QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

31

(2002)

L'ordine giuridico europeo:
radici e prospettive

TOMO I

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA

1. Lo spazio giuridico europeo costituisce indubbiamente un'occasione straordinaria per chiunque voglia sorprendere un ordinamento *in statu nascenti*, studiandone la genesi e il progressivo (e problematico) assestarsi: le forze e le forme del diritto, come avrebbe detto Vittorio Emanuele Orlando, si dispiegano in tutta la loro varietà nello scenario dell'Unione Europea ed esigono un notevole sforzo intellettuale per essere individuate e decifrate.

Se vogliamo entrare in contatto con la concreta esperienza politica e giuridica del nostro tempo è difficile prescindere dal fenomeno 'Europa', ma è altrettanto difficile offrirne una descrizione esauriente, almeno per due ordini di motivi: in primo luogo, il nuovo ordine europeo è un oggetto complesso, un prisma a molte facce che richiede, per essere adeguatamente rappresentato, l'intervento di molteplici competenze disciplinari e una loro effettiva (e non sempre facile) sinergia; dall'altro lato, il carattere dinamico ed aperto del processo di formazione del nuovo ordine europeo, se rafforza l'interesse del fenomeno, aumenta anche la difficoltà di applicare ad esso formule precise e durevoli e costringe ad una difficile navigazione a vista che rischia di lasciare in ombra i princìpi portanti e le coordinate fondamentali dell'esperimento in corso.

Delle difficoltà e delle insidie implicite in ogni tentativo di un'analisi complessiva dell'oggetto 'Europa' la redazione dei "Quaderni Fiorentini" è consapevole: è sembrato però che l'argomento avesse, per la auto-comprensione del giurista odierno, una rilevanza tale da giustificare l'assunzione dei rischi connessi all'impresa.

Certo, lo spazio politico-giuridico europeo è fatto oggetto di una crescente attenzione da parte delle più diverse discipline, dall'economia alla filosofia, dalla sociologia al diritto. Per quanto riguarda il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto, in particolare, si sta sviluppando una riflessione imponente che investe tanto i princìpi generali quanto le singole discipline e gli specifici istituti. Non meno ricca peraltro appare la riflessione storiografica, che si avvale ormai di una vasta messe di ricerche dedicate alla genesi (prossima e remota) dell'Unione Europea. Potrebbe sembrare allora esiguo o inesistente lo spazio per un approccio storico-giuridico al problema 'Europa', dal momento che la struttura istituzionale e normativa dell'attuale ordine europeo è il campo di elezione del giurista, mentre la formazione dell'Unione europea è studiata, nella sua traiettoria complessiva e nei suoi singoli episodi, dallo storico (dallo storico generale, dallo storico politico, dallo storico delle dottrine politiche).

È possibile dunque ipotizzare un approccio al problema 'Europa' che possa dirsi (in senso lato, ma non impreciso) 'storico-giuridico', distinto come tale da una prospettiva 'esclusivamente' storiografica o 'esclusivamente' giuridica? La scommessa sulla quale il "Quaderno" si è venuto costruendo è appunto che tale approccio esista e abbia una sua specificità ed utilità. Riflettere come storici-giuristi (come storici interessati alla dimensione giuridica della società e come giuristi interessati alle radici storiche del diritto) sull'ordine europeo significa in sostanza avviare un tentativo di storicizzazione dell'attuale ordine giuridico europeo: un tentativo di comprensione dei nessi di continuità e di discontinuità che legano l'Unione Europea al passato, al suo passato prossimo o remoto.

Occorre insomma impostare (intorno ai princìpi-guida e agli istituti dell'odierno spazio giuridico europeo) due domande complementari: occorre chiedersi se e in che modo il nuovo ordine giuridico intervenga trasformando le coordinate culturali del giurista, modificando quelle dottrine e quelle pratiche venute ad esistenza nelle diverse tradizioni 'nazionali'; e occorre (viceversa) chiedersi se in che modo le culture giuridiche antecedenti al nuovo ordine giuridico europeo siano state recepite, trasformate, rinnovate entro la nuova realtà unitaria.

Non sono in questione soltanto il funzionamento dell'uno o dell'altro istituto, la portata e gli effetti dell'uno o dell'altro principio nell'odierno spazio giuridico europeo; e nemmeno sono in questione soltanto i capitoli canonici della formazione dell'Unione europea, il Trattato di Roma o di Maastricht o di Amsterdam; finalità primarie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del "Quaderno" non sono la ricostruzione storico-genetica dell'Unione Europea né l'analisi giuridica del funzionamento dei suoi congegni istituzionali. L'ipotesi di fondo che ispira e sorregge l'intero "Quaderno" è, per così dire, l'esigenza di una dilatazione e complicazione dei tempi storici e insieme di una più approfondita storicizzazione dell'esperienza giuridica attuale: il tentativo di realizzare una gadameriana fusione degli orizzonti fra passato e presente, nella convinzione che grazie ad essa la rappresentazione dello spazio giuridico europeo possa ottenere quella profondità di campo di cui non sempre appare provvista.

In questa prospettiva, il passato dell'Unione Europea non può essere riduttivamente fatto coincidere con il processo della sua genesi immediata. L'Unione Europea è un esperimento istituzionale e culturale di grande portata e come tale esso non nasce e non si consuma nell'orizzonte di qualche decennio, ma postula, come condizione stessa del suo esserci e del suo svilupparsi, il rifluire in esso di tradizioni molteplici (e magari discordanti) che vengono da lontano, implica il confronto (o lo scontro) con dispositivi istituzionali e modelli culturali anch'essi legati a contesti antecedenti.

È questo l'orizzonte problematico entro il quale il "Quaderno" intende situarsi. Il suo programma potrebbe essere condensato nella seguente formula riassuntiva: comparazione diacronica; una comparazione fra il presente politico-giuridico dell'Europa unita e il passato delle diverse tradizioni europee. La comparazione diacronica risponde alla doppia esigenza di comprendere storicamente, in profondità, lo spazio giuridico europeo senza identificarne la storia con la sua genesi prossima, e di intendere la cultura e la prassi giuridiche che in quello spazio vengono sviluppandosi senza farle immediatamente coincidere con le 'tecniche' di cui pure necessariamente si avvalgono.

Comprendere storicamente il nuovo diritto europeo, dare profondità di campo allo sguardo del giurista costretto a venire a capo dei complicati meccanismi del nuovo ordine, appare un compito difficile, ma in qualche modo imposto dalla rilevanza del processo in atto. È un processo che incide su realtà e dottrine che per lungo tempo (per l'intero Ottocento e per buona parte del Novecento) si sono poste come il principale quadro di riferimento del giurista: la realtà e la dottrina degli Stati-nazione e delle rispettive sovranità. È

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in questo quadro che si sono sviluppate le diverse culture giuridiche nazionali ed è in rapporto (o in contrasto) con le tradizioni e le sovranità nazionali che il nuovo ordine giuridico europeo e la cultura che lo esprime e lo rappresenta prendono forma. Comprendere storicamente l'odierno spazio giuridico europeo significa ricostruire il gioco sottile delle continuità e delle discontinuità che segnano il rapporto fra il nuovo ordine e le precedenti esperienze, fra il presente e il passato.

Il passato (relativamente) prossimo è la tradizione (il complesso delle tradizioni) dei diversi Stati nazionali; non è però soltanto e obbligatoriamente il passato prossimo il termine della comparazione diacronica proposta dal "Quaderno": la dilatazione dei tempi storici, la compiuta storicizzazione dell'oggetto 'Europa', non può obbedire a scansioni rigide e previe, ma è affidata alla sensibilità del singolo ricercatore e alla specifica definizione del suo oggetto di ricerca. Proprio perché il processo di formazione del nuovo ordine europeo è, insieme, effetto e acceleratore della crisi delle sovranità nazionali otto-novecentesche, un problema interessante (e discusso nel "Quaderno") riguarda proprio la possibilità di gettare un ponte fra contesti molto lontani, di creare una sorta di corto circuito fra quella realtà post-statuale cui la nuova Europa sembra tendere e le esperienze pre-statuali dell'Europa medievale o proto-moderna.

Situare l'ordine giuridico europeo entro un orizzonte temporale dilatato rispetto all'immediatezza del presente: è questo l'approccio proposto dal "Quaderno"; un approccio specificamente storico-giuridico, sempre che si dia a questo termine non un'accezione burocratica, evocativa di raggruppamenti ministeriali e concorsuali, ma una valenza culturale e sostantiva, coincidente con l'esigenza di stabilire un rapporto ineludibile (ancorché problematico) fra passato e presente.

Guardare in una prospettiva storico-giuridica all'ordine giuridico europeo, tentare di offrirne una compiuta storicizzazione, non può essere però il monopolio di una specifica disciplina, ma esige l'abbandono di ogni miope campanilismo disciplinare e il ricorso alla sinergia di saperi diversi. Non è quindi un caso che fra i collaboratori del "Quaderno" figurino, accanto agli storici del diritto in senso stretto, giuristi, sociologi, filosofi, storici; non è un caso, ma è una necessità imposta dalla complessità dell'oggetto e dall'approc-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cio suggerito. È l'ordine giuridico europeo l'oggetto comune ai vari saggi ed è condiviso da tutti il tentativo di contribuire ad una più compiuta storicizzazione di questo complesso e sfuggente fenomeno. Al contempo però la condivisione dell'oggetto e del programma coesiste con una salutare e istruttiva varietà di prospettive e di metodi, legati alla formazione culturale dei singoli studiosi non meno che alle loro personali scelte e inclinazioni.

Il compito che i collaboratori del "Quaderno" hanno generosamente assunto non è facile: è il tentativo di gettare un ponte fra il presente e il passato, di offrire dell'ordine giuridico europeo una rappresentazione multidimensionale, sottratta alla tirannia dell'immediatezza; proprio per questo tutti loro, gli storici come i giuristi, i giuristi come i sociologi o i filosofi, hanno contribuito, ciascuno a suo modo, a fare di questo "Quaderno" un esempio di storia del diritto interessata a cogliere le 'radici' del presente.

2. Sarà ovviamente il lettore a giudicare dei risultati dell'impresa e a muoversi fra le pagine del volume seguendo l'itinerario più consono ai suoi interessi e alle sue curiosità. Può essere però di una qualche utilità offrirgli alcune brevi 'istruzioni per l'uso' di un volume che si presenta, sia per la dimensione che per i contenuti, piuttosto impegnativo.

Occorre innanzitutto sgombrare il campo da una possibile aspettativa: nonostante la mole, il "Quaderno" non persegue alcun obiettivo di completezza e sceglie, fra i molti possibili, solo alcuni profili tematici di indubbio rilievo. Ciò non impedisce però al "Quaderno", al di là del suo taglio selettivo e delle diverse angolazioni dei saggi che lo compongono, di possedere una sua unitarietà di fondo proprio in quanto attento a situare l'oggetto 'Europa' in un orizzonte storico-temporale più ampio e complesso di quanto approcci esclusivamente tecnico-giuridici o esclusivamente storiografici avrebbero permesso.

Studiare storicamente il fenomeno 'Europa' significa fissare quelle coordinate spaziali e temporali che permettano di coglierne la specificità: proprio per questo il saggio di apertura (di Maria Rosaria Ferrarese) è dedicato all'Europa nella cornice dei processi di 'globalizzazione', mentre il saggio successivo (di Paolo Grossi) si interroga sulle caratteristiche e sui rischi (cui la rappresentazione del-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'odierno spazio giuridico europeo può andare incontro) di una commistione fra 'tempi storici' profondamente diversi.

Sono rischi cui intende sfuggire questo volume, interessato a cogliere i tratti caratterizzanti del fenomeno 'Europa' indicando le differenze e le continuità che collegano il nuovo ordine con le tradizioni e i modelli culturali appartenenti al recente o meno recente passato. È appunto in questa direzione che si muovono (pur con grande libertà e varietà di impostazione e di risultati) i saggi che compongono il "Quaderno".

Un primo gruppo di saggi ruota intorno alla dimensione politico-giuridica della nuova Europa, per mettere a fuoco alcuni profili tematici di assoluto rilievo: dall'identità europea (affrontata, in un'ottica storico-costituzionale, da Antonio Padoa Schioppa) alla sovranità (studiata in differenti prospettive da Dimitri D'Andrea, Giuseppe Duso, Sabino Cassese, Corrado Malandrino ed Enzo Cannizzaro), alla costituzione (analizzata da Maurizio Fioravanti).

Il successivo nucleo tematico appartiene ancora al momento politico-giuridico, ma ha a che fare non con le strutture portanti dell'ordine bensì con il rapporto fra l'individuo, i diritti e la comunità politica, analizzato sotto il profilo della cittadinanza e della partecipazione politica (nel saggio di Richard Bellamy e Dario Castiglione) e della resistenza (nel saggio di Angela De Benedictis).

Dall'esperienza politico-giuridica europea si passa al funzionamento *stricto sensu* giuridico del nuovo ordine; prima vengono messi a fuoco alcuni dei princìpi generali che lo sorreggono — dal principio di sussidiarietà (studiato da Giorgio Berti) al problema delle fonti (esaminato da Ugo Mattei) — mentre poi vengono discusse le trasformazioni cui vanno incontro, entro il nuovo scenario europeo, diversi settori disciplinari: dal diritto del lavoro (cui è dedicato il saggio di Silvana Sciarra) al diritto penale (cui è destinato il contributo di Alessandro Bernardi), dal diritto amministrativo e dal problema dei pubblici servizi (presi in esame da Bernardo Sordi) alla politica economica e alla disciplina della concorrenza (discusse rispettivamente da Knut Wolfgang Nörr e da Stefano Mannoni).

È dalla ricostruzione accurata delle vicende e dei profili intrinseci dell'ordine politico europeo che può scaturire una accurata rappresentazione (una compiuta storicizzazione) di questo nuovo e problematico fenomeno. Per il pieno conseguimento di questo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

obiettivo è però altrettanto importante tentare di 'uscir fuori' dallo spazio europeo, tentare di guardare all'Europa da una qualche prospettiva 'esterna', per rafforzare quella 'profondità di campo' cui il "Quaderno" aspira: è a questa finalità che obbediscono esemplarmente i saggi di Bartolomé Clavero, di Gaetano Rametta e di Richard Hyland, che concludono il volume.

Il trentesimo volume della nostra Rivista si apriva con una 'pagina introduttiva' dove il fondatore e direttore dei "Quaderni Fiorentini", Paolo Grossi, prendeva congedo dai lettori e presentava loro i nuovi responsabili del Centro Studi e della Rivista. Il trentunesimo volume, dedicato al tentativo di storicizzare l'ordine giuridico europeo, è stato disegnato nella consapevolezza che una siffatta impresa era concepibile soltanto all'insegna di un forte scambio fra discipline diverse: proprio all'insegna di quel dialogo fra storici del diritto e giuristi (e fra storici del diritto e cultori delle 'scienze umane') che Paolo Grossi aveva promosso e perseguito nel lungo periodo della sua direzione. È di questo dialogo e di questo programma che il presente volume dei "Quaderni" vuol essere un'ideale prosecuzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIA ROSARIA FERRARESE

IL DIRITTO EUROPEO NELLA GLOBALIZZAZIONE: FRA TERRA E MARE

1. Diritto e prospettive spaziali. — 2. Ordine giuridico terrestre e antropologia della paura. — 3. La proprietà tra valore d'uso e valore di scambio. — 4. Sovranità e proprietà. — 5. Ordini giuridici tra tradizione e rivoluzione. — 6. Il nuovo pluralismo dell'ordine giuridico europeo: tra democrazia, tradizione e aristocrazie.

1. *Diritto e prospettive spaziali.*

Per indagare la posizione giuridica dell'Europa di fronte alle sfide della globalizzazione, intese come sfide agli spazi tradizionali ed all'organizzazione politica e giuridica che su essi era allignata, vorrei seguire alcune delle suggestioni che Carl Schmitt offre in un libretto del 1942, recentemente ritradotto in italiano, in cui racconta a sua figlia Anima una breve "storia del mondo" a partire dai quattro elementi della filosofia greca (terra acqua, fuoco e aria), visti come altrettante "possibilità dell'esistenza umana" (1). Il racconto, che si sviluppa soprattutto attraverso la dicotomia terra-mare, ci fa assistere ad una progressiva sortita di umane possibilità delle certezze della terraferma, per avventurarsi via via in un'"esistenza marittima" che, dopo varie anticipazioni storiche, trova infine nell'Inghilterra del 500 il paese protagonista, un paese che da "isola" volge le spalle alla terraferma e si trasforma "in una parte del mare, in una nave, o, meglio ancora, in un pesce" (2). Il mare era già comparso nell'opera di Schmitt, specie attraverso l'attenzione tributata al Leviatano,

(1) C. Schmitt, *Terra e mare*, Adelphi, Milano 2002. La precedente traduzione è del 1986, per i tipi di Giuffrè e con introduzione a cura di A. Bolaffi.

(2) Ivi, p. 95. "come una nave o un pesce può raggiungere via mare un'altra parte del pianeta, perché ormai non è altro che il centro mobile di un impero mondiale frammentariamente diffuso in tutti i continenti" (ivi, p. 97).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mostro marino hobbesiano; qui compare la balena con significato fortemente simbolico: in quanto mammifero-pesce, idealmente collocata tra dimensione terrestre e dimensione marittima, che ha avuto la capacità di fare da richiamo e da guida ai propri cacciatori, attraendoli "verso l'oceano, emancipandoli dalla costa" (3).

La narrazione si chiude con un breve ma acuminato sguardo alla possibilità di una nuova rivoluzione spaziale planetaria, sulla base anche degli altri due elementi (aria e fuoco), non privo di geniali intuizioni su quello che per l'Autore si poneva come futuro prossimo e che è per noi il presente in cui siamo immessi, un presente che vede venire meno il vecchio *nomos* della terra (4). Dalla prospettiva "aerea" (5) che Schmitt vede come l'esito estremo di una rivoluzione spaziale totale, non si salva più nessun angolo della terra.

Dunque, dalla prospettiva adottata da Schmitt si può parlare di tre epoche della storia umana: le prime due contrassegnate l'una dalla separazione tra terra e mare, e l'altra dalla commistione tra questi due elementi; la terza, infine, appena tratteggiata, che apre ad una del tutto inedita rivoluzione degli spazi che noi oggi chiamiamo globalizzazione. Per restare dentro questa tripartizione, si potrebbe dire che la seconda epoca è stata compiutamente sperimentata solo dal mondo anglosassone: dall'Inghilterra prima e dagli Stati Uniti dopo. L'Europa continentale, invece, come una vecchia signora che si è attardata in veterocostumi un po' *démodé*, nonostante il rapporto di progenitrice di quel mondo, è dunque arrivata all'appuntamento con la globalizzazione senza aver mai abbandonato la prospettiva della terraferma, per cedere al richiamo dell'esistenza marittima. Ma, se è riuscita a resistere alla prospettiva "marittima" dell'esistenza e del diritto, che gli Stati Uniti, "isola" non meno della Gran Bretagna, hanno da questa ereditato, è stata infine travolta dalla prospettiva "aerea", che non si lascia più scegliere, non ha bisogno del richiamo della balena per uscire allo scoperto, poiché

(3) Ivi, p. 36. Schmitt rivisita in proposito Michelet e Melville, con il loro elogio del baleniere.

(4) C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 1991.

(5) Per la verità, Schmitt fonde l'idea dell'"*aria*, quale nuova sfera elementare dell'esistenza umana" con il "fuoco", al fine di caratterizzare la nuova rivoluzione spaziale, una rivoluzione che sembra chiudere anche il tradizionale rapporto tra terra e mare" (ivi, pp. 108-110).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ormai "non è il mondo ad essere nello spazio, bensì è lo spazio a essere nel mondo" (6).

L'idea schmittiana di una "esistenza marittima", a cui l'Europa continentale si è sottratta, verrà qui utilizzata per indagare il volto giuridico dell'Europa continentale. A partire da questa "assenza", si cercherà di ricostruire alcune linee divisorie tra l'universo giuridico europeo, ancorato alla terraferma ed ai suoi miti, e quello anglosassone, contrassegnato da una concezione "marittima" dell'esistenza, che ha trovato il suo principale vettore negli Stati Uniti, dopo un primo significativo avvio sul suolo britannico. Che vi fosse un rapporto tra "esistenza marittima" e civiltà giuridica non sfuggì a Schmitt, che, come nota Volpi nella postfazione, già nel 1942, in uno scritto precedente, aveva colto "la sfida che il mare rappresenta per il pensiero giuridico" (7). Del resto, già Marx (8) aveva anticipato il tema della "liquefazione" del mondo nel profetico scritto del 1948, in cui avanzava l'idea che, con il capitalismo, "all solid melts into air" (9).

Si cercherà dunque di mettere a fuoco le implicazioni che una concezione "terrestre" ed una concezione "marittima" dell'esistenza hanno per il diritto e le istituzioni. Si tratta di una prospettiva già nota, specie ai cultori di Hobbes. Come ricorda Portinaro, "in Hobbes Behemoth simboleggia il disordine e la guerra civile, Leviathan l'ordine e lo Stato e di qui, per estensione, l'uno il principio della paura e del male, l'altro il principio della sicurezza e del bene" (10). Le due concezioni "riflettono la contrapposizione tra una cultura oceanica, con la sua apertura al commercio e alla libertà economica, ed una cultura della terra ferma, vicina al modello dello

(6) Cfr. ivi, p. 109.

(7) Così F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 124.

(8) Forse anche con Marx Schmitt vuole dialogare alla fine del suo volume, attraverso la mediazione di Hegel, di cui fa la seguente citazione, tratta da *Lineamenti di filosofia del diritto*: "come per il principio della vita famigliare è condizione la terra, *base* e *terreno* stabile, così per l'industria l'elemento naturale che l'anima verso l'esterno è il *mare*".

(9) Il riferimento è al *Manifesto del partito comunista,* le cui traduzioni in italiano hanno generalmente fatto perdere la immediatezza di questa frase.

(10) P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europeum. Saggio su Carl Schmitt*, Comunità, Milano 1982, p. 163. Va aggiunta l'osservazione di Portinaro secondo cui Hobbes vede nel Leviatano, signore dei mari, il simbolo dell'unità statale (p. 180).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato commerciale chiuso e al centralismo degli antichi imperi a base agraria" (11): esse sono dunque alla base di diverse ed anzi opposte ingegnerie istituzionali: due ingegnerie che, con J. Elster, potremmo efficacemente raffigurare come rispettivamente intente a "combattere il vizio" o, al contrario, ad "incoraggiare la virtù" (12).

Cercheremo dunque di ricostruire i principali tratti di tali ingegnerie istituzionali, per cogliere infine la prospettiva mista adottata dal diritto europeo nel mondo globale, quale nuovo sviluppo istituzionale rispetto alle prospettive "terrestre" e "marittima".

Al fine di sviluppare queste differenze, si ricorrerà ad un'ottica comparata, mettendo a fuoco alcune delle differenze centrali tra l'universo giuridico dell'Europa continentale e l'universo giuridico degli Stati Uniti. Ma, come si è detto, la prospettiva del diritto europeo in epoca globale non è puramente e semplicemente un riflesso della prospettiva statunitense: essa risponde al bisogno di nuovi e più complessi rimescolamenti e adattamenti, che recano traccia sia del mondo "terrestre" che di quello "marittimo".

2. *Ordine giuridico terrestre e antropologia della paura.*

L'ideologia europea della "terraferma" ha trovato riflesso in una struttura giuridica fondamentalmente monolitica e tendenzialmente statica. Entrambi questi caratteri possono essere collegati ad una visione essenzialmente panlegislativa del diritto. La riduzione del diritto ad un'unica versione di tipo legislativo, inizialmente derivata dal Principe, e successivamente dal *demos,* ha dato una colonna vertebrale piuttosto rigida al sistema giuridico, congelando le stesse dinamiche istituzionali di divisione dei poteri, che hanno finito per corrispondere a mere articolazioni di tipo funzionale di un unico potere (inteso essenzialmente come legislativo), piuttosto che dar voce a distinte espressioni di potere: la *ratio* legislativa è insomma rimasta priva di contrappesi (13).

(11) Cfr. ivi, p. 167.

(12) J. ELSTER, *Argomentare e negoziare*, Anabasi, Milano 1993.

(13) Si pensi al ruolo tradizionalmente "ancillare" svolto dalla magistratura in Europa, laddove negli Stati uniti essa ha tradizionalmente svolto un ruolo "against government".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La versione legislativa, riducendo il diritto a "norme" e "comandi", ha finito per corrispondere ad un intento di stabilità giuridica, che trovava nel "mito" della legalità, "una preziosa cerniera conchiudente" (14), senza curarsi eccessivamente di esigenze di raccordo con l'universo sociale. Il predominio della *ratio* legislativa ha corrisposto ad un'idea forte della sovranità ed il mezzo più congruo per indagare l'universo giuridico europeo è stato fornito dalla lente dello *jus publicum europeum* (15). In queste pagine, tuttavia, per rispondere all'interrogativo sul perché il diritto europeo sia rimasto ancorato alla terraferma, si cercherà di procedere, invece che attraverso questo percorso principale, già autorevolmente e ripetutamente esplorato, attraverso alcuni percorsi secondari, forse non meno rilevanti per comprendere la prospettiva "terrestre" delle istituzioni, che deriva dalla concezione europea della sovranità.

Verranno, sia pur frettolosamente, e lungi da pretese di esaustività, intrapresi due sentieri. In primo luogo, il rapporto privilegiato che esiste tra sistema giuridico europeo-continentale e proprietà, fino a intravedere una somiglianza tra la concezione europea della sovranità e la proprietà. In secondo luogo, si cercherà di collegare il progetto delle istituzioni europee al trionfo di una classe sociale: la borghesia, che tuttavia non aveva la capacità di assumere valenze "universali" e ha generato un dualismo conflittuale. Ma prima ancora di intraprendere questi due percorsi è necessario caratterizzare storicamente la prospettiva terrestre del diritto, come un derivato della dissoluzione dell'universo medievale e dell'antropologia della paura, con cui la si fronteggiò.

Il riferimento alla guerra civile e al principio *homo homini lupus* che sta alla base dell'antropologia hobbesiana del Leviatano, vede un mondo mosso unicamente dalla paura e dal desiderio di evitare il male: "ciascuno … è portato a desiderare ciò che per lui è il bene, e a fuggire ciò che per lui è male, soprattutto il massimo dei mali naturali, che è la morte; e questo con una *necessità naturale non minore di quella per cui una pietra va verso il basso*" (16). Dunque,

(14) Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità,* Giuffrè, Milano 2001, p. 75.

