo globale sembra così una risposta alla crisi del costituzionalismo nazionale, e della stessa forma Stato, senza rinunciare ai maggiori pregi di questa che si erano depositati nel regime costituzionale. Si pensa dunque che questo, il regime costituzionale, possa e debba essere riprodotto anche al di là delle frontiere nazionali.

Vi è, nella traiettoria dello Stato costituzionale nazionale, una questione pendente irrisolta rispetto al suo rapporto con la sovranità. Che è un concetto e un dispositivo pericoloso da maneggiare, dalle possibili derive autoritarie. Una soluzione all'onnipotenza pretesa dal sovrano anche costituzionale si è trovata nel controllo di costituzionalità delle leggi e nell'operatività d'una efficace giurisdizione costituzionale. Ciò però opera all'interno del recinto nazionale. Più complessa è l'opera di razionalizzazione e di addomesticamento, e civilizzazione, della sovranità a livello internazionale. Qui ritroviamo in molte costituzioni un'apertura verso il monismo internazionalista, che fa del diritto internazionale parte a tutti gli effetti del diritto domestico. Ma l'ordine internazionale, lo sappiamo, non è così denso e istituzionalizzato come quello nazionale. Il costituzionalismo sovranazionale, auspicando regimi di sempre maggiore e più decisa istituzionalizzazione, di norme giuridiche sovranazionali, sembra allora essere la risposta a tale problema. «Constitutionalism, then, needs to take a Copernican turn. The statist paradigm of constitutionalism needs to be replaced by a cosmopolitan paradigm of constitutionalism»<sup>12</sup>.

Abbiamo bisogno del costituzionalismo globale, così come abbiamo bisogno d'una corte costituzionale e della sua giurisdizione, per la civilizzazione della sovranità statale, un compito che ha iniziato lo stesso Stato costituzionale nazionale e che però da solo non riesce a completare. Bisogna andare oltre lo Stato. Il costituzionalismo globale sarebbe pertanto la

---

<sup>11</sup> Vedi W. STREECK, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin 2013.

<sup>12</sup> M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship Between Constitutionalism in and beyond the State*, in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, a cura di J.L. Dunoff-J.P. Trachtmann, Cambridge 2009, p. 263.

chiusura del circolo dell'esigenza costituzionale di limitazione del potere sovrano. Si è parlato a questo proposito di una continuazione del progetto istituzionale della modernità politica (depositatosi paradigmaticamente nello Stato nazionale), ma «con altri mezzi»<sup>13</sup>.

Resta però il fatto che il costituzionalismo moderno è il prodotto, anche mitico, se si vuole, di una comunità di popolo. Si riferisce ad uno specifico 'momento costituzionale' e ad un particolare 'potere costituente', due cose che hanno bisogno per darsi d'una concreta società civile e d'una attiva e operativa sfera pubblica. C'è chi parla a questo proposito di 'demos', ma spesso vuol dire 'ethnos', alla maniera di Carl Schmitt, dando così una torsione elevatamente nazionalistica e comunitaristica al momento costituzionale. Tale torsione però è idiosincratca, e di essa ci si può facilmente sbarazzare, se solo si riflette sul carattere interattivo, relazionale, della cittadinanza<sup>14</sup>. Meno facile è scansare lo spazio della società civile e il passaggio da una sfera pubblica, cioè la dimensione propria della relazione sociale che produce cittadinanza. Senza un *res publica* non c'è ancora di che deliberare costituzionalmente. Ma dove ritrovare tale sfera pubblica, o una società civile, in ambito sovranazionale?

### 3. *Teorie e modelli*

A questo punto il costituzionalismo per potersi teorizzare come *sovranazionale*, o *globale*, ha davanti due strade. (i) La prima è quella di sostenere la presenza di spezzoni sovranazionali di società civile o di pratiche collettive tali da dare un punto di sostegno, un fondamento ad una possibile costituzione oltre lo Stato nazionale. (ii) La seconda strada è quella di riformulare il contenuto del costituzionalismo, e in buona sostanza di rinunciare all'idea di costituzione come radicata nel momento costituzionale e in qualche esperienza di potere costituente.