(15) P. Portinaro, *La crsi dello jus publicum europeum*, cit.

(16) T. Hobbes, *De Cive*, Editori Riuniti, Roma 1988, p. 84 (corsivo mio).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'antropologia hobbesiana è determinata da una sorta di legge di gravità che impedisce allontanamenti o voli dal terreno: è pesante, negativa, pessimista, poco incline ad accettare sfide e pericoli ulteriori oltre a quelli che già gravano per natura sull'uomo, e perciò impossibilitata a lasciare la dimensione terrestre. In un mondo in cui "ogni uomo è un nemico per l'altro uomo", "non vi è posto per l'industria; poiché il frutto è incerto: e in conseguenza non vi è cultura della terra, né navigazione, né uso dei beni che possono essere importati per mare; né costruzioni per la comodità; né mezzi per muoversi e rimuoversi, cose tali che richiedono molta forza; né conoscenza del volto della terra; né importanza del tempo; né arti; né lettere; né società" (17).

Ed è proprio la gravità delle sfide presenti nell'universo hobbesiano che produce la necessità di un potere "supremo", come assicurazione contro la paura, ed una concezione politica ossessionata dal tema dell'obbedienza (18). Ora, questa ossessione, che permea le istituzioni europee, piegandole ad una logica di "disciplinamento", come ha mostrato l'opera di Michel Foucault, si riflette in una visione spaziale e quasi architettonica delle stesse, ispirate come sono al modello del *Panopticon* (19), con tutta la sua terrestre visibilità. Ma la sorveglianza panottica della società, attraverso le sue molteplici istituzioni, non può non essere vista come una necessità derivante da una cesura rispetto al passato storico europeo. Lo stato moderno e le sue propaggini istituzionali devono dare l'ordine di una fabbrica, se non di una prigione, al mondo di vagabondi, sradicati, disperati e ribelli che ha prodotto la rottura dell'ordine medievale. Per questo mondo sociale sconquassato, si tratta di evitare che la proliferazione della "melancolia", intesa come malattia sociale, porti al rifiuto del patto sociale ed al rischio di comportamenti sovversivi (20).

---

(17) T. HOBBES, *Il Leviatano*, 1. XIII-9.

(18) Il "nesso che intercorre tra protezione e ubbidienza" viene ripetutamente sottolineato da C. SCHMITT, *Osservazioni in risposta a un discorso radiofonico di Karl Mannheim*, in C. SCHMITT, *Ex Captivitate salus*, Adelphi, Milano, 1987, p. 23.

(19) Ho sottolineato questa conformazione ancorata allo spazio delle istituzioni nel mio *Il diritto al presente*, il Mulino 2002.

(20) P. SCHIERA, *Specchi della politica*, Il Mulino, Bologna 1999, p. 361 e ss. In particolare, si vedano pp. 380-383.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il riferimento al passato medievale per intendere l'ordine giuridico europeo appare importante ancor più se si considera come proprio l'assenza di tale passato abbia contribuito a forgiare un diverso universo giuridico in terra americana (21), come si dirà più avanti. A partire da questo sfondo storico, dunque, possono essere considerati due aspetti che hanno influito sullo scenario istituzionale europeo, contribuendo a determinarne la prospettiva "terrestre", ossia compatta e poco mobile. Si tratta di due discontinuità rispetto al passato medievale. Il primo aspetto è la preminenza assunta dalla proprietà rispetto al contratto, fino a permetterci di scorgere un rapporto significativo che esiste persino tra sovranità e proprietà. Il secondo aspetto è la continuità che esiste tra "trionfo" della ragione borghese ed esclusività della *ratio* legislativa, con conseguente inibizione di un tessuto istituzionale più mobile e variegato.

3. *La proprietà tra valore d'uso e valore di scambio.*

L'ordine europeo medievale era fondato su alcuni "fatti normativi fondamentali": terra, sangue, e tempo (22). La terra era dunque un fatto fondante del diritto, ma non era intesa tanto come proprietà, bensì come "cosa produttiva per eccellenza" aperta all'appropriazione collettiva (23). L'ordine "terrestre" creato in Europa può sembrare in continuità rispetto al medioevo, nel suo restare ancorato a una *ratio* di tipo spaziale. E la proprietà è l'istituto giuridico che meglio risponde all'esigenza di registrare un mondo di spazi definiti e misurabili: essa diventa metafora giuridica di un mondo che tende alla stabilità ed alla persistenza (24). Tuttavia, quando si parla di proprietà, è necessario avere presente la comples-

(21) Il tema è presente in L. HARTZ, *La tradizione liberale in America. Interpretazione del pensiero politico americano dopo la Rivoluzione*, Feltrinelli, Milano 1960.

(22) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995, p. 74.

(23) "La caratteristica principale della concezione feudale è il suo riconoscimento di una proprietà doppia, vale a dire la proprietà superiore del signore del feudo che coesiste con la proprietà inferiore o possedimento, del feudatario". Così H. S. MAINE, *Diritto antico*, Giuffrè, Milano 1998, p. 222.

(24) Sulla persistenza di forme di proprietà comunitarie, si veda M. GUIDETTI - P.H. STAHL, *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Jaca Book, Milano, 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sità della sua storia, che registra un lungo corso di mutazioni (25) e diversi modi "di possedere" (26), ossia funzioni sociali della proprietà che sono storicamente e geograficamente mutevoli. Si pensi alla duplice possibilità, indicata già da Marx, di intendere la proprietà sia come "valore d'uso", ossia capace di provare una condizione di status del soggetto, sia come "valore di scambio", ossia esposta alla contrattazione per fini utilitaristici. Ora, specialmente questa differenza funzionale della proprietà ci può aiutare a comprendere due diverse storie della proprietà, con diversi gradi di esposizione all'imprenditorialità, che hanno avuto luogo sul suolo dell'Europa continentale e sul suolo anglo-americano.

A questa diversa storia ha corrisposto, sotto un profilo più propriamente giuridico, un diverso e forse persino opposto equilibrio tra proprietà e contratto, che ha avuto luogo in Europa e negli Stati Uniti. Proprietà e contratto sono due istituti giuridici entrambi essenziali per la vita economica capitalistica, ma con una diversa *ratio* ed un diverso peso specifico per le relazioni di mercato. La centralità della proprietà intesa come "valore d'uso" ha segnato significativamente buona parte della storia del capitalismo: non solo del capitalismo agrario (27), ma anche di quello industriale, che ancora reca con sé una grande solennità e visibilità della proprietà, attraverso l'impresa intesa come oggetto di un "proprietario" (28) che, come tale, inibisce la contrattualizzazione e dunque le relazioni di mercato: si pensi al motto "chi vende, scende", che ancora costituiva comune consapevolezza sociale fino ad un passato recente.

L'"individualismo possessivo" (29) ottocentesco, stabilizzando la proprietà in una dimensione solitaria ed individualistica, ed in una finalità "di status", svolse un ruolo ambivalente sotto il profilo della

(25) H. S. MAINE, *Diritto antico*, cit., p. 185 e ss.

(26) P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria,* Giuffrè, Milano 1977, e, ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992.

(27) Si veda R. MARRA, *Capitalismo e anticapitalismo in Weber*, Il Mulino, Bologna 2002.

(28) Rimando al mio *Della corporate governance, ovvero dell'imperfezione del diritto societario,* in *Scritti giuridici per Guido Rossi,* Giuffrè, Milano 2002.

(29) C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Isedi, Milano 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

funzionalità economica. Per un verso attuò una sorta di *property rights theory* (30) *ante litteram*, nell'intento di potenziare l'efficienza economica. Ma per un altro verso, la proprietà intesa in senso individualistico tendeva a creare situazioni stabili e sicure, in conflitto con la possibilità di realizzare ulteriori frontiere di efficienza, attraverso maggiore esposizione al contratto ed al mercato.

Nel caso europeo, l'opzione a favore della proprietà, che segnava posizioni di *status,* ha resistito dando luogo ad un capitalismo cosiddetto "renano", caratterizzato dalla scarsa esposizione delle imprese al mercato finanziario e dal legame privilegiato con le banche: non il capitalismo, ma piuttosto le ragioni del *welfare state* ponevano sfide alla proprietà (31) intesa come "valore d'uso". Nel caso americano, al contrario, la proprietà, chiamata subito a corrispondere ad esigenze di contrattualizzazione proprie del mercato, ha prevalentemente viste mortificate le valenze di status, a favore di finalità di scambio e di crescita economica, fino ad accettare tutte le sfide che l'economia finanziaria ha posto alla *ratio* proprietaria.

Negli Stati Uniti, furono le ragioni dello sviluppo capitalistico, ben più che quelle dello stato "amministrativo" (32), a richiedere un ridimensionamento dei diritti della proprietà: l'ideologia dei "diritti naturali", che tendeva a trasformare la proprietà in un diritto "assoluto", a misura esclusiva del soggetto proprietario, entrò in conflitto con le ragioni dello sviluppo economico e dell'imprenditorialità (33): il mercato impone una visione più socializzata del valore dei beni, in contrasto con una interpretazione individualistica dello stesso. Ancor più, l'affermazione dell'economia finanziaria

(30) "Per avere massimo rendimento dalla terra bisogna che le leggi provvedano ad accentrare nel proprietario tutti i diritti e le facoltà che il feudalesimo ha sparpagliato" (Cfr. G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Feltrinelli, Milano 1977, p. 36).

(31) S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna 1981.

(32) Lo stato "amministrativo" può considerarsi la versione americana del nostro *welfare state*, incentrata su valori di "bene pubblico", ma legata alla centralità del mercato. Rimando in proposito al mio *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino 1992.

(33) M. J. Horwitz ricostruisce la storia della crisi della concezione naturalistica del diritto di proprietà in America in *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, Oxford 1992, p. 128 e ss. e *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avrebbe interrotto la certezza e la visibilità della proprietà, come Berle e Means denunciarono nel loro lavoro del 1932 (34): questa venne non solo frantumata e dispersa in "pacchetti di azioni" (35), ma anche consegnata a nuove forme di incertezza e instabilità che sono proprie del mercato finanziario. Via via che le esigenze di reperire nuovi finanziamenti per le imprese pongono il mercato finanziario al centro dell'economia, il volto proprietario delle imprese acquista contorni sempre meno definiti e stabili. Dopo il decollo sul suolo inglese, l'economia finanziaria, trovata negli Stati Uniti la propria patria d'elezione, costringe la proprietà sempre più a condividere con il contratto, ed anzi con un meccanismo di estesa contrattualizzazione, il proprio ruolo di istituto giuridico di riferimento per il capitalismo (36).

Mentre gli Stati Uniti hanno consumato quasi integralmente il vecchio volto proprietario delle imprese, fino agli eccessi della "società dell'accesso" (37), in Europa continentale (così come in Giappone), il capitalismo è rimasto prevalentemente ancorato ad un'idea proprietaria, mantenendo le imprese sulla terraferma della *ratio* proprietaria e respingendo l'invito ad affrontare i rischi ma anche le opportunità dell'economia finanziaria. Ciò ha significato maggiore stabilità dell'economia, ma anche minore slancio imprenditoriale e ridotta capacità di innovazione.

---

(34) A. A. BERLE-G. C. MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Einaudi, Torino 1966. Gli autori analizzano sia il frazionamento della proprietà delle imprese ("la disintegrazione del diritto di proprietà distrugge la base stessa su cui ha poggiato il sistema economico degli ultimi tre secoli" p. 11), sia lo smantellamento dei diritti proprietari dell'azionista in favore di chi esercita il controllo sulle società ("proprietà di beni senza poteri di controllo e controllo di essi senza partecipare in misura apprezzabile alla loro proprietà, sembrano essere le risultanti logiche dello sviluppo del sistema societario" p. 69).

(35) Così J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Etas, Milano 1977, che coglie come la proprietà, con l'economia finanziaria, divenga "smaterializzata, funzionalizzata e assenteista" (p. 113).

(36) Mi sono soffermata su questo distacco dell'economia finanziaria dalla proprietà nel mio *Il diritto al presente*, cit., pp. 47 e ss.

(37) J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano 2000, dove si descrive come, in "un'economia priva di peso", mentre la proprietà diventa sempre più un peso morto, ciò che diventa significativo è il "diritto all'accesso". Si vedano specie p. 316 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'economia finanziaria, per così dire, porta in mare la proprietà, facendola divenire una nave in movimento piuttosto che una casa ancorata alla terraferma (38). Come "la casa è quiete, la nave è movimento", così per il diritto di proprietà il contratto è una sfida continua, che erode la *ratio* proprietaria, scuotendo la terraferma del "valore d'uso", per portarla sui lidi dello scambio contrattuale.

4. *Sovranità e proprietà.*

La proprietà, intesa come "valore d'uso", lascia un'altra importante traccia nell'Europa continentale attraverso lo stato e l'idea della sovranità statale. A prima vista, questo accostamento può apparire del tutto fuori luogo, tanto proprietà e sovranità sono termini che indicano realtà giuridiche antitetiche. La prima, emblema per eccellenza del diritto privato e di quella "società civile" rousseauiana che trova nell'economia il suo scenario principale. La seconda, emblema eccellente del regno della politica e di tutto ciò che è "pubblico". Tuttavia, a dispetto di questa consueta maniera di discriminare, si possono ravvisare non poche linee di continuità tra proprietà e sovranità (39). Ciò che si cercherà di osservare è un risvolto "proprietario" e forse persino "privatistico" della sovranità, che si contrappone alla retorica fortemente "pubblicistica" della comunicazione legislativa dello stato.

Del resto, a ben guardare, la parentela tra proprietà e sovranità è emersa talora esplicitamente o implicitamente in letteratura. Non è un caso se Botero, nel 1589, nell'individuare lo stato e la "ragione di stato", veda il primo come "dominio fermo sopra popoli" e la

(38) Casa e nave sono le due metafore di un'esistenza di terra o di mare: "casa e proprietà, matrimonio, famiglia e diritto ereditario, tutto questo si forma sulla base di un'esistenza terricola, e in particolare, agricola…Il nucleo dell'esistenza terrena è dunque la casa. Quello di un'esistenza marittima, invece, è la nave che va e che è in sé stessa un mezzo più intensivamente tecnico che non la casa. La casa è quiete, la nave è movimento". Così in *Dialogo sul nuovo spazio*, che appare nel volume *Terra e mare* del 1986, a cura di Angelo Bolaffi, pp. 102-103.

(39) Nel fare luce su alcune di queste linee di continuità, un notevole contributo è stato dato dai giusrealisti americani, all'interno di una linea di indagine tesa a rompere la tradizionale opposizione tra pubblico e privato. In particolare, M. R. COHEN, *Property and Sovereignty*, Cornell University Press, Ithaca 1927.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seconda come "notizia de' mezzi atti a fondare e conservare un dominio", sentendosi peraltro in dovere di precisare che "la conservazione" ha preminenza sulla "ampliazione", tanto quanto sulla "fondazione" (40). E, nello stesso Hobbes, si può intravedere una implicita caratura proprietaria della sovranità statale: questa, infatti, pur avendo una fondazione di tipo contrattuale, costruisce un potere sovrano così centripeto e sottratto ad ogni diritto di resistenza, da escludere ogni riferimento alle venature contrattuali del potere pubblico medievale.

Per rilevare una certa affinità tra proprietà e sovranità, si possono richiamare almeno due aspetti che meglio la evidenziano. In primo luogo, la composizione del mondo dopo la pace di Westfalia dà luogo ad uno spazio "internazionale", che non ha una propria spiccata identità e che assomiglia piuttosto ad una sommatoria di spazi privati gestiti autonomamente dagli stati. La filosofia dello stato sovrano "superiorem non recognoscens" presenta non poche affinità con quel soggetto proprietario che, all'interno della propria proprietà, si sente perfettamente autonomo nelle sue azioni ed indenne da altrui supervisioni. La libertà del soggetto legislatore è sconfinata ed assomiglia alla libertà di autonormazione del proprietario sul proprio territorio, che non tollera limitazioni neanche dal soggetto pubblico. Tutto ciò portava, nell'epoca degli stati sovrani, a teorizzare lo spazio internazionale non come spazio specifico, pervaso dall'idea di un "bene pubblico" internazionale, ma piuttosto come mera sommatoria del "bene privato" di ciascuno stato (41). L'impotenza del diritto internazionale era visibile specie verso stati che si rendevano autori sul proprio suolo di gravi attentati alle libertà ed ai diritti fondamentali dei cittadini. Un'altra conferma di questa idea "privatistica" della sovranità statale si riceve pensando alla regola dell'unanimità, regola idealizzata dai liberisti più strenui per l'adozione di decisioni collettive, e che vigeva rigidamente per l'adesione ai trattati internazionali: regola che, solo oggi, una nuova

(40) Cfr. G. BOTERO, *La ragion di stato,* Donzelli, Roma 1997, p. 7.

(41) Sul rapporto tra diritto statale e diritto internazionale, H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, Giuffrè, Milano 1989, dove si conclude per la necessaria rimozione del concetto di sovranità, per creare un ordinamento internazionale che non abbia bisogno di alcun "riconoscimento" (p. 469).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stagione del diritto internazionale, e specie l'ottica della sovranazionalità e del multilateralismo, stanno modificando (42).

L'ispirazione essenzialmente "proprietaria" della sovranità statale riceve una ulteriore conferma se si guarda al fatto che lo stato sovrano, non diversamente dal soggetto proprietario, si pone come soggetto essenzialmente "monologante", piuttosto che "dialogante": esso non ha bisogno di creare istituzioni capaci di dialogare con i propri sudditi, di registrare i loro impulsi e reazioni. Esso ha bisogno di cittadini ubbidienti e "disciplinati" (43). Il diritto diventa così una mera tecnica di trasmissione dei "comandi" del sovrano, che non ha bisogno che di una legittimazione di tipo formale: la legislazione è lo strumento più adatto a dare espressione a quei comandi, così come a garantire la più ampia libertà di scelta del soggetto normatore.

Il soggetto sovrano esprime insomma non solo un'idea essenzialmente centripeta del potere, allergica a divisioni e contrappesi, ma anche una grammatica del potere di tipo rigidamente normativo, ossia un universo istituzionale che adotta un'unica linea di comunicazione con i sudditi, una linea che va unidirezionalmente dal potere verso i sottoposti, e non in direzione contraria (44). Al nuovo Principe non interessa registrare impulsi, sentimenti e commenti provenienti dal basso della società e diretti al suo indirizzo. Sotto questo profilo, è interessante notare come il compimento del progetto di uno stato sovrano coincida con l'interruzione della pratica di quegli *specula principum*, genere letterario antico, tornato in auge in epoca carolingia, che per tutto il Medio Evo ebbe intenti didascalici nei confronti del principe, affinché il suo potere corrispondesse alla legge morale condivisa ed al "buon governo" (45). Gli "specchi dei principi" rispondevano ad un'idea di *monarchie contractuelle*, che fu viva per tutto il medio Evo, e alla pretesa di « orientare e contem-

---

(42) Rinvio in proposito al mio *Le organizzazioni internazionali e gli stati contraenti,* in corso di pubblicazione in "Rassegna italiana di sociologia" 2003.

(43) M. Foucault, *La microfisica del potere*, Einaudi, Torino 1976.

(44) C. Schmitt, nei giorni bui del suo coinvolgimento nel processo di Norimberga, considera "la stupefacente attitudine a farsi organizzare" dell'uomo tedesco, collaborando "lealmente con tutto ciò che il governo di volta in volta legale ordinasse". Cfr. *Osservazioni in risposta a un discorso radiofonico di Karl Mannheim*, cit., p. 20.

(45) Si veda A. De Benedictis, *Politica, governo e istituzioni dell'Europa moderna*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 251 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poraneamente condizionare la realtà secondo un sistema di valori "naturali" dei quali il sovrano era portatore » (46).

L'interruzione di questo tipo di comunicazione istituzionale rispecchia l'instaurazione di un ordine politico e giuridico di tipo tendenzialmente autoritario, che, per secoli, trovò nella metafora dell'"orologio" la più appropriata rappresentazione (47), fino al sogno illuminista di una società governata da un corpo di "leggi perfette", che, come notava Federico il Grande, "sarebbe il coronamento dello spirito umano per quel che concerne la politica di governo; vi si osserverebbe un'unità di disegno e di regole così esatta e così ben proporzionata che uno stato guidato da simili leggi ricorderebbe un orologio" (48). In questo tipo di ordine istituzionale, con il tempo fisso e chiuso dell'orologio, le "prerogative dell'autorità centrale erano l'informazione, la memoria, il giudizio e la decisione" che venivano irradiati dall'alto sulla società, senza che fosse avvertito il bisogno di una comunicazione di ritorno: ovviamente il suo successo era affidato non solo alla capacità di varare programmi adeguati, capaci di anticipare tutte le possibilità, ma anche alla produzione di una società sufficientemente disciplinata e ubbidiente, nonché priva di eccessivi margini di iniziativa.

A questa concezione "autoritaria" dell'ordine, che fu condivisa dalle società europee nei primi secoli moderni, sfuggì solo l'Inghilterra che, tra il diciassettesimo ed il diciottesimo secolo, prese ad indirizzarsi verso un modello politico di tipo liberale, a cui la metafora dell'orologio si adattava poco: fu piuttosto l'immagine della bilancia, con la sua capacità di autoregolazione e di registrare i *feedback,* a rappresentare un diverso tipo di ordine, basato non più su una concezione centripeta del potere, ma piuttosto sull'idea di *checks and balances* (49).

La differenza tra le due concezioni del potere e dell'ordine corre sulle gambe di un'economia che, nel caso inglese, dopo avere intrapreso le vie del mare, dando luogo alla cultura economica

(46) Cfr. ivi, p. 256.

(47) Si veda O. MAYR, *La bilancia e l'orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell'Europa moderna*, Il Mulino, Bologna 1988, nonché la bella introduzione di Lorenzo Ornaghi.

(48) Cit. ivi, p. 191.

(49) Ivi, p. 239 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mercantilista, ancora incentrata su una logica di potere degli stati, si diresse senza incertezze verso un modello di produzione e di distribuzione dei beni di tipo capitalistico. Un modello che muove da una concezione positiva degli interessi individuali, visti come motori di progresso e sviluppo economico. Non a caso è l'Inghilterra a rivelare per prima l'antitesi tra "fautori della 'terra' e fautori del 'denaro'" (50), ossia tra ceti agrari e ceti finanziari, i primi legati ad una concezione della proprietà terriera trasmissibile ereditariamente, gli altri come fautori non solo del commercio, ma soprattutto di quel credito in cui gli altri ravvisavano una temibile fonte di corruzione (51). Se la proprietà rispondeva all'idea di un soggetto proprietario detentore di virtù civiche, proprie di una società civile libera e forte, dunque anche aperta ai commerci (52), l'economia finanziaria si allontana dalla sponde sicure della proprietà, per imbarcarsi non solo nelle acque tranquille del commercio, ma ancor più, nelle acque agitate delle speculazioni e di forme contrattuali esposte al rischio.

Il modello e la concezione inglese presto troveranno nella nazione americana non solo una nuova e più importante patria, ma interpreti ben più estremisti, fino ad alimentare l'idea popolare degli Stati Uniti quale terra della libertà per antonomasia. Una terra che, pur restando a lungo estranea a quel richiamo degli oceani che tanto avevano avvertito gli inglesi, riproduce un tipo di ordine giuridico e di governo politico il più vicino possibile all'idea di una nave in movimento, piuttosto che di una casa fissa al suolo: un ordine giuridico, come suggerisce Hurst, perennemente in bilico tra "di-

(50) Si veda J. G. A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, Il Mulino, Bologna 1980, vol. II, *La Repubblica nel pensiero politico anglosassone*, p. 556. Pocock peraltro insiste sul carattere non netto della contrapposizione e sulle molte ambivalenze che attraversavano entrambi i gruppi.

(51) In verità il commercio rimase indenne da attacchi polemici, poiché entrambi i gruppi condividevano l'idea che il valore della terra fosse dipendente anche dal commercio. Gli attacchi riguardarono piuttosto "il credito, accompagnato dalla trinità diabolica della speculazione sui titoli, della fazione e dell'esercito permanente" (ivi, p. 757).

(52) Questa prospettiva è stata esaltata specie dalla prospettiva del repubblicanesimo, filone teorico a cui aderisce il volume di Pocock sopra citato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rection" e "drift" ed in cui è piuttosto il *drift*, la corrente spontanea, a prevalere rispetto ai tentativi di direzione (53).

5. *Ordini giuridici tra tradizione e rivoluzione.*

Al fine di chiarire meglio l'immagine di un ordine giuridico e politico di tipo "marittimo", quale ha caratterizzato la civiltà anglo-americana e soprattutto quella statunitense, si procederà per differenze rispetto all'ordine giuridico "terrestre". Le differenze verranno rilevate facendo riferimento ad un diverso processo genetico, da individuare nella natura più o meno rivoluzionaria dell'ordine giuridico che fu instaurato in Europa continentale e negli Stati Uniti. Si tratta di temi che meriterebbero una ben più approfondita analisi e competenza storica. Qui si proverà solo ad avanzare schematicamente l'idea che l'ordine giuridico instaurato in Europa continentale, rispondendo ad una esigenza di netta cesura storica rispetto al vecchio ordine medievale, abbia avuto una natura autenticamente "rivoluzionaria". Al contrario, negli Stati Uniti, a dispetto della cosiddetta "rivoluzione americana", fu instaurato sì un nuovo ordine, ma che, nella sua novità, conservò più numerosi elementi e dinamiche tipici del passato medievale (54).

La natura rivoluzionaria dell'ordine giuridico europeo-continentale può dirsi segnata dalla vittoria di un soggetto sociale ben riconoscibile: quella borghesia calvinista e accumulatrice che Weber pone all'origine del processo capitalistico (55) e che Schmitt così caratterizza: "la fede nella predestinazione… è il massimo grado di autocoscienza di un'élite sicura del suo rango e del suo momento storico… è la certezza di essere salvati, e la salvezza è alla fin fine, a

(53) "Ciò che è accaduto nel processo di crescita di questa nazione — come probabilmente in tutta la storia degli uomini — è accaduto senza piano o intento o scopo o desiderio di ciò che era in corso". Così J. W. HURST, *Law and Social Process in United States History,* Da Capo Press, New York 1972, p. 63.

(54) Del resto, questa era l'ipotesi originaria di diritto "europeo", secondo la ricostruzione storica di M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1994.

(55) Il riferimento è a M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Rizzoli, Milano 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dispetto di qualsiasi idea razionale, il senso decisivo di ogni storia del mondo" (56).

L'universo giuridico dell'Europa continentale fu segnato non solo dalla forza ma anche dall'esclusività del modello borghese, che a sua volta trovò riflesso nell'esclusività della fondazione legislativa del diritto: si realizzò così una concezione monolitica e "terrestre" del potere, che trovava nell'idea di sovranità statale il proprio monumento più significativo. Agli americani mancò "il legislatore, il classico gigante che quasi invariabilmente nasce con la rivoluzione e viene investito dell'autorità di gettare le fondamenta" (57). I "rivoluzionari" del 1776 infatti guardarono con riluttanza all'idea dell'accentramento di potere implicita nel concetto di sovranità (58) e preferirono affidarsi ad una dinamica di decentramento e di pluralismo istituzionale, ispirati da un profondo "conservatorismo". Laddove il diritto europeo restava inchiodato ad un'unica prospettiva legislativa, protesa verso il futuro, il diritto americano sceglieva un più complesso spettro istituzionale, ponendosi in grado di colloquiare con il presente, pur senza rinunciare sia ad elementi tradizionalistici, sia alla *ratio* legislativa (59). Alla mescolanza di elementi diversi si deve dunque anche una maggiore capacità del diritto americano di giocare con il passato, il presente e il futuro, dando luogo ad "una dialettica nuova", capace di conciliare "le componenti antagonistiche dello spirito europeo: il passato diventava un futuro continuo, ed il Dio dei tradizionalisti sanzionava l'arroganza degli uomini che lo sfidavano" (60).

Il predominio della legislazione apparve invece assoluto nell'Europa continentale, cosicché la *ratio* legislativa rimase priva di contrappesi, creando una civiltà "unidimensionale, anchilosata nella sua perenne terrestrità, apparentemente stabile su una sola base portan-

(56) Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 85.

(57) Cfr. L. HARTZ, *La tradizione liberale in America,* cit., p. 53.

(58) Come osservò Sir W. Asheley, "non essendosi il feudalesimo trapiantato nel Nuovo Mondo, non occorreva, per stroncarlo, il polso di ferro di un potere centrale". Cit. in L. HARTZ, *La tradizione liberale in America*, cit., p. 50.

(59) Ancor più, attraverso gli influssi del pragmatismo, il diritto americano si sarebbe messo in grado di colloquiare con il presente. Rimando in proposito al mio *Diritto al presente,* cit.

(60) Cfr. HARTZ, *La tradizione liberale in America*, cit., p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

te" (61). Lo stile eminentemente legislativo del potere, d'altra parte, annullò altri contrappesi, come quelli di carattere giudiziario e "aristocratico", che invece sia in Inghilterra, sia negli Stati Uniti, continuarono a permanere, dando luogo ad una prospettiva giuridica improntata al movimento, al riequilibrio ed alla diversificazione: una prospettiva di tipo marittimo, anziché terrestre, che non permette più definitivi radicamenti e fondazioni sicure, e che, come una barca, è destinata al movimento, tanto che l'immobilità a cui costringe la bonaccia viene percepita come innaturale e minacciosa (62). La stessa istituzione legislativa negli Stati Uniti assunse presto tratti di irrequietezza e di instabilità che non mancarono di impressionare Tocqueville, il quale notò come "in America l'azione del legislatore non entri mai in stasi" (63). Del resto, questa irrequietezza legislativa può essere legata, in America, ad almeno due fattori che si pongono oltre la naturale instabilità del governo democratico. In primo luogo, una concezione "open door" della legislazione (64), che pose subito lo strumento legislativo, piuttosto che come veicolo della volontà del sovrano, come un canale di espressione di interessi, anche di natura particolaristica, presenti nella società. In secondo luogo, una qualche prossimità con il mandato imperativo, che la nazione americana ha sempre mantenuto, a dispetto del formale diniego che di esso viene fatto (65). Il mandato "imperativo" sup-

(61) Così P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 8.

(62) È ancora J. CONRAD, specie in *La linea d'ombra*, a suggerire questa lettura della bonaccia come infida e subdola: dalla prospettiva del mare, la bonaccia appare "un malefico incanto", una "muta calma" che consegna la nave al capriccio delle correnti, privandola della sua capacità di movimento e della sua autonomia.

(63) A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Utet, Torino 1981, p. 295.

(64) Sulla concezione "open door" della legislazione in America, ossia esposta alle pressioni dal basso, all'influenza ed al gioco degli interessi, si veda J. W. HURST, *Dealing with Statutes*, Columbia University Press, New York 1982. In proposito mi permetto di rimandare altresì al mio *Diritto e mercato*, cit., p. 155 e ss.

(65) Ancora una volta è Tocqueville a cogliere tempestivamente questa sfumatura istituzionale: "Si diffonde sempre più, negli Stati Uniti, un costume che finirà per rendere vane le garanzie del governo rappresentativo: capita molto frequentemente che gli elettori, nominando un deputato, gli traccino una linea di condotta e gli impongano un certo numero di obblighi positivi da cui egli non può in nessun modo allontanarsi. Tolti i tumulti, è come se la maggioranza stessa deliberasse sulla pubblica piazza". Cfr. ivi, p. 293.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pone una comunicazione istituzionale biunivoca che, a dispetto di molte differenze, che discendono dalla pressione degli interessi e dalla dinamica democratica, può ricordare quella propria degli "specchi dei principi" di medievale memoria (66).

La "bonaccia istituzionale" è invece alla base del progetto dell'Europa continentale, dove la preminenza del soggetto borghese portò ad una completa espulsione di elementi di pluralismo istituzionale che potessero dar luogo ad una dinamica di potere basata su meccanismi di *checks and balances*: qui si assiste alla rimozione tanto di elementi di natura tradizionalistica, che di quegli elementi di natura aristocratica che erano stati presenti nell'ordine precedente: una sorta di uccisione freudiana del padre, di cui l'America non ebbe bisogno (67).

Proprio l'assenza di "oppressione arrogante del feudalesimo aristocratico" determinò in America una conseguente assenza "di quell'appassionata coscienza borghese di cui era permeato il pensiero liberale europeo" e la presenza, invece che di una borghesia "sicura di sé", di un "ceto medio trionfante" e pieno di fiducia (68). Dunque, quella che era stata in Europa la monolitica certezza di una borghesia "trionfante", in America si sfrangia sia verso il basso che verso l'alto: in basso, nella sicurezza di un ceto medio privo di frustrazioni, che "non fu mai costretto ad assumere una coscienza di classe" (69); in alto, in un ceto "aristocratico", che rinacque, specie nell'America del 700, se pur privo di privilegi di nascita e capace di mescolarsi ai riti del capitalismo in ascesa.

Del resto, la capacità dei ceti aristocratici americani di affidarsi alle dinamiche del capitalismo, trova un'ascendenza diretta nella madrepatria inglese, dove tale capacità, oltre ad essere un luogo consolidato della storiografia (70), trova una celebrazione sintomatica nella figura di J. Conrad, scrittore-marinaio per eccellenza, in cui

---

(66) L'idea di limitatezza del potere pubblico propria dell'età medievale va piuttosto connessa con una fondazione morale del giuridico, su cui P. Prodi, *Una teoria della giustizia*, Il Mulino, Bologna 2000.

(67) Si veda L. Hartz, *La tradizione liberale in America*, cit., p. 70.

(68) Cfr. ivi, pp. 57 e 58.

(69) Cfr. ivi, p. 61.

(70) Si veda L. Stone-J. C. Fawtier Stone, *Un'élite aperta? L'Inghilterra tra 1540 e 1880*, Il Mulino, Bologna 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa mescolanza di somma ad un'altra significativa simbiosi: quella tra l'elemento aristocratico e l'elemento borghese. Com'è stato notato, la sua figura assurge a simbolo di una crisi che vede congiungersi "i resti del mondo aristocratico, sopravvissuto oltre le rivoluzioni ottocentesche, col furore dell'energia borghese coinvolta a fondo nel demoniaco (non sempre di segno negativo) degli automatismi capitalistici, ma parzialmente illusa di poter salvare l'elemento 'liberale' che aveva consentito la sua ascesa" (71). Per Conrad, aristocratico polacco in fuga dal "raggelato oceano terrestre dell'impero zarista, in cui tutti, polacchi compresi, sono ibernati", l'impero britannico, proteso sull'"aperto mondo dei mari" rappresenta la prospettiva del liberalismo, di "uno spazio che estasia con le sue possibilità", di possibili conversioni e metamorfosi, sia pure al prezzo "di norme minacciate, stravolte, contestate, anzi di micronorme conviventi nello spazio in cui sta scomparendo la Norma" (72).

E se in Inghilterra il passato aristocratico rivive soprattutto nella Camera dei Lords, la presenza in America di elementi di natura aristocratica rinuncia alle ragioni di nascita, per rispecchiare particolari qualità delle persone: una presenza che non sfugge a Tocqueville (73), che in essa ravvisa un formidabile contrappeso al rischio di "tirannia della maggioranza": sono "i legisti", secondo Tocqueville, "padroni di una scienza indispensabile, la cui conoscenza non è diffusa" (74), che, con la loro naturale inclinazione per l'ordine e per le forme, formano "il solo elemento aristocratico che possa mescolarsi senza sforzo agli elementi naturali della democrazia e combinarsi in maniera felice e durevole con essi" (75). La natura aristocratica è ravvisabile soprattutto nel potere giudiziario, che serve "a correggere gli errori della democrazia" (76) e specialmente in quella Corte Suprema, che "è posta più in alto di ogni altro tribunale

(71) Così A. GRANZOTTO, in una bella introduzione a J. Conrad, *Il compagno segreto*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano 1975, p. 16.

(72) Le citazioni sono tratte ancora da GRANZOTTO, *cit*., risp. p. 18 e p. 17.

(73) A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 309 e ss.

(74) Cfr. ivi, p. 311.

(75) Cfr. ivi, p. 314.

(76) Cfr. ivi, p. 339.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conosciuto, sia per la *natura* dei suoi diritti, che per la *qualità* dei soggetti alla sua giurisdizione" (77).

Insomma, il diritto negli Stati Uniti, invece di assumere una prospettiva di terrestre stabilità, si costituisce ad un mosso crocevia dove gli elementi di natura democratica (presenti nella legislazione, ma anche nelle giurie delle corti) sono istituzionalmente sfidati sia da elementi di tradizionalismo (presenti nella Costituzione, oltre che nel *common law*), sia da sponde di carattere aristocratico (presenti in un certo carattere sapienziale dell'attività dei giudici, nonché nella Corte Suprema, specie attraverso la nomina a vita dei suoi componenti).

Se la proprietà troneggia come metafora giuridica della sovranità politica europea, il contratto appare l'istituto giuridico più adatto a interpretare le ragioni di un ordine giuridico "marittimo". A prima vista potrebbe apparire sorprendente l'apparentamento della civiltà giuridica americana con il contratto piuttosto che con la proprietà: infatti, la proprietà ha goduto di protezioni costituzionali molto estese, sì da ingenerare talora l'idea che la costruzione giuridica americana sia stata incentrata soprattutto intorno a questo diritto economico (78). Come si è già detto, se la proprietà, intesa quale "valore d'uso" ha avuto, in America, una significativa ed estremistica epopea, nella lunga stagione dell'*economic due process* (79), essa si è poi indirizzata sempre più verso il "valore di scambio", per reggere alle sfide del mercato e dell'economia finanziaria, nonché a quelle dell'"era dell'accesso". Come nota Hurst, "noi abbiamo rispettato i diritti di proprietà e di contratto, ma innanzitutto per la loro utilità nel tenere gli affari in un atteggiamento produttivo; laddove gli uomini cercavano semplicemente di restare aggrappati ad una posizione raggiunta, senza promettere un

(77) Cfr. ivi, p. 179. Tocqueville aggiunge: "il potere dei giudici federali è immenso ma si tratta di un potere essenzialmente morale. Essi sono onnipotenti fino a che il popolo acconsente a obbedire alla legge; non possono nulla quando la disprezza" (p. 180).

(78) Questa prospettiva ha trovato una significativa celebrazione in C. A. BEARD, *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Feltrinelli, Milano 1959.

(79) Rinvio ancora al mio *Diritto e mercato*, cit., p. 176 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuovo avanzamento, noi eravamo inclini a trovare strumenti dottrinali per lasciarli indietro (80).

L'importanza del contratto, che negli Stati Uniti segna anche la storia del diritto pubblico, realizzando un ordine politico di carattere contrattuale, secondo gli auspici di Locke, completa l'immagine di una civiltà giuridica di tipo "marittimo", segnato dalla pluralità delle fonti e dei soggetti e dalla ininterrotta dinamica equilibratrice che tra essi si verifica. Peraltro il contratto oggi si pone, attraverso una continua ricerca di nuove forme e di nuovi beni, come componente principale di quella *lex mercatoria* che celebra fasti rinnovati nel mondo senza confini delle grandi *corporation* transnazionali, rinviando all'idea di nuovi "legisti", che svolgono la funzione di legislatori privati ed invisibili.

Questo pluralismo giuridico di fonti e di prospettive, rispecchiata altresì dalla scelta federalista, che moltiplica i legislatori, ha impedito negli Stati Uniti quella "teologia politica" che Schmitt vide incarnata nel mito europeo del legislatore (81). All'America, priva del dio-legislatore, il diritto appare un universo in ricomposizione continua, che modifica ininterrottamente la sua immagine con sempre nuovi movimenti ed increspature, come una superficie marittima.

6. *Il nuovo pluralismo dell'ordine giuridico europeo: tra democrazia, tradizione e aristocrazie.*

Finora si è insistito, forse anche a costo di qualche forzatura, sulla differenza tra l'ordine giuridico dell'Europa continentale, che appare segnato da una fondazione "terrestre", e l'ordine giuridico che è proprio della civiltà anglo-americana, che appare segnato piuttosto da una immagine "marittima". Ma oggi, quale ordine giuridico caratterizza l'Europa? Regge ancora il suo carattere "terrestre"? E come lo si deve guardare? Dal basso delle varietà nazio-

(80) Cfr. J. W. HURST, *Law and Social Process in United States History*, cit., p. 116.

(81) C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 1972, dove si vede incarnato lo spirito razionalistico nell'idea che "le opere costruite da più uomini non sono così perfette come quelle a cui ha lavorato uno solo. 'Un solo architetto' deve costruire una casa o una città; le migliori costituzioni sono opera di un solo 'legislatore' intelligente" (p. 70).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nali, ancora largamente sussistenti, o dall'alto del "patrimonio costituzionale europeo" (82) già esistente, e dei tentativi di rifondazione costituzionale, che oggi puntano al varo di una Convenzione?

Nel considerare quanto sta avvenendo in Europa, che oggi costituisce certamente il più interessante laboratorio istituzionale del mondo, non si può non considerare le sue dinamiche istituzionali alla luce del processo di globalizzazione. Questo ci pone di fronte ad un paradosso: mentre avvicina le varie parti del mondo e mette in moto spinte alla loro sincronizzazione, all'incontro ed all'armonizzazione tra tradizioni diverse, fa apparire con maggiore evidenza proprio quelle diversità di tradizioni e angolazioni culturali, che nel passato restavano sotto traccia. Alla luce di questo paradosso, il diritto europeo va innanzitutto considerato come frutto di una continua e contraddittoria dinamica che è insieme tendente alla unificazione ed armonizzazione, tanto quanto a tentativi di distinzione e diversificazione (83). Una dinamica ancor più interessante se si considera che oggi, più che mai, l'Europa non ha confini certi e definitivi (84): "è uno spazio aperto. Il luogo Europa è anche un'area — un insieme di luoghi — dai limiti sfuggenti" (85). Questa irresolutezza spaziale dell'Europa, che oggi non è più soltanto culturale, ma anche politica, significa una ancor più accentuata dinamica del gioco diversificazione-unificazione.

Ma la irresolutezza spaziale dell'Europa viene accentuata altresì dall'impatto che sul suo continente hanno altre culture giuridiche, e specialmente quella anglo-americana che domina nel mondo degli affari. Sarebbe tuttavia una frettolosa approssimazione quella di vedere le attuali istituzioni europee come un mero riflesso di tendenze americane: l'Europa sta compiendo un suo cammino giuridico peculiare che si potrebbe collocare tra terra e mare, e forse oltre terra e mare, per riprendere le metafore schmittiane usate in questo scritto. L'"influenza" della cultura giuridica anglo-americana, che

(82) A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna 2002.

(83) L'argomento è sviluppato da M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 99 e ss.

(84) Sull'idea insiste B. de Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida, Napoli 2002, p. 19 e ss.

(85) Cfr. *L'Europa. Una geografia*, Comunità, Milano 1999, p. 59. Traggo la citazione da B. de Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indubbiamente si fa sentire, rispecchia tuttavia non solo e non tanto la potenza economica americana, ma anche e soprattutto una attitudine, che è diventata globale, a pensare le istituzioni in maniera economica, ossia alla luce dei costi e dei vantaggi che esse procurano, oltre che in maniera funzionale alle nuove forme di individualismo, che percorrono le nostre società (86): due ottiche che si scontrano immediatamente con la grammatica normativa del nostro tradizionale diritto.

Oggi l'Europa conosce un pluralismo di fonti giuridiche, che sotto più profili ci richiama il passato medievale. Mentre la legislazione perde posizioni, ma soprattutto perde il ruolo di indiscussa regina dello scenario giuridico e si stinge nelle forme attenuate del "soft law", nuove fonti, che erano state bandite dalla cultura giuspositivista e dalla sua "teologia politica", riacquistano nuovo vigore e protagonismo. Il contratto, ergendosi a modulo giuridico a misura delle esigenze di sempre nuovi incontri del mondo globale, supera i confini delle relazioni private, dove svolge un ruolo di grande rilievo, e suggerisce un nuovo stile di formazione e formulazione del diritto pubblico, anche in settori di particolare solennità, come il diritto costituzionale ed amministrativo (87). Persino usi e costumi ritrovano un proprio ruolo nel mondo giuridico, diventando non solo adattatori di moduli giuridici troppo astratti e generali a contesti particolari e specifici (88), ma anche strumenti di efficienza economica, perché fanno risparmiare i costi di nuove artificiali attrezzature istituzionali. Infine, le istituzioni giudiziarie, o a postura giurisdizionale (come le Autorità indipendenti o i grandi arbitri privati delle controversie transnazionali), riacquistano ruolo di primo piano come fonte, dando luogo ad un diritto pretorio capace di incarnare nuovi ideali di giustizia a misura sovranazionale e transnazionale.

Ora, non è difficile vedere dietro queste nuove fonti, un mondo giuridico che si ricompone secondo linee che non rispecchiano più criteri solo democratici, rispondenti alla volontà legislativa legitti-

(86) Ho ricostruito queste due nuove maniere di pensare le istituzioni in *Diritto al presente*, cit., pp. 53 e ss.

(87) Si veda S. CASSESE, *La crisi dello stato*, Laterza, Roma-Bari 2002.

(88) Sul ritorno di usi e costumi in ambito commerciale, si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mata elettoralmente. Accanto a fonti di natura rappresentativa, sono riconoscibili fonti di natura privata, tradizionalistica, e persino "aristocratica". Il nuovo omaggio tributato a costumi, usi e tradizioni, che, in modo diverso e per diverse ragioni, riacquistano protagonismo, nel rispecchiare criteri di natura tradizionalistica, permette anche di compensare il senso di estraniazione che deriva da un mondo che va perdendo la cultura dei confini. Ma specialmente visibili sono i tratti di natura "aristocratica" di alcuni soggetti istituzionali che oggi movimentano il quadro giuridico europeo, come alcune corti o figure di giudici, e che non rispondono più a criteri di schietta natura democratica (89). Si pensi alle Autorità indipendenti, affidate a personalità di alto profilo, che svolgono funzioni "di garanzia", e dunque di controbilanciamento dei poteri democratici, in virtù di un carattere aristocratico loro riconosciuto. Altrettanto si avverte un certo carattere aristocratico in alcune istituzioni giudiziarie internazionali e sovranazionali: specie la Corte europea di giustizia, che ha svolto un ruolo decisivo per la costituzionalizzazione dell'ordine giuridico europeo (90), sembra aver ricoperto un ruolo del genere: ponendosi alla guida di un processo di costruzione di un nuovo catalogo di diritti, non necessariamente coperti dalla protezione legislativa degli stati, essa ha corrisposto a fini di giustizia, più che a fini di legalità, ponendosi come nuova fonte di diritto processuale e sostanziale.

La Corte europea ha reso particolarmente visibile in Europa la tendenza alla giurisdizionalizzazione del diritto, che rappresenta un rovesciamento dell'ottica tradizionale europea, che si può così riassumere: non il diritto come fonte della giustizia, ma piuttosto la giustizia come fonte di un diritto che, pertanto, non è più necessariamente rigido e definito, ma che si presta a continue revisioni e correzioni, attraverso dinamiche di tipo giudiziale.

Quanto è avvenuto e sta avvenendo in Europa si può vedere tuttavia non solo come una conferma di quel processo di giuri-

(89) Del resto, la stessa avventura unitaria dell'Europa, come ha osservato Padoa Schioppa, fu inaugurata dal "dispotismo illuminato" di alcuni statisti europei, senza il quale non avrebbe mai avuto avvio. Si veda T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 21.

(90) A. SWEET STONE, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe,* Oxford University Press, Oxford 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sdizionalizzazione del diritto, che sta avvenendo nell'intero mondo, ma anche come parziale eccezione. Mentre l'Europa partecipa a quella una nuova cordata transnazionale di giudici, corti e sentenze, che sviluppa un "dialogo di costituzionalismo" sempre più esteso ed aperto alle corti di tutto il mondo" (91), sganciato da logiche e procedure democratiche, essa tende anche a costituire una eccezione, tornando a proporre "il momento della scrittura" costituzionale (92) Proprio quando le tradizionali costituzioni scritte, pur continuando ad esistere, sono sempre più sfidate da una realtà costituzionale complessa, in cui si sommano e si integrano, ma anche si scontrano e si elidono, spinte diverse, dovute non necessariamente a testi costituzionali, di natura sovranazionale o internazionale, ma anche a "fatti costituzionali" sempre più produttivi di effetti, l'impresa di una costituzione scritta appare ardita (93). È come se, con una Costituzione scritta, l'Europa, oltre a voler dare un testo unificato al proprio territorio, volesse proporre il proprio progetto costituzionale al mondo intero, ponendosi come un faro giuridico, con le proprie specificità ed i propri punti irrinunciabili (94), al crocevia della comunicazione costituzionale, che percorre il mondo intero. E tuttavia, nonostante la scrittura, neanche il diritto costituzionale europeo può sottrarsi alla curvatura sempre più giurisdizionale, resa necessaria da un mondo di relazioni globali che sembrano riproporre la foggia antica di "una cultura dominata dalla questione della giustizia e quindi dalle discipline che della giustizia si occupavano, cioè, insieme al diritto, la teologia, e in generale delle discipline della filosofia pratica aristotelica: l'etica, l'economia e la politica" (95).

---

(91) M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in "Virginia Journal of International Law", vol. 40 (2000).

(92) C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna 2002.

(93) Ho fatto ripetutamente riferimento a questo cambiamento in *Il diritto al presente*, cit., specie p. 110 e ss.

(94) Si pensi ad esempio al divieto della pena di morte, che in Europa appare quasi superfluo, ma che vuole segnalare quasi una contrapposizione costituzionale rispetto alla cultura giuridica americana.

(95) A. DE BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, cit., p. 244.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il diritto, anche in Europa, si avvia ad essere meno solitario ed autosussistente di quanto non sia stato nel sogno del progetto illuminista e nella sua realizzazione giuspositivista: rinuncia in buona parte alle vesti di una "scienza" autoreferenziale, e, mescolandosi ad altre scienze e ad altri linguaggi, si presta di più a rispecchiare specifici tessuti sociali e peculiari esigenze spaziali e temporali. Esso rinuncia altresì alla fissità della misura statale, assumendo riferimenti e misure più ampi: se la legge continua a sussistere e ad amplificarsi negli stati, nell'Unione proliferano non solo varie espressioni di *soft law*, ma anche contratti, usi e costumi giuridici, nonché risoluzioni giudiziarie o para-giudiziarie, per dare risposta a bisogni giuridici sempre più differenziati e mutevoli. Lo scenario giuridico europeo mescola in forme nuove, ed in un equilibrio ancora incompiuto, la dimensione terrestre della stabilità e quella marittima del movimento.

Ma sarebbe erroneo vedere nel protagonismo del diritto giudiziario, che oggi campeggia anche in Europa, sia una mera riproposizione della cultura giuridica medievale, sia un puro effetto della cultura americana del *judge-made law.* Non ci ritroviamo di fronte ad un nuovo medioevo, perché la *ratio* temporale dell'attuale diritto europeo è rivolta soprattutto verso il presente e le sue mutevoli esigenze e non più soprattutto verso il passato coagulato in una storia (96). Non ci troviamo di fronte ad una mera "americanizzazione" del diritto europeo, perché il giudiziario, in Europa, non assume un ruolo "erculeo", non ha il compito di sorreggere tutte le altre istituzioni giuridiche, come tende a fare nella realtà nordamericana: pur diventando una istituzione sempre più paradigmatica, essa risponde piuttosto al "modello Mercurio", un modello che rispecchia esigenze di movimento e comunicazione tra le varie istanze giuridiche (97).

Il nuovo diritto europeo si pone, per così dire, tra terra e mare, ed integra in forme nuove la dimensione spaziale fissa della terra ed il movimento continuo della nave. Come Schmitt aveva lucidamente

(96) Per maggiori riferimenti su questa differenza di *ratio* temporale, rimando a *Il diritto al presente*, cit.

(97) Rimando ancora a *Il diritto al presente*, cit., specie p. 197 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intravisto, assistiamo "alla fine del rapporto tra terra e mare invalso finora": "un nuovo senso sta lottando per il suo ordinamento. Non vi è dubbio che il vecchio *nomos* stia venendo meno, e con esso un intero sistema di misure, di norme e di rapporti tramandati" (98).

(98) C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

UNITÀ GIURIDICA EUROPEA: UN MEDIOEVO PROSSIMO FUTURO?

1. Maturità di tempi e illusioni continuistiche. — 2. L'esilio del medioevo giuridico durante il 'moderno'. Riscoperte novecentesche. — 3. La maturità di tempi medievale. — 4. Messaggi fruttuosi.