La prima strada ha in genere due versioni, una *idealizzante*, che offre della deliberazione costituzionale una immagine normativa tale da potersi proiettare anche nell'ambito sovranazionale. Oppure se ne dà una versione *sociologizzante*, che crede di rinvenire un'evoluzione nei rapporti internazionali che lascia intravedere pratiche costituzionali. Per esemplificare, direi

<sup>13</sup> Vedi N. WALKER, *The Place of European Law*, in *The Worlds of European Constitutionalism*, a cura di G. De Búrca-J.H.H. Weiler, Cambridge University Press 2012, pp. 57-104.

<sup>14</sup> Per un'approfondimento su questo punto si veda M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino 2004.

che dal primo lato si dà una prospettiva habermasiana, che utilizza il discorso come categoria centrale ed interpreta una serie di relazioni semi-istituzionali od anche istituzionali come pratiche pienamente discorsive. Lo fa Habermas quando interpreta l'Unione europea con le lenti generose della teoria deliberativa<sup>15</sup>, o Nico Krisch che crede di poter concettualizzare per esempio pratiche come il cosiddetto dialogo tra corti come per l'appunto una forma di sfera pubblica discorsiva. Un caso per certi versi grottesco di tale strategia è stato quello che ha voluto vedere nella miriade di comitati e sottocomitati d'esperti e di lobbisti attorno alla Commissione europea, nella cosiddetta 'comitologia', l'embrione di una esperienza di poliarchia deliberativa tale da fornire legittimità democratica alle istituzioni dell'Unione<sup>16</sup>.

Dall'altro lato, dal lato 'sociologizzante', esemplare mi pare la proposta del cosiddetto *societal constitutionalism*, il 'costituzionalismo societario' di Gunther Teubner, che in buona sostanza rilegge la *lex mercatoria* come qualcosa di prossimo ad un discorso, o meglio ad una situazione di carattere costituzionale<sup>17</sup>. Ovviamente in questo secondo caso, ma fors'anche nel primo, almeno nella versione di Krisch, il costituzionalismo si fa radicalmente pluralista, non c'è più la pretesa di coerenza e d'unità dei vari frammenti costituzionali. Ciò che conta è il dialogo continuo, e l'apertura all'ordine normativo altro, 'mutual perspective-taking'<sup>18</sup>. Il costituzionalismo supera se stesso<sup>19</sup>. Qui si spande un certo profumo di postmodernità, che ci dovrebbe sedurre alla rinuncia dell'esigenza di coerenza e incompleta, sia pure in via di principio, d'ogni ordine giuridico. Saremmo posti dinanzi all'emergenza di: «a genuinely multilevel system of political authority where,

<sup>15</sup> Vedi J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Frankfurt am Main 2011, pp. 39 ss.

<sup>16</sup> Si legga, per esempio, CH. JOERGES-J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in «European Law Journal», 3 (2002), pp. 273 ss. Su questo tentativo teorico si esercita il sarcasmo di Joseph Weiler: «I recall some years ago the Bremen school excitedly but laughably suggesting that European Comitology was a locus in which Habermasian discourse (in a slightly different variant) took place» (J.H.H. WEILER, a colloquio con Nico Krisch, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 304).

<sup>17</sup> Vedi G. TEUBNER, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford 2012.

<sup>18</sup> G. DE BURCA, a colloquio con J.H.H. Weiler, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 282.

<sup>19</sup> Vedi N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2012, o anche la ricostruzione della prassi dell'Unione come istituzione dal cuore 'deliberativo' à la Habermas proposta da E.O. ERIKSEN, *The Normativity of European Union*, London 2013.

unlike the federation, or the unitary nation-state, power does not in the last analysis collapse back into a single centre»<sup>20</sup>.