1. *Maturità di tempi e illusioni continuistiche.*

Quando l'amico Pietro Costa mi ha invitato a collaborare a questo 'Quaderno' monografico assegnandomi il tema indicato nella intitolazione di queste mie pagine, sono stato lusingato e imbarazzato. Lusingato, perché mi premeva (come mi preme) di essere presente — solidale ed entusiasta — in questo primo 'Quaderno' diretto e organizzato da Costa; imbarazzato, però, per via del tema proposto alle mie riflessioni, tema di cui avvertivo (come avverto) l'ambiguità, in cui vero e falso, realtà e parvenza, venivano a mescolarsi rischiosamente.

È che io sono sempre stato (come sono) un inguaribile insofferente a soluzioni continuistiche nella analisi storiografica, sia che percepiscano il divenire come un progresso incessante, sia che concepiscano la linea storica dominata da alcuni modelli insuperabili e pertanto trapiantabili tranquillamente nell'oggi, come se il tempo non fosse trascorso ad accumulare le sue inevitabili sedimentazioni, modificazioni, trasformazioni.

La prima soluzione non ci interessa in questa sede, né sembra comunque offrire troppi rischi culturali, per la più che semplice ragione che nessuno — metodologicamente appena un po' provveduto — si sentirebbe di tornare a danzare oggi il ballo Excelsior come i nostri candidi antenati di cento anni addietro.

La seconda soluzione, invece, è rischiosissima, perché la ve-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diamo concretamente affacciarsi proprio nell'attuale dibattito europeo, con un rigurgito che le iniezioni storicistiche del passato potevano farci falsamente ritenere esorcizzate per sempre. È perciò opportuno che si svolga qualche considerazione generale prima di calare al nostro specifico oggetto, per liberare il passo da pesanti ingombri capaci di viziare imperdonabilmente l'approccio metodologico.

Il 'modello', come strumento comparativo caricato di intrinseca assolutezza e tale da annullare o almeno attenuare la effettività della comparazione instaurata, è un arnese inadatto sia per lo storico che per il comparatista, perché implica sempre uno scarso rispetto sia per il passato, sia per il presente, sia per il futuro.

La pretesa di proiettare sull'oggi modelli passati è un gesto di suprema presunzione da parte di chi dovrebbe, al contrario, esercitare la virtù somma dell'umiltà. Umiltà di rispettare il distendersi della storia nella sua misteriosa sequela di tante maturità di tempi, umiltà di rinunciare a costruire immodesti ingabbiamenti che non possono che sacrificare e immiserire il mistero ma anche la ricchezza della storia; mistero insondabile — certo — ma che è anche ricchezza esuberante e incoercibile.

Si tratta pur sempre di ingabbiamenti quando si vuol fissare modelli positivi in rapporto ai quali misurare la varietà espressiva delle diverse epoche ed esperienze, e pertanto modelli immobilizzanti. Perché non arrestarci alla elementare verità che il corpo sociale è realtà in continuo divenire, in una crescita continua ma non segnata da scansioni, sviluppi, itinerarii predeterminabili? Il modello non può non porsi per quel corpo che come un vestito troppo stretto o troppo ampio, comunque goffo e non conveniente a esprimerne tutte le capacità e a soddisfarne tutte le esigenze, anzi probabilmente coartante. Si pensi a come sia stato pesantemente condizionante nella storia della cultura il riferimento ricorrente all'archetipo del 'classico', e nella storia del diritto al 'romano' grossolanamente inteso come modello archetipico.

La linea storica — soprattutto quando si tratta di una lunga, lunghissima linea — va interpretata non come un forziere di modelli da trapiantare nell'oggi e a cui ispirare l'azione dell'oggi; una linea che, in mano dello storico, non solo non diminuisce il suo rispetto e la sua disponibilità piena verso il passato e il presente, ma che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significa soltanto ricchezza e consapevolezza per i suoi occhi. Una linea discontinua fatta di tante maturità di tempi, ciascuna delle quali capace di offrire un messaggio meritevole di essere ascoltato.

Non modelli carichi necessariamente di assolutezza, ma qualcosa di ben diverso: momenti dialettici da porre in contatto e collegamento con il patrimonio di cui siamo portatori. Momenti dialettici che vogliono semplicemente, nella relatività del loro messaggio, rendere più complessa e pertanto più ricca la coscienza del giurista di oggi. Il passato non serba archetipi trapiantabili, giacché nella storia dei corpi sociali i rigetti sono assai più violenti che nei corpi fisici. Il passato serba la testimonianza di una vita interamente vissuta, esprèssasi e maturàtasi in tutta la sua compiutezza, e perciò meritevole di essere raffrontata con quel moncone incompiuto di vita che noi stiamo vivendo nel nostro presente. Per di più, diverse, tante maturità, ciascuna con un volto tipico, ciascuna con soluzioni sue proprie e che nel loro insieme non possono che affinare lo sguardo critico di chi le contempla disponibilmente. Se lo sguardo è attento, si irrobustisce lo stesso progetto per la costruzione del futuro.

In altre parole, il nostro presente noi non possiamo che edificarlo in base alle nostre esigenze, grazie alle nostre forze, tenendo dietro ai nostri valori, cioè rispettando la maturità del nostro tempo. Solo che questa ha un difetto grave ai nostri occhi miopi; è la maturità che stiamo vivendo e che ci è pertanto difficile oggettivare criticamente anche per la sua incompiutezza. L'acqua in cui siamo immersi — se ci è permessa una immagine — è ancora smossa dalla nostra presenza viva e convulsa, e tarderà a chiarificarsi. Occorrono dei puntelli, occorrono dei momenti da porre dialetticamente in approccio, e momenti più riposati, che la storia si è dato cura di decantare e consolidare. Però solo momenti comparativi, non da imitare fedelmente o da tradurre passivamente, bensì contributi alla nostra riflessione critica e pertanto contributi alla nostra autonomia di costruttori della nostra maturità.

Chiudevo un mio intervento di qualche anno fa in seno a un provvido Incontro internazionale dedicato al tema scottante della virulentissima neo-pandettistica di fine Novecento (1), sottolineando

(1) Mi riferisco all'Incontro internazionale organizzato in Ascona da Pio Caroni e Gerhard Dilcher nell'aprile 1996. Il mio intervento: *Modelli storici e progetti attuali nella*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a chiare lettere il monito dell'antica sapienza: "omnia tempus habent", ogni cosa ha il suo tempo (2). Quel monito vorrei oggi riprendere come precetto di elementare buonsenso, prima ancora che come guida epistemologica.

Malgrado tutto quel che ora si è detto, il modello riaffiora sempre, e sempre protagonisti sono la sprovvedutezza culturale, l'ingenuità, la pigrizia del giurista. L'esempio più lampante è quella — ohimè convinta! — riaffermazione di un *usus hodiernus Pandectarum* quale fondamento sicuro dell'unità giuridica europea di oggi e di domani, riaffermazione tanto virulenta quanto insensata. Ma un altro esempio è certamente dato dall'affiorare sparso ma preciso di un medioevo giuridico prossimo futuro, con un *modello medievale* riesumato a bella posta e appiccicato forzosamente alla realtà cosmopolitica che stiamo costruendo.

Discorso ambiguo — come dicevamo all'inizio —, perché portatore congiuntamente di falso e di vero, e pertanto rischiosissimo. Al solito, il rischio maggiore è dato dalla pigrizia dell'odierno giurista, che può trovare comodo ripararsi all'ombra di un modello prefabbricato. Qui giova sicuramente l'intervento dello storico del diritto proprio nella veste che gli è più congeniale (anche se troppo spesso abbandonata) di coscienza critica del cultore del diritto positivo. Cosciente della complessità della linea lunga della storia, cosciente quale nessun altro che questa linea è impastata di passato, di presente e di futuro, egli è — per sua indole — un relativizzatore e un demitizzatore. In questa veste è il miglior compagno di corsa per il giurista, giacché, richiamandolo a visioni culturalmente più appaganti, gli può impedire di operare scelte avventate e di costruire un futuro senza reali fondamenti.

Per il nostro oggetto, l'ufficio dello storico non è facile, e nasce da questo il dichiarato imbarazzo nell'accettare il cómpito generosamente offertomi da Costa. Non è facile. Non v'è dubbio che tra soluzioni medievali e soluzioni dell'oggi e dell'immediato domani assonanze ci siano. Io credo che non possiamo restarne appagati e

---

formazione di un futuro diritto europeo, può leggersi, oltre che negli 'atti' dell'Incontro, anche in "Rivista di diritto civile", XLII (1996), parte prima (la citazione fatta nel testo è a p. 286).

(2) *Qoèlet* (*Ecclesiastes*), 3, 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parlare — come si fa — di un medioevo prossimo futuro. Io credo che si debba evitare il rischio di cadere in un suadente ricorso modellistico. Ma credo anche che sia opportuno e fertile riflettere sui messaggi che da quella esperienza interamente vissuta e compiuta possono provenirci.

Una maturità di tempi storici (il medioevo) — lo si diceva all'inizio — quale momento dialettico per la nostra maturità temporale. Se si riuscisse nell'intento, il profitto culturale non sarebbe poco. Ma — ripeto — l'ufficio nostro non è facile.

2. *L'esilio del medioevo giuridico durante il 'moderno'. Riscoperte novecentesche.*

Non v'è dubbio che il 'moderno' si è costruito e strutturato come rifiuto del 'medievale': un momento di regresso storico da dispregiare in ogni aspetto e relegare tra le soffitte non edificanti della storia. All'interno di quella civiltà, ovviamente, anche il diritto che ne era espressione fedele. A differenza del diritto romano, che l'individualismo umanistico riesuma; che riesuma sforzandosi di restituirlo in tutta la sua purezza di messaggio per le sintonie ideologiche riscontrate; che diventa pertanto nervatura portante del 'moderno', sia pure nelle variazioni dell'*usus modernus Pandectarum* e della Pandettistica tedesca, il diritto medievale si vide condannato senza appello.

Era un rifiuto basato su 'buone' ragioni. Il 'moderno' si affermava come rifondazione della società su valori diversi, anzi opposti a quelli convintamente vissuti dall'età precedente.

Là si era creduto intensamente in una società di società, valorizzando ogni aggregazione comunitaria, tanto da impedire od ostacolare per tutta la sua durata la realizzazione d'una conversione della società in quella entità unitaria che sarà, poi, lo Stato. Il medioevo è, pertanto, caratterialmente una società senza Stato, e il diritto — che ha come referente la società — può ben dirsi un diritto senza Stato (3).

(3) È la tesi che fa da supporto alla nostra ricostruzione tentata nel volume: *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2002[9]. Osservazioni puntuali e altresì una puntuale fondazione teorica sono offerte nel nostro saggio specificamente dedicato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Là si era vissuto la assoluta fusione tra dimensione religiosa e dimensione politico-economico-sociale, tra metafisica e storia, tanto da farci apparire una terrestrità che ha per tetto il cielo.

Il 'moderno' puntava, al contrario su una pervicace opera di *individualizzazione*: rifiuto e dispregio della nebulosa comunitaria, ma realizzazione di una individualità politica compatta e valorizzazione del singolo individuo. Per di più, imboccata la strada di una decisa secolarizzazione, si tese a liberarsi di tutti i condizionamenti piovuti dall'alto; fra questi, primi, quei moralismi che avevano sacrificato la vita economica medievale e che apparivano repellenti all'embrionale ma progrediente capitalismo.

Il 'moderno' è, insomma, una sorta di zona vuota dove di medioevo meno si parla meglio si fa. L'esempio più clamoroso nel campo del diritto riguarda la persona giuridica. Perno della civiltà giuridica medievale, perno della struttura della Chiesa Romana che non l'ha solo applicata quotidianamente ma raffinatamente teorizzata, perno — aggiungiamo — ineliminabile di ogni società complessa, eppure per quel lezzo di medievale e di chiesastico che evocava subì il più letale esorcismo: quello del silenzio. Infatti, se il legislatore rivoluzionario — sul piano politico — spazzava d'un colpo le strade di Francia da ogni ingombro corporativo, il Codice napoleonico — sul piano giuridico — si limitava a non farne parola come se si trattasse di un istituto tibetano ignoto all'esperienza francese.

Nell'Ottocento italiano parve sicuramente ben strano se non ereticale la voce di un civilista culturalmente singolarissimo, Vincenzo Simoncelli, il quale, non pago delle dommatiche del 'diritto romano attuale', in un momento di persistente sordità verso i valori sociali e soprattutto verso la perturbante dimensione sociale del lavoro, si immerse con gusto nei cartarii altomedievali dissepolti e appena pubblicati da una storiografia eruditissima, sottolineando alla attenzione dei giuristi alcuni contratti agrarii consuetudinarii nel tessuto dei quali il lavoro diventava — *horribile dictu* per la quieta

---

a: *Un diritto senza Stato - La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* (1996), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998, nonché, in lingua tedesca, in *Staat, Politik, Verwaltung in Europa - Gedächtnisschrift für Roman Schnur,* Duncker u. Humblot, Berlin 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società borghese — addirittura un modo d'acquisto della proprietà (4); Simoncelli vi aggiunse una attenzione tutta nuova per l'enfiteusi, altra creatura giuridica esorcizzata da un silenzio prevalente a causa dello sdoppiamento del dominio che provocava (5). Meno ereticale dovette invece sembrare lo zelo di Cesare Vivante per i primordii medievali del contratto di assicurazione (6), giacché ai commercialisti — personaggi coltivatori, agli occhi sdegnosi dei civilisti, di una scienza empirica e tecnicamente grossolana — era consentito di allontanarsi dalle purezze di Gaio e del Codice civile. Dalle pagine civilistiche di Simoncelli scaturì tuttavia, sia pure con parecchie ingenuità, un elogio sincero del medioevo giuridico; ma si trattò di voce abbastanza solitaria.

I riferimenti medievali si infittiscono durante il Novecento, quando le ferme certezze dell'età borghese divengono instabili, quando i due pilastri dell'ordine giuridico, lo Stato e l'individuo, subiscono incrinature in una società sempre più di massa e sempre più sollecitatrice di una 'sgradevolissima' dimensione *collettiva,* quando il rigido individualismo proprietario è costretto a concessioni per il montare delle lotte sociali.

V'è chi, come il giovane Panunzio, non ha esitazione a richiamare il *modello medievale* per legittimare la presenza tutta nuova dei sindacati (7), posizione macroscopicamente ingenua e antistorica che viene severamente respinta innanzi tutto proprio da storici del diritto. Ma vi sono giuristi che, deposte senza un rimpianto le vecchie repulsioni, hanno un atteggiamento culturalmente provveduto e corretto che fa del medioevo né una bottega da rigattiere né un paradiso di modelli, bensì un forziere di messaggi storici.

Santi Romano vi sorprenderà tracce consistenti di pluralismo

---

(4) *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici* (1888), ora in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, vol. I, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma 1938.

(5) Nei tardi anni Ottanta vi dedicò parecchie ricerche, oggi tutte ricomprese sotto la dizione *Studi sull'enfiteusi* nei sopracitati *Scritti giuridici*, vol. I.

(6) Si vedano i tre volumi che il Vivante pubblica su *Il contratto di assicurazione*, Hoepli, Milano 1885-1887-1890.

(7) S. PANUNZIO, *Sindacalismo e medio evo (Politica contemporanea)*, Casa Ed. Partenopea, Napoli s.d. (ma 1911).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico (8) e il grande sistematore italiano della teoria della persona giuridica, il civilista Francesco Ferrara, metterà a frutto la lezione medievale in una cospicua parte storica del suo volume (9). Per le nuove teorie dell'apparenza e del possesso, a Venezian (10) e al suo allievo Finzi (11) sembreranno preziosi gli ammonimenti provenienti dallo schema — addirittura *hochmittelalterlich* — della *Gewere*, e lo stesso Finzi, rifondatore negli anni Venti e Trenta di una teoria non più solo soggettivistica della proprietà (12), attingerà alle spregiudicate intuizioni dei medievali che erano arrivati alla geminazione del dominio. Non solo. Quando, negli anni Venti sempre del Novecento, ritenute insoddisfacenti le architetture astratte del diritto civile, si guarda più da vicino ai fatti economici e in nome di essi si comincia a costruire un diritto della produzione agraria, un diritto agrario, si ritiene necessario di allungare lo sguardo oltre i limiti dell'età borghese (13).

È questa soltanto una esemplificazione parzialissima, perché il secolo XX è ricco di indicazioni in proposito.

Ma vi fu un contributo non secondario anche degli stessi storici del diritto. Il medio evo era stato sempre studiato dai tempi di Pertile in poi; anzi, non si era studiato che quello; anzi, si era studiato specialmente il suo momento più remoto. È che, sul fondamento delle sue premesse positivistiche, quella storiografia giuridica aveva ficcato ben a fondo il suo sguardo nei documenti della prassi, e, invasata dal sacro fuoco di una concretezza 'positiva', si era data a ricerche minuziose, eruditissime, il più delle volte localmente

(8) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1946².

(9) F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Marghieri-Ute, Napoli-Torino 1915.

(10) G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa* (1900), ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Athenaeum, Roma 1930.

(11) E. FINZI, *Il possesso dei diritti* (1915), Giuffrè, Milano 1968.

(12) E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in "Archivio giuridico", LXXXIX (1923); *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Accademia dei Georgofili, Firenze 1936.

(13) Giangastone Bolla, il massimo sollecitatore in questa direzione, si dedica lui stesso a ricerche medievistiche, colloquia con gli storici del diritto medievale, apre la sua 'Rivista di diritto agrario' a contributi medievistici e fonda negli anni Trenta lo 'Archivio Vittorio Scialoja per le consuetudini giuridiche agrarie e le tradizioni popolari italiane', dove si dà un ruolo giustamente protagonistico a fonti medievali e a scrittori medievalisti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

determinate. Il colloquio con i giuristi di diritto positivo era sostanzialmente mancato, fatta salva qualche rara eccezione. Fu un grande merito di Francesco Calasso, uno storico che aveva profondamente avvertito la lezione dell'idealismo, di spostare l'attenzione sul secondo medioevo, sul medioevo sapienziale, su una grande maturità di scienza giuridica. I risultati positivi furono parecchi; uno di questi è, a mio avviso, la ripresa di un colloquio, e, con la ripresa, una maggiore familiarità di civilisti e pubblicisti con la civiltà giuridica artificiosamente rimossa e minimizzata (14).

Oggi, questa familiarità si è addirittura trasformata in un attingimento ripetuto. Lo storico dovrebbe essere ricolmo di soddisfazione, soprattutto uno come me che non ha mai mancato di valorizzare quella rilevante esperienza giuridica e di ritenerne doveroso (e fruttuoso) lo studio.

Il problema è però di indole squisitamente culturale: ben vengano questi riferimenti, non è certo un cattivo segno. Ma una domanda si impone: sono frutto di analogizzazioni frettolose, di entusiasmi infondati? Nascono da una conoscenza reale di quello che il medioevo fu? E fino a che punto si spinge il riferimento? Si ricade, forse, in quella modellistica che si deprecava all'inizio? L'esempio del buon Panunzio, che vedeva — bontà sua — un medioevo rigoglioso di sindacati e di sindacalismo autentico è lì proprio ad ammonirci e a impedirci di fare scelte criticamente incaute, inaccettabili culturalmente e fonti soltanto di equivoci grossolani. E il futuro resta totalmente da costruire. Cerchiamo, pertanto, di far chiarezza o di tentar di farla.

3. *La maturità di tempi medievale.*

Il medioevo giuridico fu creatura storica originale, perché fu costruzione lentissima di una prassi investita del cómpito di edificare

(14) Si veda il colloquio di Calasso con Santi Romano, di cui è evidente testimonianza il volume scientifico-didattico *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Giuffrè, Milano 1948; o quello più tardo dello stesso Calasso con i civilisti in tema di negozio giuridico (*Il negozio giuridico*, Giuffrè, Milano 1959), in un libro che ha molte debolezze ma che segnala una sincera istanza colloquiale; o il colloquio con Calasso del civilista SALVATORE ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati* (1955), ora in *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dopo il crollo della civiltà romana. Fu creatura originale proprio perché il crollo della civiltà giuridica precedente costrinse quella prassi a lavorare su due vuoti — un vuoto politico e un vuoto culturale — riscoprendo forze e valori che non traevano autorità da modelli già sperimentati.

Forze e valori furono reperiti nell'esperienza quotidiana, sparsamente, empiricamente, facendo emergere giorno dopo giorno nella lunghissima durata un costume giuridico che la nuova civiltà ebbe modo di consolidare e definire in quasi mille anni di vita; giacché in un millennio si distese quella grande maturità storica che la retorica velenosa del futuro umanesimo avrebbe chiamato riduttivamente *media aetas*. Il canone vincente non fu la *validità*, ossia la corrispondenza a un modello autorevole, bensì la *effettività*, ossia la forza interiore che certi fatti recavano in sé incidendo sulla vicenda storica senza ricorsi a sussidii esterni (15).

Il medioevo fu originale perché fu fattuale: i fatti nascono nel particolare e del particolare si impregnano, trovando in esso la loro cifra; voce che viene dal basso, il fatto non ha la capacità di tradire la domanda storica eludendola o mistificandola con dei modelli. Questo è, per esempio, avvenuto nel tempo medievale in relazione a quel modello forte che è il 'romano': se lo vedremo talora riaffiorare, se — dopo il secolo XI, divenuta ormai la nostra una civiltà sapienziale — constatiamo un gremio di giuristi chiamarsi glossatori e commentatori e fare i conti con testi romani, fu un mantello formale di autorevolezza che essi si misero addosso, ma non fu mai tradimento delle aspettative a loro contemporanee, restando quei giuristi più interpreti dei fatti di costume circolanti che del lontano frammento del Digesto.

Civiltà di prassi, tanto fattuale che noi non abbiamo esitato a qualificare come 'primitivo' il suo momento iniziale, primitivo in un significato squisitamente antropologico: civiltà dove i soggetti subiscono la imponenza dei fatti, si mescolano con essi fino a essere

(15) Per maggiori chiarimenti non posso che rimandare al mio libro *L'ordine giuridico medievale*, cit., dove a intelaiatura della analisi storiografica si utilizza la dialettica validità/effettività (si veda soprattutto p. 56 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incapaci di oggettivarli (16). Qualificarla primitiva — almeno nella sua genesi — significa coglierla nascente in una incandescenza socio-economica, senza ipoteche, senza eteronomie.

Sta qui la motivazione della nostra insistenza sulla fattualità ai fini del discorso che stiamo facendo. Ci permette di cogliere la originalità della civiltà medievale, che certamente non nasce dal nulla perché la storia è sempre una concatenazione, ma che certamente è un anello munito di una sostanziale autonomia. Da qui l'originalità anche del processo di costruzione del diritto medievale, dalla indole sostanzialmente consuetudinaria. La fattualità impone questa scelta, giacché la consuetudine è soltanto un fatto osservato e ripetuto, striscia per terra e di terra si impregna, registrando in assoluta libertà i bisogni emergenti e corrispondèndovi.

Fattualità significa, dunque, che non c'è un potere centrale e centralizzante forte, intenzionato e capace di controllare i fatti riconducèndoli a modelli imperativi generali. Significa che il diritto medievale ha una sua irripetibile storicità: è un diritto che si adagia sui fatti, che percepisce e segue le forze storiche e le loro domande, restando nella terrestrità bassa dove quelle forze vivono e segnalano bisogni. È all'insegna del particolarismo più esasperato ma anche di un sostanziale pluralismo.

Il pluralismo giuridico. Ecco il punto. Non è una concessione dello Stato (che non c'è), ma l'assestamento spontaneo della dimensione giuridica di una civiltà che vive autonomamente e con autonomia si realizza. Medioevo giuridico significa appunto una coscienza collettiva che genera forme giuridiche plastiche, dalla intensa storicità, che individua il diritto come sua espressione riconducèndolo alla globalità e complessità della società e non di una cristallizzazione politica ingombrante, o di un apparato forte di potere. In un mondo politico-giuridico senza burattinai invadenti il pluralismo è nelle cose. Non una fonte unica di produzione che impone canoni sui quali misurare la giuridicità, ma pluralità di fonti, convivenza di fonti e di diritti: non a caso Santi Romano guardava al medioevo come a un laboratorio di ordinamenti giuridici conviventi e covigenti.

---

(16) Su questa qualificazione primitivistica del proto-medioevo mi sia consentito di rinviare ancora a *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 61 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo spiega anche perché, nel mondo giuridico medievale, si stemperi assai quella distinzione su cui il mondo moderno si è strutturato: *pubblico* e *privato* come realtà separate e che debbono restar separate; con il risultato sclerotizzante di riservare al 'pubblico' la misura della giuridicità, di fare del principio di *validità* il vero fondamento di una sorta di *Grundnorm* non scritta ma imperiosa. Nel mondo medievale è invece una continua interconnessione di fonti, ciascuna rappresentante una dimensione specifica della società. È la Chiesa che produce regole nel proprio ordine, o è il ceto feudale, o quello mercantile, senza che l'una dimensione misuri sull'altra il proprio grado di giuridicità. Diritto plurale, espressione di una realtà plurale, plurale e sfaccettatissima: la società.

Assumiamo un esempio oggi corrente. Oggi, infatti, si parla frequentemente, anche da chi è immerso nella prassi giuridica, di *lex mercatoria*, tributando forse l'ultimo omaggio a una lingua latina che nessuno conosce più, nemmeno i chierici di una Chiesa che si qualifica come romana. E il riferimento è chiaro all'età del maturo medioevo, quando un vivace e intelligente ceto mercantile intuì e costruì un complesso attivo di strumenti congeniali alle attività mercatorie.

Allora, i mercanti poterono tranquillamente gettare la loro rete giuridica transnazionale di nuove invenzioni efficaci a snellire e a vieppiù garantire i proprii traffici economici. Lo fecero spontaneamente, liberamente, perché le cose lo esigevano, creatori di un ordinamento giuridico che si aggiungeva ad altri (quello canonico, quello feudale, per esempio), senza alcun complesso di inferiorità o di eccessiva separatezza. Essi si limitavano a corrispondere alle esigenze d'una dimensione della società vista e sentita come un naturale intreccio di più dimensioni. Quel che mancava era una presenza ingombrante che pretendesse di fornire la misura della giuridicità o, peggio ancora, che pretendesse il monopolio del 'giuridico'.

Facciamo l'esempio più limpido, e cioè di una serie di istituti, ignoti al paradiso dei modelli romani ma affiorati con vigoria nel groviglio convulso ed incerto di traffici commerciali ormai a livello transnazionale: i titoli di credito, che nacquero come invenzione tipicamente mercantile, frutto di fantasia giuridica e di sicura percezione dei bisogni economici da parte di una prassi ignara di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sapienza romana, carte che incarnavano un diritto, che potevano circolare come se fossero merci senza avere la pesantezza immobilizzante delle merci.

Oggi, i grandi mercanti del mondo contemporaneo hanno dato vita alla cosiddetta globalizzazione giuridica, ma si tratta di un canale che corre accanto al grande canale del diritto dello Stato e degli Stati, con una reciproca ignoranza (17). Lo Stato lo ignora volutamente, ritenendosi il depositario della giuridicità, mentre i mercanti si infischiano della superbia e sufficienza dello Stato e tiran diritto per la loro strada.

Però, al fondo, c'è sempre questo spettro dello Stato, che non è certamente smentito dall'esistenza di comunità transnazionali, che sono comunque comunità di Stati. E c'è una cultura statalistica che ancora domina e che determina nella coscienza comune, malgrado le elucubrazioni di taluni dotti, la inconcepibilità d'un diritto senza Stato.

Il post-moderno cerca di liberarsi dalle grinfie del moderno, ma non c'è ancora riuscito. E continuiamo a esser figli del 'moderno' o da questo almeno profondamente condizionati e segnati. Del 'moderno' c'è restato il peso e l'ingombro dello Stato, un peso e un ingombro che il medioevo non conobbe. Il suo modo di generarsi e di svilupparsi portò a quel totale pluralismo giuridico, che è ancora lontano da noi e sul quale la più gran parte dei giuristi attuali continua pervicacemente ad essere più che perplessa.

La maturità di tempi medievale fu realtà originale, storicamente tipica, perché provocata dalla incandescenza di quel momento storico. Una sua riproduzione manca di fondamento, sa di antistoricità. Quel medioevo è irrimediabilmente consumato nella sua vicenda storica. Ovviamente, cade anche l'ipotesi arrischiata di un modello; e non solo per le cautele metodologiche sopra segnate, ma in grazia della sua assoluta e irripetibile tipicità.

---

(17) Su di un piano rigorosamente giuridico, ho tentato io stesso una recente sintesi: *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il foro italiano*, maggio 2002, V. Sul piano sociologico-giuridico, si può contare su una ricca e pregevole letteratura a livello internazionale; in quella italiana fanno spicco due intelligenti e cólti volumi di M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione - Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000 e *Il diritto al presente - Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Può servire da momento dialettico: storia compiuta, interamente vissuta da un pianeta storico di intensa originalità, ha dei messaggi forti, soprattutto in questo momento in cui abbiamo gettato alle ortiche quei vestimenti antimedievali di cui i moderni polemicamente si ammantarono e in cui i valori di quella civiltà sono ormai oggetto di spassionata considerazione. Oggi che tentiamo di liberarci dell'abbraccio soffocante dello Stato, oggi che tentiamo la costruzione di un diritto sempre più aperto a una proiezione transnazionale se non addirittura universale, il messaggio medievale può riuscire proficuo.

Non so, invece, se siamo convinti di tentare la realizzazione di un vero e non dimidiato pluralismo giuridico. Ad avviso di chi scrive, sta qui un messaggio da ascoltare con attenzione e rispetto, ma su cui, all'opposto, constato distrazione o, peggio ancora, infastidimento. Ma sarà bene un esame più specifico.

Con una precisazione. Qualcuno potrebbe eccepire che non vede distinzione alcuna fra il seguire un modello o ascoltare con rispetto un messaggio. Rispondo: il modello va imitato e tradotto; la realtà storica vi si deve conformare. Il messaggio è un contributo al rafforzamento d'una riflessione in ricerca, ma non esige passività, non esige obbedienza. Esige una cosa, di cui abbiamo tanto bisogno: ascolto rispettoso e confronto con gli attuali valori, esige una comparazione dialettica, dove le rispettive diversità non solo non vengano annullate o contratte, ma siano messe in evidenza. Con la coscienza — ripetiàmolo — che ogni cosa ha il suo tempo.

4. *Messaggi fruttuosi.*

Vediamo, dunque, quali possono essere i messaggi che ci provengono e che paiono confortarci nell'attuale momento di scelte superatrici delle vincolanti soluzioni della modernità.

La prima voce netta, che viene da una esperienza come quella medievale caratterizzata da un diritto senza Stato, è sicuramente che la giuridicità è connessa alla società. Allo Stato sono speculari le branche giuridiche strettamente legate all'esercizio della sovranità (un esempio: il diritto amministrativo; un altro: il diritto penale), ma il diritto regolatore della vita quotidiana dei privati, espressione di soggetti che agiscono nella società da privati, può e deve ritrovare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella plasticità che sembra oggi richiesta da un mutamento (soprattutto economico e tecnico) in rapidissimo sviluppo. Altrimenti, il costo da pagare è lo sdoppiamento pernicioso tra un diritto ufficiale e canali 'privati' che corrono paralleli. Oggi, non a torto si dubita del grande strumento ordinatore ma controllore della vita giuridica dei privati, che è stato ed è il Codice, ammirevole invenzione della modernità ma inadeguato a tener dietro con coerenza al mutamento. Accanto alla legge-madre, si dubita anche della inadeguatezza dello strumento legislativo in genere.

E qui si aggiunge un'altra voce netta strettamente consequenziale alla prima. La legge non è l'unico canale di manifestazione della giuridicità. Lo è se il potere esige di controllarla, ma oggi il controllo, sempre a causa della rapidità del mutamento, rischia di essere inefficace provocando situazioni di crisi (crisi politica ma anche socio-giuridica) fra un diritto legale inosservato e un osservatissimo diritto non legale. Nel medioevo non fu la legge lo strumento ordinatore, anche perché il genuino Principe medievale non si sentì legislatore, rispettando una acquisizione della coscienza collettiva che coglieva il diritto alle radici della società e pertanto da identificarsi prevalentemente nella fonte materna della consuetudine affidata alla interpretazione dei giuristi (giudici e dottori). Il medioevo non fu un pianeta legalitario — malgrado quanto si è sostenuto nell'onda di una plagiante sub-coscienza moderna ([18]) —, anche se fu un pianeta dove alla dimensione giuridica spettò una centralità senza uguali. Un motivo di impellente riflessione, nel momento attuale in cui teorici del diritto e giuspubblicisti si interrogano sempre più fittamente sul ruolo di una legalità formale come quella che abbiamo ereditato dalla modernità.

Il che ci introduce a un altro messaggio forte. Questa giuridicità intuita così centrale per la società, non affidata se non marginalmente a legge e legislatore, fu identificata nel medioevo in una realtà di radici profonde — realtà squisitamente òntica — che il costume

([18]) Un esempio vistoso è il volume di UGO NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane - Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Marzorati, Milano s.d. (ma 1946), che risente del parossismo legalitario di quegli anni, un parossismo che nasceva dalla fallace convinzione nella funzione garantistica e benefica della legge.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e, a livello giuridico, un fascio enorme di consuetudini avrebbero avuto il cómpito di consolidare e definire senza farle perdere il requisito fondamentale d'essere ordinamento del sociale, ossia modellatrice plastica e aperta di questo. Ma le consuetudini potevano essere matrici propulsive in una società statica, interamente agraria, come il primo medioevo; viziate dal particolarismo che è proprio di ogni manifestazione usuale, si dimostreranno inadeguate per la seconda fase di sviluppo della civiltà medievale percorsa e dominata da una dinamica intensa e da una circolazione parimente intensa. La soluzione — di fronte alla esigenza crescente di categorie generali ordinanti — fu l'affidamento alla scienza giuridica e, secondariamente, al giudice. E il secondo medioevo, medioevo sapienziale, dette vita al forse più completo e riuscito modello storico di *Juristenrecht*, di autentico diritto giurisprudenziale.

Riflettere oggi più criticamente su questo modello (che certamente non fu l'unico nella lunga storia del diritto occidentale) può portarci a qualche (ormai necessaria) scelta coraggiosa. Non sarebbe l'ora di smettere di ripetere a noi stessi e ai nostri allievi la vieta favoletta della gerarchia delle fonti e del culto acritico della legge? Non sarebbe l'ora di riesaminare il ruolo della scienza giuridica? Non sarebbe l'ora di riesaminare il rilievo del ruolo del giudice? È rischioso ripetere (anche se solo su un ipocrita piano formale) vecchie favolette, quando la società pos-moderna le sta mettendo da parte, dando a scienza e prassi il ruolo sostanziale che spetta ai reali meccanismi propulsori dell'ordine giuridico (19).

Scienza e prassi applicativa hanno goduto di una duplice e giustificatissima rivalutazione: teorica, con la notevole riflessione ermeneutica, che ha ridicolizzato il giudice bocca della legge o il maestro di diritto quale esegeta; pratica, perché attualmente è il trionfo di invenzioni tecniche novissime che la prassi ha intuito e cominciato a vivere, e la scienza ha prontamente principiato a categorizzare, che il legislatore — al contrario — o non ha avvertito o ha tardato ad avvertire e a disciplinare.

---

(19) Ho tentato di riflettere assai recentemente su questo ruolo della prassi, discorrendo con gli allievi della fiorentina 'Scuola di specializzazione per le professioni legali': *Il diritto tra norma e applicazione - Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in "Rassegna forense", XXXV (2002).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si aggiunga che, oggi, v'è una coscienza nuova nel giurista, più attiva, più propulsiva. Il giurista vede le deficienze e le sordità del legislatore e tenta di supplirvi; soprattutto, tenta — ed è questo un profilo rilevantissimo — di farsi lui portatore di un diritto finalmente insofferente alle artificiose frontiere statuali gettando la rete al di là e al di sopra delle tante insularità nazionali e cominciando a creare un tessuto comune: i recenti esperimenti europei per la fissazione di principii regolatori dei contratti e dei contratti commerciali in specie, che hanno visto protagonistica la migliore scienza giusprivatistica europea, sono il segno di questa rinnovata coscienza. Un grande insegnamento della civiltà giuridica medievale è che il diritto è cosa non da politici ma da giuristi, ed è precisamente l'insegnamento che quella civiltà ha trasmesso al suo figlio diretto, il *common law*. Recuperare il diritto ai giuristi può essere una divisa per il nostro impegno culturale e di politica del diritto.

Un altro recupero va fatto, ma, in fondo, discende già da quanto si è detto più sopra, ed è un recupero pluralistico. Si deve realizzare un più sincero pluralismo giuridico. Il medioevo lo visse interamente, e il suo mondo socio-giuridico fu autenticamente pluriordinamentale. Del resto, non stiamo vivendo forse noi un pluralismo latente con la montante globalizzazione giuridica? Un pluralismo fattuale, che lo Stato continua a ignorare e di cui i tanti giuristi statalisti beatamente si disinteressano; che però c'è, è forte, è virulento, e mette in crisi — nel concreto dell'esperienza dove il diritto si misura quotidianamente — il sublime castello legalistico. Dobbiamo affrettarci verso una mèta che è un diritto senza Stato; il conseguimento di questa mèta è anche conseguimento di un effettivo pluralismo giuridico. Conseguimenti, però, che dobbiamo innanzi tutto realizzare nella nostra coscienza di giuristi. Non si può pretendere dall'apparato statuale quel rinnovamento che manca almeno nella consapevolezza dei più. La complessità della società, elementare dato omnipresente ma tanto più presente oggi, deve rispecchiarsi nella complessità plurale dell'universo giuridico.

Diritto senza Stato significa che al diritto ripugna di immiserirsi all'interno di confini invalicabili, significa che il diritto è una *ragione* del vivere civile e che la sua proiezione più naturale è quella universale. Più che un sentimento, è una percezione che si fa strada nelle menti più aperte: dopo che l'Europa è stata ridotta nell'età

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moderna e post-moderna a un arcipelago, cioè a un coacervo di isole, si avverte l'esigenza politica e culturale di paesaggi più ampii, di unità più comprensive. E si può giustificare il richiamo ricorrente a quel pre-moderno in cui l'allora Europa civilizzata conobbe una unità giuridica. Da questo riferimento non scorretto ma sommario si può calare a messaggi che non sono da sottovalutare. Non v'è dubbio che il medioevo compie la sua giuridicità come *ius commune*, diritto doppiamente comune, accomunante cioè la dimensione religiosa e quella civile (*ius civile/ius canonicum*), nonché le varie regioni formanti il campo europeo. Diritto universale, dunque, a più di un titolo, del quale vogliamo sottolineare qui due peculiarità degne della nostra riflessione.

Lo *ius commune* è diritto scientifico. Anche se vi sono coinvolti i giudici con le loro sentenze e i notai con i loro formularii, i protagonisti sono uomini di scienza, certamente non disdegnanti lavori di consulenza per i poteri costituiti, per i giudici, per i privati ma, innanzi tutto, maestri di diritto, *doctores*, demiurghi grandi e piccoli della nuova *scientia iuris* che trovava nella folta diaspora universitaria del secondo medioevo il suo luogo d'elezione. Qui la scienza, sulla base dei testi romani del *Corpus iuris civilis* e canonici del *Corpus iuris canonici*, crea diritto sia pure nella forma di una tipicissima *interpretatio*. Alla scienza è confidato il cómpito di ordinare giuridicamente il tessuto socio-politico del proprio tempo. E la scienza fa il mestier suo: questi dottori che, insieme agli studenti, erano cittadini d'Europa insegnando a Bologna come a Salamanca, a Orléans come a Oxford, che sentivano il diritto come realtà non legata alle miserie dei particolarismi politici, costruiscono in una proiezione universale, sovraordinata ai confini che la miopia e la superbia degli uomini d'arme e di governo han segnato sul terreno.

Ma v'è una seconda peculiarità, che mi sembra di gran rilievo. Questo tessuto universale dòtto non soffocò i particolarismi giuridici. Il diritto di questa o quella città comunale, di questo o quel principato laico od ecclesiastico, le mille consuetudini striscianti in un territorio determinato, le regole dei mercanti e del ceto feudale, continuarono a vivere intatte. *Ius commune* e *iura propria* costituirono un grande sistema percorso da una fertilissima dialettica universale/particolare, come intuì felicemente tanti anni addietro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Francesco Calasso ([20]). L'universale né disturbò il particolare né fu da questo disturbato: v'è piuttosto un sistema di integrazione, perché il tessuto universale è plastico, complesso, articolatissimo. È lo Stato che si propone quale struttura rigida e compatta, struttura intollerante. La sua manifestazione naturale, geograficamente precisata, è la sovranità, ossia un potere assolutamente indipendente cui ripugna ogni posizione di autonomia, anche se la autonomia — come indipendenza *relativa* — non è una concorrente né ostile né insidiosa per la sovranità.

Nel momento in cui scrivo queste note, sono appena ritornato in Italia da un soggiorno nel Messico per conferenze e lezioni, e, parlando colà con egregii colleghi messicani, ho avuto la riprova di quanto ora si sta dicendo. Trattando con loro il problema così scottante in quel paese delle lotte di popolazioni indigene in difesa delle loro immemorabili autonomie, i colleghi messicani mi sottolineavano che, finché il Messico fu un *Virreynato* all'interno della grande coinè ispanica, pochi problemi sorsero. Cominciarono, invece, a porsi in modo clamoroso dopo le lotte ottocentesche di indipendenza e la nascita dello Stato messicano completamente separato dalla madrepatria e dalle altre ex-colonie spagnole, uno Stato che, come tutti gli Stati di questo mondo, ha immediatamente téso alla compattezza e si è rivestito di intolleranza come il vecchio re di Spagna e il suo viceré non lo erano stati per il passato.

Sotto questo profilo il mondo del diritto comune, mondo di autonomie e non di sovranità, tessuto universale unitario ma complesso, non compatto anzi articolatissimo, non vorrei dire che ci si può proporre come modello, perché mi smentirei, ma può fornirci un messaggio degno di essere ascoltato soprattutto nella feconda simbiosi fra scienza, costruzioni scientifiche, invenzioni della prassi e regole di comunità particolari.

In una grande Europa unita, comunità sofferenti per la violenza operata contro di loro dagli Stati, potranno trovare un rispetto maggiore.

([20]) In ripetuti saggi ed esperimenti didattici. Una enunciazione limpidissima è in *Il problema storico del diritto comune* (1939), ora in *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano 1951.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTONIO PADOA SCHIOPPA

NOTE SU ORDINE GIURIDICO EUROPEO E IDENTITÀ EUROPEA IN PROSPETTIVA STORICO-COSTITUZIONALE (*)

1. La questione dell'identità europea ha assunto un rilievo crescente negli ultimi anni, in coincidenza con l'evoluzione istituzionale e politica comunitaria. La natura giuridica e istituzionale dell'Unione europea forma attualmente l'oggetto di accese discussioni. Una delle teorie sostenute dalla dottrina è che essa abbia tuttora le caratteristiche di un'organizzazione internazionale finalizzata essenzialmente alla creazione e alla corretta disciplina di un libero mercato tra stati sovrani. In questa prospettiva, che chi scrive ritiene non fondata, una definizione dell'identità europea nella sfera dell'ordine giuridico sarebbe evidentemente superflua. Un'altra teoria tra le più accreditate è che l'Unione presenti invece molti dei caratteri propri di uno stato federale in via di formazione, dal momento che il perseguimento delle sue finalità economiche e politiche sono affidate ad un complesso di istituzioni (Parlamento europeo, Consiglio, Commissione, Corte di giustizia) che presentano molti elementi propri della statualità.

Se così fosse, un primo aspetto vorremmo sottolineare: non consta che in passato il processo di formazione di nuovi stati abbia di norma comportato la preventiva o concomitante ricerca di un criterio di identità. La fondazione di un nuovo stato fu spesso il risultato di una conquista militare e di una guerra vittoriosa (così avvenne ad esempio per i regni germanici altomedievali, così per l'Inghilterra e la Sicilia normanne, così in infiniti altri casi dall'età

(*) Queste pagine sono dedicate ad Erik Jayme e figureranno anche negli Scritti in suo onore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antica all'età contemporanea). Altrettanto spesso il consolidamento di uno stato derivò dalla politica di potenza e dalle vicende dinastiche (così avvenne in Francia dal medioevo all'età moderna, mediante la successiva aggregazione alla corona di principati o stati confinanti).

In taluni casi l'identità di uno stato emerse dalle rivendicazioni di libertà economica o politica rispetto allo stato egemone (si pensi alle Provincie Unite delle Fiandre nei confronti della Spagna o alle Colonie americane alla vigilia della guerra di indipendenza nei confronti dell'Inghilterra). In altri casi l'identità nazionale venne invece data per presupposta — e preesistente alla fondazione dello stato — da quelle correnti di cultura che miravano a far coincidere l'identità linguistica e culturale con la nazione e la nazione con lo stato (così per l'Italia e per la Germania dell'Ottocento).

2. Negli stati europei di più antica formazione l'identità nazionale nella sua accezione "moderna" venne dunque di norma costruita a posteriori, come risultante del nuovo ordine giuridico imposto dalla potenza egemone alle terre, alle regioni, alle etnie e alle popolazioni conquistate o comunque in essa progressivamente incorporate. Tuttavia sarebbe del tutto antistorico ricondurre all'antico regime la genesi di una tale identificazione tra stato e nazione. Per creare un'unione effettiva — giuridica, culturale, linguistica — dei territori via via annessi alla corona di Francia si richiesero secoli di sforzi da parte della monarchia. Ma per secoli la nazione non coincise né con la patria né con lo stato: in Italia la "patria" indicava la città d'origine, la "nazione" la regione storica, mentre lo stato poteva non coincidere né con l'una né con l'altra; in Francia ancora alla fine del Settecento i Bretoni, i Provenzali, i Piccardi e così via costituivano altrettante "nazioni" all'interno del regno.

Solo a partire dalla rivoluzione francese stato e nazione vennero identificandosi, attraverso un processo che raggiunse l'acme nel secondo Ottocento e nel Novecento. In occasione della prima guerra mondiale il ricorso alla guerra di trincea che comportava la morte di migliaia di uomini per la conquista (o per la perdita) anche solo di pochi ettari di terra venne giustificato in nome dell'ideologia dello stato-nazione, trasformato ormai in un concetto politico apicale e caricato di simboli esplicitamente sacrali: si dichiarò "sacra" ogni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zolla del suolo della "patria". La patria divenne allora l'equivalente dello stato-nazione. E la nazione divenne una "patria" esclusiva e totalizzante, la sola identità in nome della quale si poteva chiedere (anzi imporre) il sacrificio della vita mercé la coscrizione obbligatoria. Prima d'allora, per secoli, la morte in battaglia costituiva più semplicemente il rischio professionale di chi aveva scelto il mestiere delle armi. E il passaggio di intere regioni e popolazioni da uno stato ad un altro, dal dominio di una corona a quello di un'altra corona — per l'Italia si pensi alla Lombardia o alla Sardegna del primo Settecento, dopo Utrecht e Rastadt — non sembrava creare traumi particolari.

Altra cosa, naturalmente, era il rischio della perdita della libertà di una "città-stato" o di un'etnia sotto la minaccia di conquista da parte di una potenza vicina: un rischio rispetto al quale già nel mondo antico e poi di nuovo nel medioevo e nell'età moderna non solo gli uomini in armi ma anche popoli interi si dimostrarono disposti ad affrontare la morte.

3. Esiste un'identità europea nella sfera dell'ordine giuridico? La questione può porsi con riferimento a due dimensioni distinte, ciascuna delle quali si scinde a sua volta in due rami. Da un lato ci si può chiedere, in chiave storica, se il diritto e le istituzioni che hanno visto la luce e si sono succedute nei diversi stati d'Europa nel corso dei secoli dal primo medioevo sino all'età contemporanea abbiano una loro unità o addirittura una loro specificità rispetto al diritto e alle istituzioni proprie delle altre civiltà della storia. D'altro lato si tratta di valutare se le istituzioni che dapprima la Comunità e poi l'Unione europea si sono date nella seconda metà del Novecento presentino una fisionomia particolare nel panorama internazionale e se esse debbano mantenere questi eventuali caratteri distintivi nel processo di riforma oggi in atto ad opera della Convenzione.

La risposta è a nostro avviso affermativa per ciascuna di tali questioni.

4. In altra sede chi scrive ha tentato di tracciare alcune linee di prospettiva storico-giuridica con lo scopo di mostrare come la storia del diritto dei diversi ordinamenti territoriali dell'Europa medievale e moderna sia talmente interconnessa da formare in effetti un'unica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia. Consuetudini, leggi, dottrine, uomini e libri hanno costantemente viaggiato scavalcando le frontiere politiche: dall'età tardo antica all'alto medioevo germanico, dalle istituzioni feudali alle consuetudini rurali, dalla svolta della nuova scienza giuridica al diritto canonico classico, dalle istituzioni pubbliche dei comuni a quelle degli stati moderni in via di formazione, dalle correnti del moderno pensiero umanistico e giusnaturalistico sino alle riforme dell'illuminismo, dalle codificazioni ottocentesche alle dottrine della scuola dell'esegesi, dalla scuola storica alla pandettistica, sino agli indirizzi di pensiero dell'età contemporanea.

Anche il sistema di common law inglese, pur così diverso e così originale, ha in diverse sue fasi ricevuto apporti fondamentali dal continente ed ha a sua volta influenzato, nel tardo Settecento e soprattutto nell'Ottocento, l'evoluzione legislativa continentale. Il diritto processuale penale, il diritto commerciale e marittimo, il diritto del lavoro sono alcuni dei settori in cui tali influssi biunivoci si sono manifestati. Per tacere dell'influsso profondo esercitato dal costituzionalismo britannico sulla genesi del moderno costituzionalismo europeo.

5. Sulla base dei quattro grandi lasciti culturali del mondo antico — i profili filosofici del pensiero greco, i profili giuridici della civiltà romana, i profili religiosi della civiltà ebraica e del cristianesimo — ci limitiamo ad enumerare alcuni istituti che hanno avuto diffusione transnazionale e possono dirsi propri della storia della civiltà europea nella sfera del diritto. Alcuni sono stati creati e poi sono scomparsi nel corso dell'età medievale e moderna, altri sono tuttora ben vivi: ormai non solo in Europa ma su scala più vasta, sovente addirittura su scala planetaria.

Citiamone semplicemente alcuni, tratti sia dall'àmbito pubblicistico che da quello privatistico. Il principio fondamentale della distinzione, sul terreno del diritto, tra la sfera temporale e la sfera spirituale, tipico dell'occidente cristiano a partire già dalla fine del mondo antico. Il sistema delle istituzioni feudali, pur caratterizzato dalle differenze tra le regioni europee che la moderna storiografia ha posto in evidenza. La signoria fondiaria con l'esercizio dei poteri economici, fiscali e giurisdizionali concessi o comunque acquisiti, legati al controllo della terra e degli uomini che vi vivevano. L'or-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ganizzazione delle istituzioni comunali cittadine e rurali nel loro variegato assetto di autonomia politica e giuridica. Le corporazioni di mestiere e le molteplici funzioni economiche, sociali, legislative e giurisdizionali da esse esercitate. La scienza giuridica e il metodo di matrice bolognese, fondato sui testi romani, interpretati e applicati col supporto di nuovi strumenti concettuali. Il diritto della Chiesa e il suo complesso sistema di regole e di istituzioni. La dottrina e la disciplina delle persone giuridiche. L'università come fucina, ad un tempo, di ricerca scientifica e di formazione superiore. Il notariato e il pieno valore probatorio attribuito all'atto pubblico. Le teorie relative alle procedure di decisione proprie degli organi collegiali, anzitutto il principio maggioritario. Lo stato moderno e il suo complesso apparato di istituzioni e di regole per l'esercizio del potere e per il controllo del territorio, in alternativa o in sostituzione rispetto alle istituzioni concorrenti e non statuali. La disciplina giuridica e istituzionale del patriziato di antico regime nei suoi risvolti privatistici e pubblicistici. Il sistema penale del diritto comune, fondato sulle prove legali. La costruzione dei sistemi di diritto naturale. Le dottrine giuridiche dell'illuminismo e le riforme settecentesche sul sistema delle pene, sulla separazione dei poteri, sul governo della famiglia, sulle libertà economiche. Le regole sulle società commerciali a responsabilità limitata e per azioni. La dottrina costituzionale dei diritti dell'uomo e del cittadino, con l'enunciazione delle libertà individuali e collettive, versione secolarizzata dalla fondamentale nozione cristiana della dignità della persona umana: di ogni persona.