Diversa, come si è detto, è la strategia di ridefinizione normativa, al ribasso, direi, del costituzionalismo democratico. Il costituzionalismo è staccato dal suo momento mitico e definitorio, il ‘constitutional moment’, e da un soggetto che rivendica capacità di autonormazione complessiva della propria forma di vita. Dalla ‘costituzione’ come pratica democratica, seppure eccezionale, o mitica, se si vuole, di autoformazione della comunità politica, passiamo al ‘costituzionalismo’, inteso come dottrina interpretativa dell’operatore giuridico: «At the heart of constitutionalism is not a constitutional text, but a constitutional cognitive frame»<sup>21</sup>. Ciò significa che il costituzionalismo sarebbe indipendente da ogni espressione di ‘volontà di costituzione’, *Wille zur Verfassung*, per usare il termine fortunato di Konrad Hesse. La costituzione di una comunità politica non deriverebbe dalla deliberazione e dalla volontà di questa comunità, bensì da principi la cui autorità «derives from the reason that support them, connected ultimately to the idea of human dignity as the normative foundation of law»<sup>22</sup>. Il costituzionalismo sarebbe così riassorbito da una forma assai esigente di diritto naturale, sottratto alla certificazione, all’approvazione, e persino alla *determinatio*, all’aggiustamento ed alla precisazione al contesto, da parte della cittadinanza.

Il costituzionalismo ridiventa, alla maniera premoderna – potremmo dire –, mero programma di limitazione della sovranità, non più ancorato in un esercizio di sovranità. Talvolta si richiede anche la ‘responsiveness’ del sistema normativo: che questo reagisca pubblicamente e più o meno prontamente alle esigenze o alle rimostranze dei soggetti coinvolti dalla norma. Qui ci imbattiamo nelle proposte più singolari. Il costituzionalismo si fa ‘soft’, pluralista, ‘contrappuntista’, e tutto ciò designa in buona sostanza

<sup>20</sup> N. WALKER, a colloquio con J.H.H. Weiler, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 277.

<sup>21</sup> M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit. nt. 12, p. 321. Si legga anche, per una posizione simile, M. POIARES MADURO, *From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance*, in *Global Governance and the Quest for Justice*, 1, *International and Regional Organisations*, a cura di Douglas Lewis, Oxford 2006.

<sup>22</sup> Così [\*] KUMM nel dibattito con Baquero Ruz, Poiares Maduro e Walker, in *Four Visions of Constitutional Pluralism*, a cura di M. Avbelj e J. Komárek, in «European Journal of Legal Studies», 2 (2008), pp. 325 ss. Rimane qui però significativamente aperta la questione se la ‘dignità umana’ non possa poi essere bilanciata con altri principi, e beni collettivi, come la rilevanza data al principio di bilanciamento in questa prospettiva lascerebbe supporre sia costituzionalmente possibile e persino ragionevole.

un qualche meccanismo di verifica della norma giuridica, che provenga da un sistema normativo diverso, sia superiore, sia di pari livello<sup>23</sup>. Il costituzionalismo si configurerebbe grosso modo secondo la forma del diritto privato internazionale, una disciplina che regola il conflitto di diverse normazioni.

Oppure si altera ancor più il senso di ciò che vuol dire costituzionalismo. Si gioca sull'equivoco tra diritto positivo e diritto costituzionale, poiché entrambi hanno una funzione costitutiva della realtà sociale, e si trasforma qualsivoglia normazione statutaria in norma costituzionale *stricto sensu*. Così come allora per Kelsen ogni Stato era uno Stato di diritto<sup>24</sup>, per questo nostro costituzionalista globale ogni diritto positivo finisce per essere diritto costituzionale. Quest'uso estensivo del termine è assai popolare negli studi di diritto dell'Unione europea, la quale così mediante un mero escamotage verbale si può ritrovare pienamente costituzionalizzata<sup>25</sup>. È quella che è stata definita la 'Entgrenzung des Verfassungsbegriffs'<sup>26</sup>, la 'liberalizzazione' del concetto di costituzione. Ma – come è stato notato – se si definisce 'gigante' un essere umano al di sopra dei trenta centimetri d'altezza, ogni pigmeo si fa gigante<sup>27</sup>, e 'gigante' cessa d'essere una nozione significativamente informativa. Del pari se, affinché si abbia 'costituzione', è sufficiente che si dia una qualche regolazione giuridica d'una certa materia e d'una certa serie di condotte, allora 'diritto' e 'costituzione' finiranno per essere indistinguibili.