Il principio di legalità dei reati e delle pene. Le codificazioni del diritto privato, penale e processuale. Le garanzie di imparzialità e di terzietà dei giudici e le nuove regole del processo civile e penale ad esse ispirate. Le garanzie costituzionali delle moderne democrazie fondate sulla sovranità popolare. Il controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie. La tutela giurisdizionale dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Il diritto del lavoro.

L'elenco potrebbe continuare. È appena il caso di sottolineare che ciascuno di questi complessi di regole e di istituzioni è nato in luoghi specifici, per opera di singoli individui e in circostanze precise, spesso senza la piena consapevolezza delle sue implicazioni pratiche e ideali, né delle difficoltà connesse alla sua affermazione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

né della sua durata nel tempo. Anche i modi della realizzazione — parziale o compiutamente attuata, improvvisa o protratta nel tempo, coerente o contraddittoria rispetto al contesto storico — sono stati infinitamente vari nelle diverse realtà politiche, economiche, sociali, culturali d'Europa: nel tempo e nello spazio.

6. L'ordine giuridico che è proprio dell'Unione europea di oggi elude le categorie consuete della dottrina giuridica. Nato e sviluppato sino al presente nella forma collaudata del trattato di diritto internazionale, tale ordine presenta indubbiamente molti dei caratteri che sono propri degli accordi tra stati sovrani. Ogni modifica dei trattati deve essere sancita unanimemente da tutti i governi dell'Unione e deve essere ratificata da ciascuno stato nelle forme previste dalle rispettive costituzioni per i trattati internazionali. Anche all'interno delle competenze attribuite dai trattati all'Unione, le decisioni più rilevanti richiedono l'assenso unanime dei governi che compongono il Consiglio. Nei settori della politica estera e della sicurezza, degli affari interni e della giustizia, inseriti tra le competenze dell'Unione a partire dal 1992, ogni decisione effettiva è riservata al Consiglio, cioè ai governi nazionali, e richiede inoltre l'unanimità.

Tuttavia nel tempo, in particolare negli ultimi anni, alla prospettiva internazionalistica con la quale a lungo si sono analizzate le regole e le istituzioni comunitarie si è venuta affiancando la prospettiva costituzionalistica. L'Unione è stata progressivamente percepita dalla dottrina sotto il profilo costituzionale, nel senso che le istituzioni di cui essa è composta sono state valutate con il metro adottato per valutare le istituzioni politiche di stampo statuale.

Sotto questo profilo le quattro principali istituzioni dell'Unione — chiaramente delineate già nel 1951 con il Trattato della Comunità del carbone e dell'acciaio e mantenute sino al presente, pur con le non esigue trasformazioni istituzionali decise nel 1957, nel 1974, nel 1986, nel 1992, nel 1997 e nel 2000 — possiedono alcune caratteristiche comuni alle istituzioni politiche delle esistenti federazioni di stati ed altre che invece ne differiscono e sono peculiari dell'Unione europea.

7. Il quadro istituzionale dell'Unione è ben noto. Il Consiglio dei ministri ha poteri legislativi e poteri esecutivi insieme. I primi esercitati in comune con il Parlamento europeo mediante la proce-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dura di codecisione introdotta nel 1992 e con le altre varie procedure previste dai trattati, che però di norma non operano quando la decisione del Consiglio richiede l'unanimità, richiesta in molte tra le materie di maggior rilievo. Dalla metà degli anni Settanta le decisioni più importanti e quelle di impulso politico per l'Unione sono assunte dal Consiglio europeo composto dai capi di stato e di governo. Il Parlamento europeo ha ereditato le competenze della primitiva Assemblea composta di parlamentari nazionali ed è, dal 1979, eletto a suffragio universale ogni cinque anni dai cittadini di tutti gli stati membri dell'Unione, sicché possiede nei confronti dell'Unione il medesimo grado di legittimazione democratica che è proprio dei parlamenti nazionali rispetto agli stati nazionali. Dal 1992 il Parlamento europeo vota la nomina del presidente della Commissione proposta dal Consiglio europeo (dal 2000 anche a maggioranza qualificata) nonché quella dei commissari scelti dal presidente stesso d'intesa con il Consiglio. La Commissione ha l'esclusiva dell'iniziativa legislativa comunitaria, esercita funzioni di controllo sull'attuazione dei trattati e ha vasti poteri esecutivi quanto al primo pilastro, concernente l'unione economica, la concorrenza, il mercato unico, la politica commerciale internazionale dell'Unione e le altre attribuzioni connesse, inclusa la disciplina di bilancio degli stati membri adottata con il patto di stabilità che pure fa capo principalmente ai governi e al Consiglio. La Commissione dispone di una non certo pletorica burocrazia comunitaria, accentrata a Bruxelles. La Corte di giustizia dirime (dal 1997 con il Tribunale di primo grado) le controversie tra singoli, stati membri e Comunità europea nelle materie di competenza di quest'ultima. La sua giurisprudenza, come pure il diritto comunitario dei trattati, ha immediata e diretta applicazione all'interno degli ordinamenti nazionali.

Da questa pur sommaria elencazione delle funzioni appare già chiaro come là dove la procedura richiesta dai trattati esige l'intervento del solo Consiglio deliberante alla unanimità non si possa ritenere operante se non una forma di cooperazione tra stati sovrani, che non raggiunge neppure l'assetto istituzionale di una confederazione. E questo vale oggi per settori cruciali del mercato unico e dell'unione economica che costituiscono il primo pilastro, dall'armonizzazione fiscale alla sicurezza sociale alle politiche di coesione. E vale per la massima parte delle politiche e delle azioni relative alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica estera, alla sicurezza, alla difesa, alla giustizia e all'immigrazione, cioè per il secondo e per il terzo pilastro.

Dove si può decidere a maggioranza l'unione certamente esiste. Ma quando le opzioni di natura legislativa o le decisioni di governo politicamente rilevanti non richiedono l'intervento del Parlamento eletto, ciò che ne risulta è un'unione priva del requisito costituzionale che è alla base delle moderne democrazie, l'ancoraggio alla sovranità popolare. Se è vero che in ciascuna di esse il ruolo del parlamento è assai differenziato in politica economica, in materia fiscale, in politica estera o in tema di operazioni militari, non è meno vero che in tutti questi settori nessun governo democratico può esimersi dal controllo parlamentare.

Nei campi in cui esse operano congiuntamente, le tre istituzioni — Consiglio, Parlamento, Commissione — formano un insieme istituzionale assimilabile a quello di una federazione, con il governo costituito dalla Commissione e con il bicameralismo che rappresenta da una parte gli stati, dall'altra la sovranità popolare. Il Consiglio costituisce in effetti, dove vi è la possibilità di decisione a maggioranza, non un semplice luogo d'incontro tra ministri nazionali bensì un collegio, cioè un organo dell'Unione, rappresentativo degli stati membri come avviene in ogni struttura politica di stampo federale. E la Corte di giustizia chiude il classico triangolo montesquiviano, che nonostante gli sforzi meritorii di una parte della dottrina e nonostante le trasformazioni profonde dell'ultimo mezzo secolo ancora non è stato sostituito da un modello di pari efficacia descrittiva e normativa. Se a ciò si aggiunge la Banca centrale europea, alla quale spetta la piena sovranità monetaria all'interno del gruppo di dodici stati membri che hanno adottato la moneta unica (Eurogruppo), quanto meno rispetto a questi ultimi si ha l'immagine di una federazione in fieri.

8. Quali tessere ancora manchino al raggiungimento di un compiuto assetto federale dell'Unione europea non è difficile vedere. Occorre che nei settori residuali del primo pilastro in cui opera tuttora l'assetto interstatuale ed intergovernativo questo venga sostituito con la procedura maggioritaria che sola consente la formazione di una volontà comune. Occorre la piena legittimazione del parlamento europeo (in codecisione con il Consiglio) nella funzione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislativa primaria e nella nomina della Commissione e delle altre autorità dell'Unione. Occorre l'attribuzione allo stesso parlamento europeo della piena potestà di bilancio (funzione originaria e ineliminabile di ogni parlamento eletto) con l'affermazione del principio delle risorse proprie dell'Unione.

Occorre poi che la politica estera e la difesa siano riconosciute quali competenze concorrenti dell'Unione rispetto agli stati membri, con le ineludibili conseguenze costituzionali che ne derivano quanto alle risorse necessarie e quanto alle procedure (deliberazioni a maggioranza qualificata del Consiglio europeo, ruolo di controllo del Parlamento europeo sia per le spese che per le decisioni essenziali). Quanto alla presidenza dell'Unione, è singolare che mentre si va rafforzando la richiesta di dare una sola voce all'Europa, vi sia chi propone a questo fine la nomina di un presidente del Consiglio europeo non più a rotazione, ma istituzionalmente distinto dal presidente della Commissione. La diarchia istituzionale del governo dell'Unione e dei connessi poteri — che pure in taluni ordinamenti esiste: si pensi anzitutto alla Francia, ma anche all'Italia che attribuisce al presidente della repubblica e non al presidente del consiglio la guida delle forze armate e la presidenza dell'organo di governo della magistratura — diverrebbe, se non inevitabile, quanto meno probabile e dunque rischiosa ai fini dell'auspicata unità di indirizzo dell'Unione europea.

Il coinvolgimento del Parlamento e della Commissione va attuato, pur se in forme in parte diverse, anche per le normative e per le azioni comuni in tema di giustizia, di immigrazione dai paesi terzi e di polizia, cioè per il terzo pilastro, che costituisce materia tipica di competenza concorrente con gli stati. Anche la rappresentanza esterna dell'Unione nei fori internazionali (a cominciare dall'Onu e dal Fondo Monetario) dovrebbe evidentemente essere unitaria come già lo è per la politica commerciale. Inoltre: la Carta dei diritti va integrata nel trattato costituzionale. E ancora: il metodo di votazione entro il Consiglio dovrebbe basarsi sulla regola della doppia maggioranza degli stati e della popolazione europea, la sola regola coerente con la doppia legittimazione dell'Unione, fondata ad un tempo sulla sovranità popolare e sugli stati nazionali.

Infine: l'entrata in vigore del trattato costituzionale dovrebbe essere legata al raggiungimento di una soglia di ratifiche pari a una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maggioranza superqualificata di stati membri e di popolazione su scala europea, con validità nei soli confronti di chi l'abbia ratificato. Nessuno potrebbe obbligare uno stato membro a procedere sulla via dell'unione, ma nessuno stato o governo dovrebbe poter impedire agli altri di farlo.

9. Se questi elementi venissero inseriti nel trattato costituzionale che la Convenzione sta predisponendo potremmo ritenere raggiunta la fase di stabilità istituzionale e costituzionale dell'Unione europea. Essa presenterebbe in tal modo alcuni caratteri distintivi rispetto alle altre federazioni politiche oggi esistenti, tali da raffigurare un'identità costituzionale originale. Il che non può sorprendere, dal momento che mai prima d'ora si era giunti alla formazione di una libera e consensuale federazione di preesistenti stati nazionali.

I principali aspetti peculiari di tale costituzione sono così riassumibili. Poche competenze esclusive dell'Unione: concorrenza, politica commerciale, moneta. Competenze concorrenti: politica economica e settori connessi, politica estera, difesa, giustizia, immigrazione. Gestione delle competenze concorrenti mediante un capillare ricorso al principio di sussidiarietà monitorato *ex ante* dai governi e dai parlamenti nazionali, *ex post* dalla Corte di giustizia. Legislazione europea come legislazione di principî, con largo ricorso alla potestà regolamentare della Commissione e al meccanismo delle direttive che lasciano spazio a modulazioni differenziate nei diversi stati membri. Limitazione della legislazione europea ai soli settori in cui lo esige il mercato unico o lo suggeriscono le esigenze dell'economia. Principio del mutuo riconoscimento normativo. Ricorso alle amministrazioni nazionali come terminali operativi della Commissione, senza la necessità di istituire organi esecutivi periferici. Così pure per le sedi diplomatiche, salvo alcune eccezioni. Procedura coinvolgente i parlamenti nazionali quando si deve decidere di fissare o di modificare il tetto delle risorse proprie dell'Unione, anche mediante trasferimenti di risorse (ad esempio in tema di difesa) dal bilancio nazionale a quello europeo, con conseguenti economie di scala a parità di carico fiscale per il cittadino. Apertura permanente agli stati europei che intendessero rimanere (almeno temporaneamente) fuori dalla rinnovata Unione. Predisposizione di accordi di associazione con gli stati extraeuropei che vogliano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entrare in rapporto stretto con l'Unione sul terreno dell'economia. Infine: riconoscimento del diritto alla pace come diritto degli individui e delle collettività, con la conseguente disponibilità a trasferire quote di sovranità all'Onu e alle altre organizzazioni planetarie, debitamente riformate, analogamente a quanto previsto nell'art. 11 della nostra Costituzione.

È da sottolineare che tutte queste innovazioni sono in linea diretta di continuità con quanto i trattati e la prassi comunitaria del mezzo secolo trascorso hanno prescritto e ormai realizzato. Nessuna rottura, nessuna deviazione, bensì prosecuzione rettilinea di un cammino da tempo intrapreso.

10. Ponendosi in una prospettiva storico-giuridica non si può non osservare che diversi profili del paesaggio istituzionale dell'Unione europea — quale è già oggi e ancor più quale potrebbe divenire domani — richiamano elementi non secondari di tradizioni che sembravano solo pochi anni orsono quanto meno inattuali, se non tramontate definitivamente. Ci riferiamo in particolare a tre profili, distinti anche se tra loro collegati.

Sussidiarietà. Il principio introdotto a Maastricht nel 1992 e perfezionato ad Amsterdam nel 1997 è lungi dall'aver ricevuto piena attuazione, ma ormai informa comunque l'intero sistema comunitario affidando al livello europeo, in tema di competenze concorrenti, solo le scelte e le azioni che al livello inferiore non potrebbero ottenere risultati soddisfacenti. Occorre rammentare che il diritto comune poneva al primo posto nella graduazione delle fonti proprio i diritti locali?

Pluralità dei livelli normativi. Il tendenziale monopolio normativo dello stato è ormai venuto meno. La maggioranza delle innovazioni legislative nazionali nel diritto dell'economia deriva non da oggi da direttive comunitarie. Al livello nazionale si è aggiunto il livello europeo e si è aggiunto il livello regionale negli stati che lo riconoscono. Anche qui si può rammentare il modello di una plurisecolare tradizione costituita dalla sovrapposte stratificazioni normative. E inoltre vi è ormai il fondamentale principio del mutuo riconoscimento normativo, che traspone all'interno di un ordinamento nazionale regole degli ordinamenti di altri stati membri dell'Unione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dottrina e consuetudine quali fonti del diritto. Una volta di più si coglie la crisi di un elemento non certo secondario del modello di origine illuministica: si torna a riconoscere il ruolo creativo della dottrina elaborata dai giuristi e il ruolo ineliminabile, a sua volta creativo e tutt'altro che statico, delle consuetudini, che sovente travalicano senza ostacoli i confini nazionali e perfino i confini continentali. Due fonti di produzione del diritto che per lunghi secoli erano state riconosciute come tali, prima del bisecolare trionfo della legislazione statale. La quale peraltro non scompare (ed è giusto che non scompaia), ma assume un ruolo sia orizzontalmente che verticalmente più circoscritto.

11. Sarebbe davvero dar prova di ingenuità il ritenere che gli obbiettivi costituzionali per l'Unione europea sopra accennati siano condivisi o condivisibili da tutti. Tra le obiezioni più frequenti, espresse da qualificati studiosi e riecheggiate da una parte considerevole delle classi politiche e dei governi nazionali, ci limitiamo a rammentarne alcune e a formulare sinteticamente un principio di risposta.

Una prima obiezione nasce dal timore che l'Unione possa assumere i caratteri di un "superstato" europeo. Ma qui occorre intendersi. Nel momento in cui la moneta, la spada e la toga già hanno acquistato o potranno acquistare una dimensione europea mediante l'attribuzione di competenze esclusive o concorrenti all'Unione, questa non potrà non essere inquadrata nelle categorie proprie della statualità. Anche se è chiarissimo che tali categorie sono a loro volta categorie storiche e perciò profondamente differenziate e differenziabili nel tempo e nello spazio. Possiamo anche non impiegare il termine "stato" a proposito dell'Unione. Tuttavia il problema di configurare correttamente *checks and balances* dell'Unione — in direzione verticale e in dimensione orizzontale — è un problema costituzionale di natura statuale.

D'altra parte le competenze dell'Unione e le dimensioni stesse del suo bilancio di oggi (pari all'1,27 del Pil complessivo) ed anche quelle di un possibile futuro bilancio inclusivo di una quota di spese militari (in tal caso il bilancio dell'Unione potrebbe essere circa doppio, dunque dell'ordine del 2,5 del Pil complessivo, ma con un'auspicabile connessa diminuzione degli oneri di bilancio nazio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nali) non sono certo di tale entità da configurare uno stato leviatano. Infine, va osservato che già oggi le decisioni essenziali in tema di politica della concorrenza ed anche quelle relativo all'equilibrio di bilancio dei singoli stati dell'unione sono assunte al livello europeo.

Una seconda obiezione muove dall'assunto che "un popolo europeo non esiste" né può esistere, perché incompatibile con la realtà e con l'identità dei singoli popoli nazionali. A questo riguardo occorre invece non dimenticare che il concetto di "popolo" è tra i più polivalenti della storia. La concezione monistica e totalitaria di "popolo" deve ritenersi ormai superata o da superare, al pari di quella monistica e totalitaria di "cittadinanza". Si può e si deve essere ad un tempo cittadini di una città, di una regione, di uno stato nazionale, di un'unione federale, del mondo. Sono livelli diversi, ma non incompatibili perché ancorati a interessi e a valori in parte comuni, in parte distinti e specifici di ciascun livello. È questo un ulteriore profilo per il quale l'esperienza storica del diritto comune offre interessantissimi spunti: si pensi alle teorizzazioni del concetto di *populus* da parte di giuristi del livello di Bartolo da Sassoferrato o di Baldo degli Ubaldi.

Esiste dunque, anche se tuttora in via di formazione, un "popolo europeo" che non contraddice affatto l'esistenza e la permanenza dei popoli nazionali (così come questi a loro volta non sostituiscono né sminuiscono le realtà tuttora vivissime — anche sul terreno del diritto vivente — delle identità regionali e addirittura cittadine): perché il popolo europeo si manifesta nei processi che coinvolgono l'Unione, le sue competenze, le sue istituzioni, i suoi interessi e i suoi valori. Tra i quali certamente figurano — accanto a quelli propri delle moderne democrazie di matrice europea: sovranità popolare, equilibrio dei poteri, diritti dell'uomo, libertà religiosa — la concorrenza, la solidarietà, la sussidiarietà, la pace istituzionalmente garantita. Quando questi valori sono in gioco, il *demos* europeo viene ad emergere e si manifesta se (e solo se) le istituzioni dell'Unione gliene danno la concreta possibilità, istituzionalmente garantita.

Altrettanto frequente è l'obiezione che "la sovranità è indivisibile" e appartiene agli stati nazionali. Anche questa nozione di sovranità non corrisponde alla realtà del presente né ai valori pur condivisi da molti se non da tutti, in particolare ai valori della sussidiarietà, della solidarietà e dei diritti dell'uomo. Gli stati euro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pei da tempo non sono più veramente sovrani se non di nome. L'ideologia dello stato "superiorem non recognoscens" è una creazione della storia risalente addirittura al secolo XIII, che però solo nell'età contemporanea (nel Novecento) ha raggiunto i confini di un'ideologia totalizzante, come si è già ricordato. Ma la sovranità formale, che è prerogativa di ciascuno dei quasi duecento componenti dell'Assemblea delle Nazioni Unite, non corrisponde affatto alla nozione sostanziale di sovranità.

Se sovranità significa non già l'astratta facoltà di non riconoscere alcuna autorità politica superiore ma il concreto potere di determinare il destino del popolo e dello stato — la pace e la guerra, la giustizia e le sanzioni, la moneta e l'economia — oggi questi poteri sfuggono ai singoli governi europei. Chi decide sono altri, eccetto che per le competenze economiche e monetarie trasferite dagli stati all'Unione, ove in effetti le posizioni europee hanno riacquistato un peso planetario. Un'Unione compiutamente strutturata in senso federale, lungi dal sottrarre quote di sovranità fittizia agli stati, consentirebbe semmai di recuperarla.

Sul piano dottrinale la sovranità va concepita come un'attribuzione che in ultima istanza fa capo al singolo individuo, il quale la esercita liberamente e collegialmente nelle diverse formazioni e ai diversi livelli in cui si articolano le istituzioni politiche: dal municipio alla regione, dallo stato nazionale all'Europa, sino al livello planetario, oggi (imperfettamente) rappresentato delle Nazioni unite. Sovrano non è né lo stato nazionale né alcuna altra istituzione politica sovra o infranazionale bensì soltanto il cittadino: attraverso il meccanismo complesso delle istituzioni della democrazia rappresentativa, ma anche attraverso i mercati, la democrazia diretta, la libera espressione degli interessi e dei valori (di qui l'importanza di una nuova disciplina di rilevanza costituzionale per i sondaggi e per i mezzi di comunicazione di massa che inevitabilmente condizionano una quota non irrilevante del consenso nelle moderne comunità). È un meccanismo a più livelli verticali e a più comparti orizzontali, nessuno dei quali, da solo, può ritenersi detentore della sovranità: solo la loro somma può essere considerata titolare di una sovranità che è comunque loro delegata direttamente o indirettamente dai cittadini. Un meccanismo per il quale una nuova teorizzazione in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termini di strutture costituzionali costituisce un compito arduo ma fondamentale della dottrina giuridica del secolo da poco iniziato.

12. Qualora i principî di cui si è detto sopra e i connessi mutamenti istituzionali dell'Unione europea fossero riconosciuti dalla Convenzione e accettati dai governi in occasione della conferenza intergovernativa che seguirà, l'Unione non solo raggiungerebbe lo stadio della stabilità e della irreversibilità, ma costituirebbe un modello di federazione continentale di straordinaria valenza perché davvero nuovo sia in prospettiva storica che nel panorama internazionale. Qui risiederebbe l'identità europea sul terreno cruciale dell'ordine giuridico.

Quante probabilità vi siano che le linee sopra indicate giungano a realizzarsi è impossibile prevedere. Ed è anche vano. La storia è sempre matrice di innovazioni impreviste. Anche la vera natura e l'identità costituzionale della Comunità e poi dell'Unione europea erano sfuggite alla massima parte degli osservatori. Sicché le conclusioni stesse della Convenzione (che costituisce già di per sé un fatto senza precedenti nell'iter della costruzione europea) potranno essere valutate solo a distanza di tempo. La storia costituzionale recente e remota conosce d'altronde anche involuzioni e crisi non reversibili, così da rendere tutt'altro che inverosimile, in luogo di un esito "alto" e coerente con il percorso sin qui compiuto, un esito al ribasso dei lavori della Convenzione e del processo di allargamento, che segnerebbe l'inizio del declino dell'Unione, in linea con la prospettiva auspicata da alcuni governi, che lavorano per la sua trasformazione riduttiva in una semplice zona di libero scambio.

In tal caso l'Unione entrerà nei libri di storia costituzionale come uno dei non pochi tentativi falliti — forse il più ambizioso, forse il più avanzato — di incanalare le vere o presunte sovranità degli stati lungo il cammino segnato ormai da secoli dalla ragione umana.

Nota bibliografica.

Ci limitiamo a poche indicazioni di testi che approfondiscono alcune delle tematiche sopra accennate sulla costituzione europea, in direzioni spesso diverse rispetto a quelle espresse in queste pagine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione (Milano, 4-5 dicembre 1992), Padova 1995; M. LEONARD, *Network Europe, The new Case for Europe*, London 1999; S. HIX, *The Political System of the European Union*, Houndmills GB, 1999; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna 2000; M. LEONARD (ed.), *The Future Shape of Europe*, London 2000; L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, London 2000; PH. C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, Bologna 2000; J.-L. QUERMONNE, *L'Europe en quête de légitimité*, Paris 2001; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002; C. PINELLI, *Il momento della scrittura, Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna 2002; *Institutional Reforms in the European Union*, EuropEos, Rome 2002.

L'impostazione di chi scrive riguardo ad una storia del diritto europeo è delineata in *Verso una storia del diritto europeo*, in "Studi di storia del diritto", III (2001), pp. 1-26; per le tesi qui esposte sulle istituzioni comunitarie e la loro riforma, si vedano in particolare: A. PADOA SCHIOPPA, *Il Trattato sull'Unione europea*, in "Il Mulino", 41 (1992), pp. 59-72; Id., *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in "Il Foro italiano" 121 (1996), V, 14-20; anche in *I giuristi e l'Europa*, a cura di L. Moccia, Roma-Bari 1997, pp. 40-55; ID., *Le riforme costituzionali del Trattato di Amsterdam*, in "Il Federalista", 40 (1998), pp. 8-23; ID., *L'assetto istituzionale dell'Unione europea*, in "Il Mulino", 51 (2002), pp. 281-292.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DIMITRI D'ANDREA

OLTRE LA SOVRANITÀ. LO SPAZIO POLITICO EUROPEO TRA POST-MODERNITÀ E NUOVO MEDIOEVO

1. Crisi della sovranità o crisi dello Stato-nazione? — 2. Un mondo neo-medievale? — 3. La sovranità protomoderna. — 4. Sovranità: evoluzione e persistenza. — 5. Medioevo o Impero: quale metafora per l'età globale? — 6. Un'Europa neo-medievale?

1. *Crisi della sovranità o crisi dello Stato-nazione?*

Nel 1962, in piena Guerra fredda, un realista classico coniava l'espressione "New Medievalism" per indicare la direzione verso cui sembrava convergere una serie di trasformazioni della politica internazionale: la perdita di distinzione fra dimensione interna e arena internazionale, l'affermarsi di lealtà multiple e l'esistenza di livelli sovrapposti e confliggenti di potere/autorità (1). Si trattava di un'espressione esplicitamente metaforica e allusiva che mirava a segnalare una direzione di trasformazione, ma che subito lasciava il posto al riconoscimento della sua insostenibilità analitico-scientifica. Se il virgolettato segnalava la consapevolezza dell'uso improprio dell'espressione, il seguito dell'argomentazione evidenziava le resistenze che, malgrado la presa d'atto dei cambiamenti, si frapponevano al riconoscimento del suo nucleo di verità. Nonostante il venire in essere di relazioni politiche che trascendevano i confini nazionali, le relazioni interstatali — tra attori sovrani — continuavano ad occupare il centro della scena. I pur drastici cambiamenti verificatisi non sembravano portare al superamento della politica di potenza interstatale tipica dell'epoca moderna (2).

(1) Cfr. A. Wolfers, *Discord and Collaboration: Essays on International Politics*, John Hopkins University Press, Baltimore 1962, pp. 241-2.

(2) Ivi, p. 242.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sarà soltanto una quindicina di anni più tardi che Hedley Bull si impegnerà in una definizione meno approssimativa della nozione e in una discussione serrata della plausibilità del suo impiego che segneranno l'ingresso di questo concetto nel panorama della filosofia politica e delle Relazioni internazionali (3). La definizione di Bull contiene gli elementi chiave che orienteranno tutta la discussione successiva: il riferimento alla cristianità medievale e al Sacro romano impero come esempi di una articolazione del potere politico che sfugge all'esclusività tipica della sovranità. "It is [...] conceivable that sovereign states might disappear and be replaced not by a world government but by a modern and secular equivalent of the kind of universal political organisation that existed in western Christendom in the Middle Ages. In that system no ruler or state was sovereign in the sense of being supreme over a given territory and a given segment of the Christian population; each had to share authority with vassals beneath, and with the Pope and (in Germany and in Italy) the Holy Roman Empire above. The universal political order of Western Christendom represents an alternative to the system of states which does not yet embody universal government. [...] It is familiar that sovereign states today share the stage of world politics with 'other actors' just as in medieval times the state had to share the stage with 'other associations' (to use the 'medievalists' phrase). If modern states were to come to share their authority over their citizens, and their ability to command their loyalties, on the one hand with regional and world authorities, and on the other hand with sub-state or sub-national authorities, to such an extent that *the concept of sovereignty ceased to be applicable*, then a neo medieval form of universal political order might be said to have emerged" (4).

La plausibilità di uno scenario neo-medievale appare legata al prodursi di un sistema con una pluralità di autorità politiche legittime che esclude la possibilità di definire una di esse l'autorità suprema su di un dato territorio. Che cosa significhi 'concretamente' in termini di modalità di organizzazione del potere politico un sistema di autorità legittime sovrapposte e di lealtà multiple Bull lo chiarisce subito dopo con un esempio: "We might imagine, for

(3) H. BULL, *The Anarchical Society*, Palgrave, Basingstoke 1977, pp. 248-271.
(4) Ivi, p. 245-6 (corsivo mio).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

example, that the government of the United Kingdom had to share its authority on the one hand with authorities in Scotland, Wales, Wessex and elsewhere, and on the other hand with European authority in Brussels and world authority in New York and Geneva, to such an extent that the notion of its supremacy over the territory and people of the United Kingdom had no force" (5). La conclusione è che "if such a state of affairs prevailed all over the globe, this is what we may call, for want of a better term, a neo-medieval order" (6). L'insistere sopra un determinato territorio di una pluralità di autorità legittime magari differenziate funzionalmente ma comunque tra loro non gerarchicamente ordinate configurerebbe uno scenario neo-medievale. La legittimità del concetto di nuovo medioevo si gioca per Bull sulla verosimiglianza di uno scenario planetario caratterizzato da un sistema di autorità sovrapposte e di lealtà multiple (obblighi nei confronti di autorità regionali e mondiali, ma anche nei confronti di autorità sub-nazionali) che mette in discussione la capacità esplicativa del concetto di sovranità. La vera posta in gioco è costituita, infatti, dalla nozione di sovranità: *New Medievalism* indica la diffusione e la generalizzazione di forme politiche post-sovrane, di tipi di potere politico legittimo ai quali la categoria di sovranità non è più applicabile, perché non possiedono più la titolarità esclusiva del comando e dell'obbligo politico.

Dopo aver per la prima volta definito in modo non puramente metaforico il concetto, Bull si impegna anche a verificarne l'efficacia descrittiva, a verificare, cioè, se i processi politici, le metamorfosi delle forme politiche contemporanee legittimino o meno il ricorso a questo concetto. Quali sono i fenomeni politici che possono fornire argomenti alla tesi di una direzionalità neo-medievale nella politica contemporanea? Quali sono le novità della politica contemporanea che possono essere portate a sostegno di una trasformazione delle forme politiche nel senso della diffusione di un sistema di autorità sovrapposte e segmentate (7)?

Bull si sofferma su cinque fenomeni: l'integrazione regionale fra gli Stati, la disintegrazione degli Stati-nazione in nuovi corpi politici

(5) Ivi, p. 246.
(6) *Ibidem*.
(7) Ivi, p. 254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sub-nazionali, il risorgere della violenza privata internazionale, lo sviluppo di organizzazioni transnazionali, l'unificazione tecnologica del mondo (8). Nel primo e nel secondo caso vengono discussi come fenomeni a sostegno dell'ipotesi neo-medievalista i processi — aggregativi e scompositivi — di ridefinizione dei territori che già alla fine degli anni Settanta investivano in particolare l'Europa: da un lato l'integrazione europea (CEE), dall'altro le spinte disintegrative che nella seconda metà degli anni Settanta investivano oltre alla Jugoslavia anche diversi paesi occidentali — dal Canada alla Spagna, dalla Gran Bretagna al Belgio. Ciò che emerge con forza e chiarezza dal ragionamento di Bull è la divaricazione fra il destino dello Stato-nazione e quello della sovranità. La crisi dello Stato-nazione — indubitabile ed evidente — in entrambi i fenomeni di ridefinizione dello spazio politico è cosa profondamente diversa dalla crisi della sovranità. La sovranità è una modalità di organizzazione dello spazio politico che prescinde dalle sue dimensioni, dalla sua ampiezza. La crisi dello Stato-nazione è, invece, crisi di un determinato ambito, della dimensione prevalentemente nazionale dei corpi politici. In altri termini: è la crisi della nazione come dimensione dell'attore politico adeguata al governo dei processi economici, politici e sociali che condizionano il benessere dei cittadini. La crisi dello Stato-nazione non implica nulla in merito alla sovranità perché la questione delle dimensioni dello spazio non decide della sua forma, della sua qualità. Ridimensionamento o integrazione dei corpi politici possono avvenire senza intaccare minimamente la loro qualità: dalla scomposizione dei territori possono nascere soggetti politici sovrani a carattere sub-nazionale, così come processi integrativi possono portare a soggetti sovrani di dimensioni sovranazionali.

La possibilità che i processi di ridefinizione spaziale degli attori politici vengano chiamati a sostegno di un'ipotesi neo-medievalista è legata perciò non al mutare delle loro dimensioni, ma al fatto che da tale ridefinizione spaziale emergano soggettività politiche ibride,

(8) Per una accurata ricostruzione della argomentazione di BULL, cfr. A. GAMBLE, *Regional Blocs, World Order and the New Medievalism*, in M. TELÒ (ed.), *European Union and New Regionalism*, Ashgate, Aldershot 2001, pp. 30-1 e J. FRIEDRICHS, *The Meaning of New Medievalism*, in "European Journal of International Relations", n. 4, VII (2001), pp. 483-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incompiute, incompletamente sovrane: "As in the case of the integration of states, the disintegration of states would be theoretically important only if it were to remain transfixed in an intermediate state. If these new units were to advance far enough towards sovereign statehood both in terms of accepted doctrine and in terms of their command of force and human loyalties, to cast doubt upon the sovereignty of existing states, and yet at the same time were to stop short of claiming that same sovereignty for themselves, the situation might arise in which the institution of sovereignty itself might go into decline" (9). I processi integrativi e disintegrativi che investono molti paesi occidentali testimoniano la crisi della dimensione nazionale dello Stato, ma non dicono di per sé ancora nulla sul destino della sovranità. La crisi della dimensione nazionale degli Stati potrebbe infatti approdare ad una riproposizione della sovranità come *modus essendi* di corpi politici le cui dimensioni possono essere sia più ridotte, sia più ampie di quelle delle nazioni moderne. Fin dal suo esordio la legittimità della metafora neo-medievalista rimanda alla crisi della sovranità nella sua differenza specifica dall'inadeguatezza dello spazio politico della statualità nazionale. La plausibilità di uno scenario neo-medievalista è legata per Bull al fissarsi delle nuove entità politiche che si profilano all'orizzonte nello spazio di una condizione ibrida irriducibile alla sovranità.

Che tale condizione ibrida sia il risultato dei processi scompositivi che investono anche alcuni Stati della vecchia Europa è per Bull possibile, ma poco probabile. Molto più probabile è che un'entità politica di tal genere costituisca l'approdo di un'esperienza integrativa come quella europea. Il paradigma neo-medievale scommette sulla permanenza del processo di integrazione europea in uno stadio intermedio fra lo Stato-nazione e una Europa super-Stato, gli Stati uniti d'Europa che sarebbero soltanto uno Stato "*writ large*" (10). La tesi del *New Medievalism* trova un sostegno nell'esperienza dell'integrazione europea soltanto se ipotizziamo che la natura ibrida dell'entità alla quale ha dato luogo non costituisce la forma preliminare di un'entità che riproporrà alla fine del processo i tratti di uno Stato anche se non più di carattere nazionale. Esiste,

(9) H. BULL, *The Anarchical Society*, cit., p. 257.
(10) Ivi, p. 256.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quindi, fin dal suo esordio propriamente concettuale un legame privilegiato fra integrazione europea (l'allora CEE) e la possibilità di diagnosi neo-medievalista (11).

La natura ibrida (12) dell'integrazione europea è, tuttavia, un argomento a sostegno del paradigma neo-medievale soltanto se si scommette sul suo carattere esemplare e anticipatore. Il nuovo medioevo è, infatti, per Bull la metafora di un superamento generalizzato della fisionomia vestfaliana dei corpi politici e delle loro relazioni su scala mondiale. In questa prospettiva l'Europa politica può essere un argomento soltanto se non viene letta e interpretata come fenomeno legato a condizioni storiche, politiche e culturali uniche, tipiche ed esclusive dell'Europa. Solo se si riesce ad argomentare il carattere esemplare e anticipatorio dell'Europa politica rispetto a processi di metamorfosi delle forme politiche contemporanee, l'integrazione in atto in Europa può essere utilizzata come argomento di un nuovo medioevo, di una fisionomia delle relazioni internazionali che testimonia il superamento della territorialità esclusiva degli Stati sovrani.

2. *Un mondo neo-medievale?*

Il terzo trend che Bull discute come argomento di un paradigma neo-medievale è l'erosione, l'incrinatura del monopolio statale della forza fisica legittima. Il fenomeno empirico a cui Bull fa specificamente riferimento non è costituito dall'esistenza di un'organizzazione internazionale che rivendica il diritto all'esercizio della forza su scala internazionale (ONU), ma dal proliferare di attori non statali e spesso neppure pubblici che non soltanto ricorrono alla violenza — nei confronti sia del loro avversario diretto (il governo del loro paese, quello di un paese straniero 'occupante', ecc.), sia di paesi o soggetti terzi —, ma che possono anche contare sul riconoscimento della legittimità della loro violenza da parte di una por-

(11) Sul carattere fortemente in anticipo sui tempi di questa osservazione di BULL cfr. A. GAMBLE, *Regional Blocs, World Order and the New Medievalism*, cit., p. 30.

(12) Bull è stato tra i primi ad impiegare questo aggettivo (*hybrid*) per indicare la natura *sui generis* dell'Europa politica. Cfr. H. BULL, *The Anarchical Society*, cit., pp. 256-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione significativa della società internazionale. Il riferimento empirico è ai numerosi gruppi rivoluzionari e terroristici (interni e internazionali: dai Palestinesi ai Tupamaros) che nella seconda metà degli anni Settanta operavano un po' in tutti i continenti e al riconoscimento di cui godevano da parte di molti paesi del blocco sovietico e del terzo mondo.

Si tratta di fenomeni tutt'altro che nuovi o senza precedenti. La vera novità di queste forme, solo in parte inedite, di lotta politica e di uso della forza sul piano interno e internazionale sta, tuttavia, nella loro scala ormai globale e nel riconoscimento di cui questi gruppi godono da parte di una larga fetta della società internazionale. Ciò che impedisce di trasformare questa novità in un argomento a sostegno della tesi neo-medievalista, in una prova del tendenziale superamento della sovranità statuale, e segnatamente del monopolio della forza fisica legittima che la definisce, è la constatazione del fatto che, come nel caso delle integrazioni e delle scomposizioni territoriali, l'obiettivo di questi gruppi è, in realtà, proprio l'edificazione di uno Stato territoriale sovrano nel senso più tradizionalmente moderno del termine. Si tratta, cioè, di forme nuove di lotta per un potere che queste forze tendono a concepire e edificare, laddove hanno successo, in modo sostanzialmente conforme ai dettami della modernità politica.

Il quarto fenomeno che Bull prende in considerazione come argomento per l'ipotesi neo-medievale è quello del vertiginoso incremento delle organizzazioni transnazionali, delle forme molteplici e variegate di attori politici economici e sociali che agiscono perforando i confini politici degli attori statuali: dalle aziende multinazionali alle organizzazioni internazionali non governative, dalla Chiesa Cattolica Romana alla Banca mondiale. Malgrado la pluralità dei tipi di attori transanazionali presi in esame, l'attenzione di Bull si concentra sulle imprese multinazionali e sul loro ruolo nell'economia mondiale. Le obiezioni di Bull alla significatività delle multinazionali per una ipotesi neo-medievalista si organizzano sostanzialmente intorno a due argomenti: il carattere tutt'altro che inedito del fenomeno di imprese che oltrepassano i confini degli Stati, e che ne condizionano la politica (l'esempio è quello della Compagnia delle Indie Orientali); e la perdurante capacità dello Stato di mettere sotto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

controllo l'attività delle multinazionali imponendo restrizioni, vincoli e condizioni al loro operare.

L'ultimo processo preso in considerazione da Bull come argomento per un'imminente epoca neo-medievale è costituito dall'unificazione tecnologica del mondo, dalla nascita del villaggio globale, dalla compressione dello spazio e dalla crescita esponenziale dell'interazione e dell'interdipendenza su scala planetaria. A questo argomento Bull replica con quello che diverrà un *topos* nella letteratura sulla globalizzazione: la semplice interdipendenza e la compressione spazio-temporale non implicano l'unificazione politica del globo e non contraddicono la perdurante attualità dei confini e la suddivisione del mondo in unità territoriali discrete.

La conclusione del ragionamento di Bull è all'insegna di un cauto scetticismo: "A time may come when the anomalies and irregularities are so glaring that an alternative theory, better able to take account of these realities, will come to dominate the field. If some of the trends towards a 'New Medievalism' that have been reviewed here were to go much further, such a situation might come about, but it would be going beyond the evidence to conclude that 'groups other than state' have made such inroads on the sovereignty of states that the states system is now giving way to this alternative" (13). Due sono i punti significativi: la questione della sovranità come elemento decisivo per la verifica dell'ipotesi neo-medievale e il carattere ancora limitato e iniziale dei processi che indicano un superamento della sovranità. La legittimità del *New Medievalism* è legata al declino, al superamento della categoria che definisce la modernità politica: la sovranità. In tanto si può parlare di nuovo medioevo, in quanto si prende atto della inadeguatezza descrittiva della sovranità di fronte ad una serie di trasformazioni della politica contemporanea. La risposta di Bull pone una questione di ampiezza e di profondità dei processi: esistono processi che indicano una direzione neo-medievale, ma l'entità di tali processi non autorizza a

(13) H. BULL, *The Anarchical Society*, cit., p. 275. Poco sotto si legge: "We have recognised, after all, that there are certain trends — particularly in relation to the possible emergence of a 'new medieval' form of universal order — which do make against the survival of the state system, and which, if they went a great deal further, might threaten its survival".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diagnosticare la fine del sistema degli Stati sovrani. Per giungere a questa conclusione occorrerebbe che i processi in atto si rafforzassero e si diffondessero ulteriormente, che acquisissero un'ampiezza e una profondità che ancora non possiedono, ma che è possibile — anche se tutt'altro che certo — che assumano in un non lontano futuro. In altri termini: la diagnosi neo-medievale è prematura anche se non mancano gli indizi di una trasformazione del sistema politico mondiale in tale direzione.

Fin qui l'analisi bulliana della efficacia descrittiva della categoria *New Medievalism*. Ma l'ipotesi neo-medievale suscita in Bull, accanto ad un pacato scetticismo analitico, riserve anche più profonde in merito alla sua desiderabilità. Si tratta di un punto decisivo anche per la discussione odierna sul neo-medievalismo: è tutt'altro che scontato che il superamento della sovranità come principio organizzatore del sistema degli Stati coincida con un incremento della pace e della sicurezza (14). Il medioevo della cristianità fu un epoca di conflittualità endemica e non esistono garanzie che una sua 'riproposizione' sfugga a quella che fu una delle sue caratteristiche salienti. Sebbene non inevitabile, esiste il rischio tutt'altro che residuale che il superamento della sovranità come principio cardine del sistema degli Stati si associ al ritorno di un sistema di lealtà multiple che renda nuovamente endemico il conflitto violento.

L'ipotesi neo-medievale si definisce con Bull come un paradigma interpretativo della politica mondiale che allude al tramonto della sovranità. La grande ampiezza semantica del *New Medievalism* nel dibattito scientifico degli ultimi venticinque anni è legata, dunque, non tanto al carattere metaforico e allusivo del concetto, quanto a due radici di ambiguità che hanno accompagnato la fortuna di questa metafora. Da una parte, la difficoltà di una definizione chiara e condivisa della categoria di sovranità. Lo stesso Bull, pur definendo un possibile assetto neo-medievale a partire dall'elemento —

(14) "The case for doubting whether the neo-medieval model is superior is that there is no assurance that it would prove more orderly than the states system, rather than less. It is conceivable that a universal society of this kind might be constructed that would provide a firm basis for the realisation of elementary goals of social life. But if it were anything like the precedent of Western Christendom, it would contain more ubiquitous and continuous violence and insecurity than does the modern states system" (H. BULL, *The Anarchical Society*, cit., p. 246). Cfr. anche ivi, p. 275.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a mio avviso decisivo — della dispersione delle funzioni del potere sovrano su una pluralità di territorialità non coincidenti, adduce nondimeno come argomenti a sostegno di questa ipotesi fenomeni che poco hanno a che fare con il prodursi di questo scenario, indicando semmai una crisi della sovranità declinata in direzione non della dispersione dell'autorità legittima, ma della perdita di autonomia e di effettività. Dall'altra, l'intreccio e la sovrapposizione fra la metafora del nuovo medioevo e quella dell'impero. L'impero, il Sacro romano impero è, come abbiamo visto, un elemento costitutivo e definitorio della metafora neo-medievale fin dalle origini, ma a partire soprattutto dall'89 e dal crollo del sistema bipolare ha finito per assumere una valenza profondamente ambigua, essendo sempre più spesso evocato per indicare proprio ciò che la metafora neo-medievale tendeva ad escludere: l'esistenza di un centro, di una gerarchia anche se dai contorni non sempre giuridicizzati. Questa doppia ambiguità ha consentito la presenza del concetto di *New Medievalism*, con significati diversi e spesso non coincidenti, sia nell'ambito della riflessione sull'assetto delle relazioni internazionali nel mondo post-bipolare, sia nell'ambito della riflessione sulla natura dell'Unione europea come principale esperienza di integrazione regionale.

Tentare di mettere ordine in questo dibattito impone, in primo luogo, di affrontare una riflessione sulla categoria di sovranità e di valutarne le trasformazioni storiche. Su questa base si tratterà, in un secondo momento, di distinguere la fine della sovranità come contenuto concettuale della metafora neo-medievale da contenuti concettuali diversi connessi, invece, a quella di impero per poi valutare quali siano i fenomeni politici del mondo contemporaneo ai quali la metafora neo-medievale possa applicarsi. La mia tesi è che il *New Medievalism* — in quanto metafora di un mondo post-sovrano — possa essere impiegato in modo pertinente, anche se non pienamente adeguato, soltanto in relazione agli assetti politici dell'Ue. Partendo da una definizione il più possibile univoca della crisi della sovranità, si tratterà poi di 'liberare' il ricorso analitico-descrittivo al *New Medievalism* da implicazioni e significati che non sono concettualmente inseparabili dalla metafora, ma che il dibattito ha finito per associare strettamente ad essa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *La sovranità protomoderna.*

Una delle principali difficoltà per una definizione del concetto di sovranità è legata alla pluralità delle versioni che ne sono state fornite e alle profonde trasformazioni che questa nozione ha subito nel corso della modernità. La mia strategia argomentativa sarà quella di caratterizzare, in prima istanza, il concetto protomoderno di sovranità e, dopo averne tracciato sommariamente le metamorfosi, isolarne le invarianze, e valutare se le forme di organizzazione del potere politico — nel mondo generalmente inteso o in alcune parti con caratteristiche peculiari — ne impongano il superamento e l'abbandono.

La sovranità è, innanzitutto, una categoria con cui si intende significare non semplicemente la titolarità di un potere di decisione legittimo, ma una determinata *forma di organizzazione* del potere politico e una prevalente — e idealtipica — *modalità di esercizio (modus operandi).* Partendo da questa distinzione, e assumendo come paradigmatica della versione protomoderna della sovranità l'immagine elaboratane da Thomas Hobbes, ritengo sia possibile descrivere la specificità della forma sovrana di organizzazione del potere politico specificando cinque diverse accezioni in cui essa può dirsi assoluta.

La sovranità è assoluta, in primo luogo, nel senso della monopolizzazione della forza fisica legittima all'interno di un determinato territorio. Questo implica lo scioglimento di qualsiasi condivisione della legittimità di ricorrere all'uso della forza con altri poteri sia interni, sia esterni ai confini dello spazio politico. Sovrano è quel potere politico che all'interno di un determinato territorio non spartisce con nessuna altra autorità — né interna, né esterna ai confini dello Stato — la possibilità di ricorrere legittimamente all'uso della forza a garanzia degli ordinamenti. La sovranità realizza un prosciugamento assoluto delle fonti della legittimità: il suo carattere *superiorem non recognoscens* ne garantisce l'indipendenza di diritto rispetto ad altri poteri politici esterni, mentre il suo carattere di *summa potestas* indica l'assenza di poteri che all'interno del territorio detengano autonomamente un potere legittimo di decisione politica. La sovranità è la detenzione in forma esclusiva della capacità legittima di ricorrere al mezzo che rende politica una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autorità: la forza. Un potere è sovrano quando è la fonte esclusiva del comando politico, quando nessuno all'interno o all'esterno di un dato territorio può rivendicare legittimamente il diritto di comandare (politicamente) o di determinare (politicamente) la validità di un ordinamento. Sovrano è, dunque, chi non deve coesistere nell'esercizio del potere politico con nessun'altra autorità che sia legittimamente autonoma o indipendente.

La sovranità moderna segna, dunque, il debutto della territorialità esclusiva. Quello che distingue la sovranità da altre forme di organizzazione del potere politico non è l'adozione dello spazio come forma della validità degli ordinamenti, ma la sua torsione in direzione dell'esclusività del suo riempimento politico, del carattere monopolistico della legittimità politica (15). La proiezione spaziale della validità degli ordinamenti costituisce, infatti, la forma generale astratta dell'esistenza autonoma e ordinata di un corpo politico, la *conditio sine qua non* della sua esistenza: una sorta di requisito ontologico minimo. I gruppi politici possedevano anche nel mondo feudale una delimitazione di tipo spaziale, ma su di uno stesso territorio insistevano una pluralità di soggetti politici *differenziati per contenuti e per funzioni*: un solo gruppo per una sola funzione; molteplici gruppi per molteplici funzioni. Il tratto caratteristico della spazialità premoderna non è l'assenza del principio di territorialità, ma la coesistenza di una pluralità di autorità e di poteri politici. Viceversa, ciò che definisce lo Stato come forma moderna della comunità politica è l'avere prosciugato la società dalla pluralità delle autorità che potevano esercitare "con diritto" la coercizione fisica. Lo spazio politico della sovranità è lo spazio omogeneo di un controllo politico che non ammette smagliature o eccezioni.

Nella sua fisionomia originaria la sovranità è, in secondo luogo, una forma di organizzazione del potere politico assolutamente mo-

(15) Su questo aspetto particolarmente interessante è il saggio di J.G. RUGGIE, *Territoriality and beyond: Problematizing Modernity in International Relations*, in "International Organization", n. 1, XLVII (1993), in particolare pp. 148-9 anche se non mi sembra condivisibile la tesi dell'esistenza di comunità politiche a carattere non territoriale. Ancora più discutibile l'affermazione di Kobrin circa la non territorialità dei modi di organizzazione politica premoderni: cfr. S.J. KOBRIN, *Neomedievalism and the Postmodern Digital World Economy*, in PRAKASH ASEEM, HART JEFFREY A. (eds.), *Globalization and Governance*, Routledge, London 1999, p. 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nolitica. Nella versione protomoderna sovranità e divisione dei poteri sono termini inconciliabili e antitetici. L'esclusività si declina, dunque, non soltanto spazialmente, ma anche funzionalmente: un solo potere politico — una sola autorità legittimata a ricorrere alla forza — significa non soltanto saturazione dello spazio, ma anche assoluta indivisibilità, compattezza e coesione delle funzioni. La totalità delle funzioni sovrane è concentrata in un unico detentore: l'unicità del potere politico all'interno di un dato territorio implica l'impossibilità di una suddivisione delle funzioni politiche essenziali alla creazione e alla conservazione dell'ordine fra una pluralità di soggetti.

Se la sovranità delle origini esclude la condivisione del potere politico con altre autorità, questo riguarda non soltanto la coesistenza con poteri concorrenti (interni o esterni al territorio), o la suddivisione delle funzioni politiche fondamentali fra differenti autorità centrali, ma anche la frammentazione dei poteri sovrani su base territoriale. Divisione dei poteri e federalismo sono ugualmente estranei alla sovranità protomoderna. Lo scandalo dei corpi intermedi riguarda anche i corpi intermedi a carattere territoriale, vale a dire qualunque forma, per quanto attenuata, di federalismo o di decentramento dei poteri. L'attribuzione di alcuni poteri politici ad entità territoriali diverse da quella sovrana è decisamente esclusa in una dottrina della sovranità come quella hobbesiana ossessionata dall'equazione fra pluralità e fragilità.