O ancora, mossi dall'auge del principio di proporzionalità nell'ambito delle giurisdizioni costituzionali nazionali, ma anche in quello della giurisdizione della corte del Lussemburgo, si afferma che è questo, per l'appunto il principio di proporzionalità, il contenuto materiale del costituzionalismo. Sarà dunque regime costituzionale ogni ordinamento nel quale sia vigente

<sup>23</sup> Per un intervento scettico, e con i piedi per terra, riguardo a tale prospettiva 'pluralista', cfr. le considerazioni di J. BAQUERO CRUZ, nel dibattito con Krumm, Poiars Maduro, e Walker in *Four Visions of Constitutional Pluralism*, cit. nt. 22.

<sup>24</sup> Si legga per esempio H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Rech.*, Tübingen 1928<sup>2</sup>, p. 191, dove si afferma: «dass jeder Staat Rechtsstaat ist».

<sup>25</sup> Assai più cauto in merito – va detto – è uno dei pionieri degli studi di diritto comunitario, J.H.H. WEILER, di cui si veda almeno *The Constitution of Europe. Do the New Cloths Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge 1999.

<sup>26</sup> N. HITZEL-CASSAGNES, *Die Entgrenzung des Verfassungsbegriff. Eine institutionstheoretische Rekonstruktion*, Baden-Baden 2011.

<sup>27</sup> Vedi J.H.H. WEILER, a colloquio con Daniel Halberstam, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 291.

una giurisdizione che operi sotto l'ombrello del principio di proporzionalità. Così come si ritiene che possa darsi 'rappresentanza argomentativa'<sup>28</sup>, del pari la costituzionalità dell'ordinamento si radicherà nella qualità argomentativa della *judicial review*, e che questa viene identificata innanzitutto nell'uso del principio archimedeo di ragionevolezza.

Oppure anche si sostiene che il costituzionalismo è un regime di separazione di poteri, non necessariamente quella tradizionale tra esecutivo, legislativo e giudiziario. Basta che in esso operino poteri ordinamentali frantumati che si limitino a vicenda perché si abbia costituzionalismo a pieno titolo. La separazione dei poteri può ancora leggersi come Stato di diritto, esercizio di potere sottoposto a regole e rendiconti. Il costituzionalismo qui risulta nella *fairness* della procedura decisionale produttiva di norme vincolanti: «to keep power, wherever it lies and whatever its form, under control, and to ensure the fairness of decision-making processes»<sup>29</sup>.

Un'opzione ulteriore è la separazione della pratica di protezione dei diritti fondamentali da quella della deliberazione civica e democratica delle norme sui diritti fondamentali. Gli uni sono giocati, per così dire, contro l'altra. E la protezione dei diritti ha la meglio sulla genealogia o sul *pedigree*, sulla legittimazione democratica, della protezione offerta. Che questa venga pure da un ordine normativo che ci è estraneo e lontano, l'importante è che ci si garantisca i nostri diritti. In questa prospettiva è di certo meglio avere quante più corti possibili a cui rivolgersi, anche se le loro procedure e le loro norme si sottraggono alla nostra deliberazione e persino alla nostra approvazione<sup>30</sup>.

#### 4. Tra apologia e utopia

Questo, e non molto più, è il costituzionalismo globale nella discussione contemporanea<sup>31</sup>. Ora, sulla sua ricchezza esplicativa e normativa non c'è

<sup>28</sup> Vedi R. ALEXI, *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2015, pp. 23 ss., vigorosamente criticato in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia*, *ivi*, pp. 37 ss.

<sup>29</sup> R. DEHOUSSE, *Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity*, in *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge 2003, p. 156.

<sup>30</sup> Cfr. in merito le considerazioni critiche di A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford 2014, pp. 274-275.

<sup>31</sup> Per una rassegna cfr. A. PETERS, *The Merits of Global Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16 (2009).

veramente chi si possa fare troppe illusioni. Esso è afflitto da un'irrimediabile opacità di visione, e pure – nonostante certo suo utopismo – da povertà d'orizzonti e di aspettative.

È tuttavia esso è come un indice, un sintomo da non sottovalutare. Da qualche tempo nell'Unione europea assistiamo ad un singolare fenomeno: i governi sembrano aver smesso di guardare alla cittadinanza come la fonte privilegiata della loro legittimità, per provare a guadagnarsela invece nel rapporto con gli altri governi, con i propri 'pari'<sup>32</sup>. È grosso modo il fenomeno che Hauke Brunkhorst<sup>33</sup> ha acidamente definito 'bonapartismo collettivo'. Ma come dare torto ai governi – potrebbe ribattersi –, se solo si ripercorre la vicenda della crisi greca e del referendum del giugno 2015, che solo è servito a irritare maggiormente gli Stati creditori ed a rendere le condizioni imposte dall'Eurogruppo ancora più gravose? Il ricorso alla tutta nazionale volontà popolare è un'arma spuntata, se rivolta contro la tutta sovranazionale coordinazione degli esecutivi.

Il costituzionalismo globale potrebbe allora essere quella teoria, ideologizzante, che dà conto di questo fenomeno, il quale invero oltrepassa i confini del continente europeo. La costituzione sembra ora dislocata dal piano nazionale, e dal rapporto fiduciario con i cittadini al piano sovranazionale, alla relazione di colleganza tra esecutivi, o tra esecutivi e istituzioni sovranazionali. Di necessità virtù, dunque. Al governo la validità costituzionale dei suoi atti e provvedimenti deriverà dall'approvazione degli altri governi e delle agenzie ed organi sovranazionali: *peer review*.

Nondimeno, il costituzionalismo globale, o altrimenti detto cosmopolita, diventa plausibile solo a due condizioni. (a) Che si interpreti lo spettacolo offerto dalle relazioni internazionali come teatro d'una cittadinanza globale, sia pure *in nuce*; interpretazione però smentita ad ogni piè sospinto dalla cruda realtà dei fatti del mondo. Parlare di costituzionalismo globale dopo la guerra illegale lanciata contro l'Iraq, e le enormi devastazioni e sofferenze che ne sono seguite, senza che vi sia stata una chiamata di responsabilità per coloro che quella guerra hanno voluto, parlare di costituzionalismo globale come regime internazionale vigente e rispettoso di una società civile globale in questo desolato scenario mi pare intollerabile.

---

<sup>32</sup> Lo nota Chris Bickerton: «Governments today in Europe seek their legitimacy in their relation with each other» (CH. BICKERTON, *The European Union: A Citizens's Guide*, London 2016, p. 73).

<sup>33</sup> H. BRUNKHORST, *Kollektiver Bonapartismus. Demokratie in der europäischen Krise*, in *Demokratie oder Kapitalismus. Europa in der Krise*, Berlin 2013, pp. 241 ss.

bilmente ingenuo<sup>34</sup>. Una ricognizione della situazione dei diritti umani in Siria o in Libia in questo scenario e in questo tempo ci dovrebbe rendere quanto meno cauti rispetto ad ogni sovrainterpretazione in chiave ‘costituzionale’ delle relazioni internazionali. D’altra parte la costituzione cosmopolita non sembra in grado di soddisfare due esigenze poste dalla cittadinanza come ruolo sociale, in primo luogo che essa serva come veicolo di partecipazione alla sfera pubblica e dalle decisioni collettive della comunità politica di riferimento, e poi che sia una posizione per la quale si acceda alla soddisfazione di certi bisogni fondamentali per la riproduzione della vita in società. Tale soddisfazione nella costituzione cosmopolita viene riassorbita dai meccanismi di mercato ed è a questo demandata, trasformandone in tal modo il significato emancipatorio e redistributivo che le era invece assegnato dalla vigenza dei diritti sociali.

(b) L’altra condizione di plausibilità è che si sia capaci di spiegare la pratica delle organizzazioni internazionali, ed in particolare dei regimi giuridici d’integrazione regionale, eminentemente quello dell’Unione europea, come quella di sistemi pienamente legittimi, e giustificati, in quanto espressioni d’un ordine politico costituzionale. Le turbolenze recenti della politica europea, di cui il *Brexit* è la manifestazione più virulenta, ci dicono però che tale legittimità è ancora ben lungi dall’essere dimostrata e riconosciuta. Ed è poi ciò che fa problema per le varie versioni di costituzionalismo sovranazionale, o globale, o cosmopolita, e che questo si dà come compito di risolvere. Si finisce allora per cadere in una sorta di *petitio principii*, dando per provato ciò che si afferma e si accinge a provare, val a dire l’essenza costituzionale dell’ordine sovranazionale in questione.

D’altro lato, i tentativi di ridefinire il costituzionalismo come regime di vincoli, e poco più, hanno un sapore elitista e delle implicazioni tecnocratiche che non possono che lasciare dell’amaro in bocca a chi concepisce il costituzionalismo come ordine politico agganciato alla situazione democratica del ‘momento costituzionale’. Ridurlo a cosa da giudici o di commissari europei, o di comitati di esperti, per quanto dialoganti, aperti, ed attenti a produrre diritto ‘soffice’ e non ‘duro’ (ma che direbbero i Greci al riguardo?), questa mutilazione dell’ambizione fondativa del costituzionalismo del secondo dopoguerra ci rende perplessi, ci toglie speranza, ci incute timori.

La miseria del costituzionalismo globale infine risiede in ciò: che rischia di farci tutti più poveri di partecipazione democratica e di cittadinanza at-

<sup>34</sup> Cfr. M. LA TORRE, *Global Citizenship? Political Rights Under Imperial Conditions*, in «Ratio Juris», 18, n. 2, 2005, pp. 236-257.

tiva. E ci tenta e ci spinge, laddove della sua miseria ci si renda consapevoli, e questa ci indigni, verso un atto di riaffermazione della sovranità popolare, il quale si dia allo stesso tempo come rottura del processo d'integrazione europea e di rallentamento, se non d'interruzione, della civilizzazione delle relazioni tra Stati. Alla maniera di ciò ch'è successo col Brexit, che rimane una soluzione unilaterale, egocentrica, dal sapore vagamente provinciale e nazionalista.

Cosa si intenda per globalizzazione è tuttora oggetto di disputa tra giuristi, economisti e sociologici. Si sa che essa è un fenomeno che ha caratterizzato il XX secolo e che ha, in vario modo, condizionato i rapporti sociali, i modelli di sviluppo e, infine, le categorie giuridiche. In quest'epoca di profonda crisi della globalizzazione, almeno nella sua accezione economica, il volume si propone di cercare di ridefinirne la nozione alla luce dei concetti giuridici fondamentali. Gli scritti raccolti nel volume si propongono infatti di descrivere la nascita delle costituzioni democratiche, di ridefinire i rapporti tra ordinamento internazionale e interno, di sondare l'effettività dei meccanismi di giustizia previsti dagli strumenti internazionali nel diritto amministrativo globale, nonché di valutare la rispondenza del costituzionalismo globale ad una costruzione giuridica positivista. Gli scritti rivestono, conseguentemente, una particolare specificità che prescinde dal peculiare momento storico, in quanto mirano a ricostruire la nascita e la crisi del processo di globalizzazione sotto varie prospettive storico-giuridiche. Spetterà al lettore stabilire se le diverse letture di detto fenomeno corrispondano all'attualità e se esse assolvano all'esigenza di una corretta interpretazione di un vasto movimento che ha caratterizzato la nascita del capitalismo e la progressiva affermazione del neoliberalismo nel corso del precedente secolo, ma che ne ha, verosimilmente, determinato anche la successiva analisi critica.

Il volume raccoglie contributi di: Gianluca Contaldi (Università di Macerata); Giacinto della Cananea (Università Bocconi – Milano); Maurizio Fioravanti (Università di Firenze); Massimo La Torre (Università di Catanzaro); Pier Giuseppe Monateri (Università di Torino); Ugo Villani (Università di Bari).