L'assolutezza della sovranità si declina, in quarto luogo, nel suo essere *legibus soluta*. Le norme da cui si definisce legittimamente indipendente non sono soltanto quelle poste da autorità altre in senso estremamente lato, ma anche quelle eventualmente poste in passato dal titolare della sovranità. L'assenza di vincoli legittimi all'esercizio del potere si estende anche ai vincoli costituiti dalle decisioni pregresse di chi detiene la sovranità. La sovranità non è obbligata alla fedeltà a se stessa, il sovrano non può essere obbligato neppure a se stesso. L'incondizionatezza e l'indipendenza radicale della prima sovranità si traducono nella libertà anche rispetto alle norme precedentemente poste dal medesimo sovrano.

Questa assenza di vincoli legittimi — siano essi dovuti alla dipendenza da autorità politiche esterne, alla compresenza di altre autorità legittime all'interno (corpi intermedi eventualmente anche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a carattere territoriale), o alla suddivisione funzionale della sovranità (divisione dei poteri) — si completa, infine, nella mancanza di qualsiasi forma di controllo o di legittimo condizionamento da parte di coloro che al sovrano si sono sottomessi con il patto istitutivo. Il titolare della sovranità è escluso dal patto, non è parte contraente, e la sua autorizzazione da parte degli individui non configura nessuna limitazione politica legittima del suo operato. Il singolo suddito può legittimamente opporsi ad un'eventuale punizione, ma la legittimità di questa resistenza si scontra con il diritto del sovrano di punirlo e soprattutto con l'obbligazione degli altri sudditi all'obbedienza. Il paradigma contrattualista si declina così nell'assoluta mancanza di qualsiasi potere legittimo dei sudditi nei confronti del sovrano.

Oltre a questa forma del potere politico (forma essenzialmente giuridicizzata e comunque relativa all'articolazione del potere politico legittimo), la nozione di sovranità indica, tuttavia, anche un *modus operandi*, una modalità prevalente — o idealtipicamente ricostruita — del funzionamento del potere politico nella forma della sovranità. In altri termini, mentre la sovranità come forma di organizzazione del potere politico individua la forma dell'indipendenza legittima, il *modus operandi* si riferisce al modo in cui idealtipicamente tale indipendenza dovrebbe manifestarsi nella condotta del potere sovrano sia all'interno che all'esterno del proprio territorio. Non si tratta qui del modo in cui un determinato potere è legittimato a comportarsi, ma del modo in cui effettivamente si comporta, o si comporta di norma o dovrebbe comportarsi coerentemente con l'asserita-riconosciuta indipendenza del proprio ordinamento (16).

L'idea dell'assenza di una subordinazione legittima ad un altro potere politico si è intrecciata fin dall'inizio della storia concettuale della sovranità con l'indicazione del modo di agire che sarebbe

(16) Per questa distinzione cfr. tra gli altri R.O. KEOHANE, *Hobbes's Dilemma and Institutional Change in World Politics: Sovereignty in International Society*, in HANS-HENRIK HOLM, GEORG SØRENSEN (eds.), *Whose World Order? Uneven Globalization and the End of the Cold War*, Westview Press, Boulder 1995, in particolare pp. 175-7, ma anche D. HELD, *Democracy, the Nation State, and the Global System*, in "Economy and Society", n. 2, XXIX (1991), in particolare pp. 150-1, e R. JACKSON, *Introduction: Sovereignty at the Millennium*, in "Political Studies", n. 2, XLVII (1999), p. 424.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio o tipico di un potere politico sovrano: l'autonomia e l'uguaglianza nei rapporti con gli altri attori politici sullo scenario internazionale, e la completezza del controllo, la capacità effettiva di governo politico verso l'interno, nei confronti della totalità dei fenomeni sociali che avevano luogo in un determinato territorio. La titolarità di un potere assoluto all'interno e indipendente all'esterno si è cioè declinata fin dall'inizio nella teorizzazione di una condotta che si presentava come la proiezione fattuale adeguata di una nozione relativa alla legittimità.

Lo Stato moderno in senso pieno intreccia la propria indipendenza giuridica con la propria capacità di stare in modo autonomo sulla scena internazionale. La capacità di decidere autonomamente in ambito internazionale viene vista come il correlato normativo della indipendenza giuridica. È Stato in senso forte soltanto quell'entità politica che dalla propria forma di organizzazione politica, fa discendere un modo di stare in mezzo agli altri stati coerente con la sua indipendenza giuridica.

Ma oltre che dall'autonomia in ambito internazionale, il modo di agire dello Stato sovrano della prima modernità è caratterizzato anche dalla tendenziale completezza del controllo politico. Per produrre ordine il comando del sovrano non deve avere smagliature, non deve conoscere zone d'ombra o di dubbia efficacia. La sovranità delle origini interpreta il proprio ruolo in termini di esercizio di un controllo pervasivo che raggiunge anche le forme del culto e la professione di fede — appunto secondo la logica *cuius regio eius religio*.

Presupposto della pervasività di questo controllo è non soltanto la capacità della politica di controllare l'insieme dei fenomeni sociali, ma anche la convinzione della sua autonomia. Le decisioni del sovrano sono indifferenti a qualsiasi logica che non sia quella politica, e non possono incontrare in linea di principio — in caso di un perfetto funzionamento del meccanismo statuale — nessuna resistenza efficace né da parte dei cittadini, né da parte di altri soggetti sociali. La volontà politica del sovrano si trasmette in modo lineare e diretto all'intera società informando di sé la condotta dei cittadini.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Sovranità: evoluzione e persistenza.*

La storia della sovranità è storia di un debutto assoluto (17) e di un lento e graduale addomesticamento e imbrigliamento nel progredire della modernità. Nata come categoria portante di una modalità essenzialmente politica di produzione dell'ordine, la sovranità deriva la propria assolutezza da una concezione antropologica che esaspera il carattere polemogeno dell'individuo moderno. La sovranità deve essere assoluta perché gli individui sono recalcitranti all'ordine, perché comportamenti pacifici sono in contrasto con la propensione degli individui a sfruttare tutte le smagliature del comando politico come occasioni per attivare comportamenti conflittuali e violenti. L'ossessione hobbesiana per il carattere assoluto e monolitico della sovranità è legata alla sua visione del carattere contro-natura dell'ordine.

A fronte di questo debutto, la parabola evolutiva della sovranità è scandita da un processo di de-assolutizzazione che procede lungo quattro linee guida: giuridicizzazione, divisione dei poteri, articolazione spaziale (federalismo), democratizzazione (18). A questa trasformazione del concetto, della natura della sovranità e delle sue caratteristiche definitorie corrisponde una altrettanto radicale trasformazione della sua modalità di esercizio.

La storia della sovranità è, in primo luogo, storia del suo incatenamento giuridico, del suo venir ricondotta alla legge come sua misura e limite allo scopo di limitarne il carattere arbitrario. La rimozione della sua natura *legibus soluta* non consiste soltanto nella limitazione della discrezionalità assoluta di un potere che non è sottoposto neppure al vincolo di una decisione pregressa, ma si muove anche in direzione della traduzione giuspositiva dell'idea — che si afferma con Locke — che i diritti naturali costituiscono il fine e per ciò stesso anche il limite del potere politico. Il percorso della sovranità moderna è, infatti, anche quello della sua limitazione propriamente

(17) Su questo aspetto cfr. B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida, Napoli 2002, p. 39 e G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 300-1.

(18) Per una ricostruzione del percorso della sovranità nei termini di un inizio assoluto e di una successiva mitigazione cfr. M. REVELLI, *La sinistra sociale. Oltre la civiltà del lavoro*, Bollati Boringhieri, Torino 1997, pp. 103-4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liberale in virtù dell'individuazione di un nucleo di libertà negative che rappresentano qualcosa di indisponibile per la decisione sovrana.

De-assolutizzazione della sovranità significa, in secondo luogo, una divisione dei poteri che la definiscono fra una pluralità di attori-titolari almeno parzialmente autonomi. In linea con l'incatenamento giuridico si fa strada anche una articolazione della sovranità che delimita le diverse competenze, le separa e rende possibili forme di controllo reciproco fra detentori di funzioni essenziali per l'ordine politico. È l'idea che oltre alla limitazione strettamente giuridica sia praticabile — e auspicabile — una limitazione legata alla pluralità degli attori e al loro bilanciamento reciproco.

Forma particolare di questa scomposizione della sovranità è la sua distribuzione territoriale, ovvero il suo articolarsi nel variegato insieme di assetti federali. La linea della scomposizione, del bilanciamento e del reciproco controllo trova qui una mediazione di tipo territoriale. La dinamica fra potere federale e poteri locali raddoppia l'effetto di bilanciamento fra i poteri realizzato dalla loro divisione in poteri almeno parzialmente autonomi, inserendo una diversificazione, una discontinuità territoriale all'interno dello spazio sovrano. Funzioni tipiche del potere politico sono così divise non soltanto fra attori diversi, ma anche fra entità territoriali diverse.

Di questo itinerario moderno di de-assolutizzazione della sovranità fa parte, infine, anche la sua riappropriazione democratica, la riconduzione del potere sovrano sotto il controllo dei cittadini. Si tratta di un processo più ambiguo dei precedenti che illustra efficacemente il rapporto concettualmente problematico fra liberalismo e democrazia. In questo caso, infatti, la rimozione della separatezza e dell'assoluta indipendenza della sovranità politica protomoderna non intrattiene un rapporto necessario con la sua mitigazione liberale. I processi di democratizzazione hanno operato una ridefinizione del carattere intangibile della sovranità, della sua estraneità-indifferenza alla volontà dei cittadini, ma non rendono concettualmente inevitabile il riproporsi assoluto della sovranità nella sua forma popolare.

La modernità ha, inoltre, operato una ridefinizione sempre più profonda della concreta modalità di esercizio della sovranità, *in primis* della sua pretesa di completezza ed esaustività. Concepita originariamente come strumento di un ordine non-naturale, se non addirittura contro-natura, la sovranità si caratterizzava per l'estrema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ampiezza della sua funzione regolativa, un'ampiezza che tendeva a coincidere con ogni forma di agire sociale. La tendenza della modernità è viceversa quella alla riduzione della estensione della sovranità: la politica moderna tende a liberare settori sempre più ampi di agire sociale dai vincoli normativi imposti dalla sovranità. La sovranità e la politica si riducono e si concentrano nei punti decisivi per la produzione e la riproduzione dell'ordine, lasciando spazi sempre più ampi alla libertà di agire dei cittadini. È la storia della tolleranza e della privatizzazione di questioni un tempo pubbliche. L'uso della sovranità politica tende a mutare in direzione della crescente limitazione dei settori su cui interviene la decisione politica che rende così disponibili per la discrezionalità privata ambiti di agire sociale prima ritenuti di rilevanza pubblica.

La seconda trasformazione del modo concreto di esercizio della sovranità avviene in direzione della crescente limitazione della sua autonomia a partire dallo sviluppo di una rete sempre più fitta di interdipendenze. Anche se il modello di Stati pressappoco uguali e autonomi è sempre stato più un modello teorico che una realtà pratica, e anche se la storia della politica internazionale della modernità occidentale è stata piuttosto storia di rapporti tra diseguali che intrecciavano indipendenza giuridica e condizionamento di fatto delle scelte dei deboli da parte dei più forti, il fenomeno nuovo che è venuto via via emergendo è quello di una crescente interdipendenza generalizzata che toglie sempre più spazio ad una capacità di decisione autonoma che abbia anche i requisiti dell'efficacia.

Infine, sempre più incerto diventa il carattere politico della sovranità, sia nel senso della presenza crescente di apparati burocratici che limitano di fatto la capacità politica di governo dei fenomeni sociali — la burocrazia di Max Weber —, ma anche nel senso di una perdita di centralità del sottosistema politico (Luhmann) e di una sua subordinazione di fatto alle logiche di altri sottosistemi, in particolare alla logica dell'economia. Qui la metamorfosi, prima, e la crisi, poi, della sovranità si radicano negli effetti di lungo periodo delle trasformazioni antropologiche che segnano la tarda modernità, e su cui non possiamo soffermarci in questa sede (19).

(19) Sul rapporto fra sovranità e costituzione antropologica dell'individuo moderno cfr. D. D'ANDREA, *Prigionieri della modernità. Individuo e politica nell'epoca della*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Malgrado la profondità delle trasformazioni della sovranità sia dal punto di vista concettuale, sia da quello del suo modo di operare, il pensiero politico moderno è stato almeno fino alla metà del secolo scorso un pensiero della sovranità. Per rendere ragione di questa centralità occorre brevemente discutere due questioni: la prima riguarda il ruolo della modalità di esercizio nella definizione della sovranità; la seconda i caratteri persistenti che al di là delle metamorfosi persistono nel concetto di sovranità.

La sovranità, in quanto forma specifica di organizzazione del potere politico, si definisce a prescindere dal modo in cui il potere politico viene esercitato perché la sua semantica si dispone sul piano della validità e non su quello dell'effettività: individua cioè la forma di organizzazione legittima — declinata essenzialmente in modo giuridico — dell'esercizio della forza all'interno di un determinato territorio. Sovraccaricare il concetto di sovranità del riferimento alla modalità effettiva con cui il potere politico viene esercitato all'interno o all'esterno significa non soltanto introdurre il riferimento ad elementi difficilmente valutabili — e ad una soglia di autonomia difficilmente individuabile —, ma anche sminuire il significato della distinzione fondamentale fra autonomia fattuale e indipendenza legittima, o, se si preferisce, fra potenza e potere, fra rapporti di influenza e condizionamento più o meno reciproco e rapporti di obbligazione legittima. Pretendere che nella definizione di sovranità entri a pieno titolo il riferimento al modo in cui il potere sovrano viene esercitato sarebbe come pretendere il libero arbitrio per riconoscere la nostra titolarità a decidere ciò che è bene o meglio per noi.

L'altra questione è, invece, quella a mio avviso decisiva. Esiste nella nozione di sovranità un nucleo concettuale costante e persistente nonostante tutte le trasformazioni che questo concetto ha subìto? La mia risposta è senz'altro positiva, e gli elementi che giustificano la persistenza di questo concetto nella modernità — ma anche, come vedremo, la sua difficile riproponibilità in alcuni contesti — è legata a tre aspetti.

Il primo è costituito dalla antitesi fra la spazialità sovrana e una

---

globalizzazione, in D. D'Andrea, E. Pulcini, (a cura di), *Filosofie della globalizzazione*, ETS, Pisa 2001, pp. 41-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spazialità politica a geometria variabile. Per quanto articolato anche spazialmente, il potere sovrano mantiene sempre una rigida demarcazione interno-esterno: il confine esterno dello Stato rappresenta il margine all'interno del quale si dispongono *tutte* le funzioni sovrane. Le funzioni cardine del governo politico insistono su un territorio che può essere articolato soltanto all'interno, ma che in nessun modo accomuna lo Stato ad altri soggetti politici o che vede parti del territorio sottratte all'esercizio di alcune funzioni. Anche nella sua versione federale la sovranità dello Stato è articolata al massimo su due livelli, e quello interno è rigorosamente distinto dall'esterno nel senso che non è sottoposto ad alcuna istanza legittima situata al di là del confine federale che è identico per tutte le competenze non attribuite ai poteri locali.

Il secondo elemento costante nella teoria della sovranità è costituito dal carattere chiaramente gerarchizzato dei poteri titolari delle funzioni politiche fondamentali. All'unicità-rigidità del confine interno-esterno corrisponde il carattere gerarchizzato delle funzioni politiche sovrane. La dislocazione delle diverse funzioni del potere politico all'interno del confine dello Stato si traduce in un sistema ordinato e gerarchizzato in cui è sempre formalmente riconoscibile il titolare della sovranità.

Il terzo elemento persistente della sovranità è costituito dalla coincidenza fra chi detiene la capacità di decidere politicamente in modo legittimo e chi detiene in modo monopolistico la capacità di ricorrere legittimamente alla violenza. Lo Stato sovrano è l'entità politica che detiene in modo monopolistico la possibilità di ricorrere in modo legittimo all'uso della forza e che deriva da questo monopolio il proprio carattere di unico decisore legittimo all'interno di un certo territorio. Anche dove non si lascia ridurre alla monolitica concentrazione hobbesiana, lo spazio politico sovrano è, comunque, sempre uno spazio chiuso, chiaramente gerarchizzato, monopolizzato da un detentore della forza fisica legittima che è anche titolare della legittimità politica a decidere.

5. *Medioevo o Impero: quale metafora per l'età globale?*

Anche se la Guerra fredda aveva già suscitato — con le dottrine della sovranità limitata — forti perplessità sulla utilizzabilità del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concetto di sovranità, le sfide globali (20), la rapida progressione della globalizzazione economica, tecnologica e comunicativa, il crollo del muro di Berlino hanno costituito un incentivo potente al ripensamento della politica mondiale alla luce di un superamento della categoria di sovranità. È indubbio, infatti, che gli anni che ci separano dal crollo del muro di Berlino abbiano visto una potente accelerazione ed intensificazione dei processi di unificazione economica, tecnologica e comunicativa del pianeta, un vertiginoso incremento degli attori politici non statuali — dalle organizzazioni internazionali alle organizzazioni non governative. Sulla scia di Bull, la crescente interdipendenza economica, l'intensificazione della cooperazione tra gli Stati ed il connesso sviluppo delle organizzazioni internazionali, il sorgere di organizzazioni regionali, lo sviluppo di forme embrionali di società civile globale intorno alle organizzazioni non governative costituiscono appunto i fenomeni più spesso invocati dai sostenitori della tesi neo-medievalista (21).

In questa prospettiva, l'analogia neo-medievale funge da paradigma per la politica mondiale, viene utilizzata, cioè, per significare un generalizzato superamento, o una generalizzata tendenza al superamento, della forma sovrana degli attori politici. Kobrin, ad esempio, lega la crisi della territorialità esclusiva della sovranità alle conseguenze integranti della crescente finanziarizzazione e digitalizzazione del commercio e della finanza, all'emergere di un'economia mondiale incentrata sulle reti, all'incremento della complessità e delle dimensioni di scala delle tecnologie, al formarsi di *élites* transnazionali (22). Per Friedrichs il ricorso alla metafora neo-medievale costituisce una valida alternativa teorica al paradigma della globalizzazione perché consente di evidenziare l'esistenza degli ele-

(20) Sulla nozione di sfide globali, nella sua specifica diversità da quella di globalizzazione cfr. F. CERUTTI, *Sfide globali e istituzioni sovranazionali*, in "Discipline filosofiche", n. 2, (1995) V, n.s., pp. 75-96 e IDEM, *Le sfide globali e l'esito della modernità*, in D. D'ANDREA, E. PULCINI, (a cura di), *Filosofie della globalizzazione*, ETS, Pisa 2001.

(21) Per una discussione critica del ruolo attribuito allo sviluppo delle ONG nella tesi di un nuovo medioevo cfr. R. GILPIN, *Attori nell'economia globale*, in E. BATINI, R. RAGIONIERI, (a cura di), *Culture e conflitti nella globalizzazione*, Olschki, Firenze 2002, pp. 54-9.

(22) Cfr. S.J. KOBRIN, *Neomedievalism and the Postmodern Digital World Economy*, cit., pp. 175-83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti universalistici che, sia pure in competizione tra loro, bilanciano le forze frammentanti della globalizzazione: il sistema internazionale degli Stati e l'economia transnazionale di mercato (23). Questi due sostituti funzionali della Chiesa e dell'Impero medievali hanno i loro portatori nella élite manageriale transnazionale e nei *policy-makers* e i burocrati delle organizzazioni internazionali. David Held insiste, invece, sia pure all'interno di un discorso che non sposa interamente la tesi neo-medievalista (24), sul ruolo di quattro fattori: la globalizzazione economica, il ruolo delle organizzazioni internazionali e delle organizzazioni non governative, lo sviluppo del diritto internazionale, la politica di sicurezza sempre più legata all'appartenenza a blocchi.

Il limite fondamentale di questo tipo di argomenti consiste nel non tenere ferma la distinzione fra la dimensione *de jure* e quella *de facto* della sovranità, o fra indipendenza e autonomia. Generalmente riferita alla politica mondiale, la metafora del *New Medievalism* può essere legittimata soltanto da processi che mettono sicuramente in discussione l'autonomia degli Stati nazionali, ma che sono insufficienti di per sé a giustificare il superamento di una nozione che ha il suo cuore nell'indipendenza giuridicamente sancita dell'insieme del potere politico su di un dato territorio. Proprio su questa base Keohane ha proposto di parlare non di un superamento della sovranità, ma di una ridefinizione del suo ruolo nell'ambiente internazionale, insistendo sulla sua funzione di risorsa per la contrattazione: "What sovereignty does confer on states under conditions of complex interdependence is legal authority that can either be exercised to the detriment of other states' interests or be bargained away in return for influence over others' policies and therefore greater gains from exchange. Rather than connoting the exercise of supremacy within a given territory, sovereignty provides the state with a legal grip on an aspect of a transnational process, whether involving multinational investment, the world's ecology, or the movement of migrants, drugs dealers, and terrorists. Sovereignty is less a territo-

(23) Cfr. J. FRIEDRICHS, *The Meaning of New Medievalism*, cit., pp. 479-81 e 486-93.

(24) Cfr. D. HELD, *Democracy, the Nation State, and the Global System*, cit., in particolare pp. 150-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rially defined barrier than a bargaining resource for a politics characterised by complex transnational networks. […] I suggest, therefore, that within the OECD area the principle and practice of sovereignty are being modified quite dramatically in response to changes in international interdependence and the character of international institutions" (25). La sovranità è non più titolarità di un potere autonomo e autosufficiente, ma possesso di una risorsa di decisione politica che ha una destinazione costitutivamente internazionale: è risorsa destinata ad essere spesa in contrattazioni internazionali, anziché potestà "monologica" in ambito nazionale. La crisi dello Stato-nazione si traduce in generale nella ridefinizione del *modus operandi* della sovranità, più che in un suo superamento *tout court*.

Il ricorso alla metafora medievale per la descrizione dei caratteri della politica internazionale trascura il fatto decisivo che il proliferare delle organizzazioni internazionali, delle organizzazioni non governative, dell'interdipendenza economica e non solo limita drasticamente l'autonomia degli Stati, ma non ne intacca *di per sé* la sovranità, non ne erode l'indipendenza giuridica: trasforma il modo in cui gli Stati agiscono nell'ambiente internazionale, ma non ne trasforma la natura.

La metafora medievale applicata in modo generalizzato all'insieme delle relazioni politiche internazionali trascura il peso della cifra giuridica, formale — della legittimità — della titolarità della decisione politica. Questo vale anche per quelle interpretazioni che del panorama medievale hanno valorizzato la struttura imperiale, piuttosto che quella del policentrico convivere di autorità multiple non gerarchizzate. Non è rilevante discutere in questo contesto quale versione abbia migliori argomenti dal punto di vista storico, quanto sottolineare come a partire dall'inizio degli anni Novanta si sia affacciata una declinazione della metafora neo-medievale in una direzione diversa da quella messa a fuoco da Bull e centrata sulla valorizzazione della struttura imperiale: una interpretazione spesso tematicamente pensata in alternativa o addirittura in contrasto con la tesi medievale. Punto discriminante fra le due letture — e ragione del

(25) R.O. KEOHANE, *Hobbes's Dilemma and Institutional Change in World Politics: Sovereignty in International Society*, cit., p. 177.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'successo' della metafore imperiali — è la sottolineatura della questione del centro: il ricorso all'impero come metafora per le relazioni internazionali trova le sue migliori ragioni in una analisi che insiste sul carattere comunque gerarchico dei rapporti tra gli attori politici a carattere territoriale. Il mondo post-vestfaliano e post-Guerra fredda sarebbe un mondo organizzato intorno a centri — o ad un centro a seconda delle versioni —, e quindi più o meno fortemente gerarchizzato. In questa prospettiva il limite della metafora neo-medievale sarebbe proprio la sua assenza di un centro, l'impossibilità di restituire concettualmente l'esistenza di una gerarchia.

La fine della Guerra fredda con la sopravvivenza di un'unica superpotenza e la virata unipolarista dell'amministrazione Bush specialmente dopo l'11 settembre hanno poi fornito buoni argomenti a sostegno della tesi dell'impero (americano) come categoria capace di restituire l'attuale organizzazione del sistema politico internazionale (26). Anche se in questa accezione l'impero di riferimento non è più quello cristiano-medievale ma quello romano, la tesi — almeno in parte normativa — dell'impero americano come forma del sistema internazionale insiste sia sul carattere post-sovrano degli assetti politici contemporanei, sia sulla capacità degli Stati Uniti di interpretare anche le funzioni integrative tipiche dell'universalismo del Papato medievale: "[...] l'America incarna e produce tanto i valori del potere imperiale, quanto quelli dell'autorità papale: e se il potere è rimasto nell'assenza sempre uguale a se stesso (sia pur costituzionalizzato nelle modalità d'esercizio), l'autorità sembra invece essersi traslata dall'area della fede religiosa a quella della fede nell'economia di mercato. [...] I valori del liberalismo politico, dell'istituzionalismo democratico e di un liberismo economico più o meno temperato sembrano potersi ben dire i "valori comuni" all'interno dell'egemonia americana" (27). Il ricorso esplicito alla distinzione proposta da M.W. Doyle fra impero formale e impero informale (28) rende comunque evidente che l'efficacia descrittiva della metafora imperiale è condizionata alla plausibilità di una messa tra

(26) V.E. Parsi, *L'Impero come fato? Gli Stati uniti e l'ordine globale*, in "Filosofia politica", n. 1, XVI (2002), pp. 83-113.

(27) Ivi, p. 86.

(28) Cfr. M.W. Doyle, *Empires*, Cornell University Press, Ithaca 1986, p. 135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parentesi della distinzione fra egemonia e dominio, fra subalternità-soggezione e obbligazione. Soltanto se la distinzione fra la dipendenza giuridico-legale e la dipendenza politica di fatto perde la sua rilevanza la tesi dell'impero come metafora della politica mondiale acquista plausibilità.

6. *Un'Europa neo-medievale?*

L'insistenza sulla natura giuridico-legale dell'indipendenza come elemento decisivo per la discussione sul destino della sovranità consente di cogliere la differenza decisiva fra i processi di "internazionalizzazione della sovranità" — di un suo funzionamento come risorsa di contrattazione in ambiente internazionale — diffusi in tutto il mondo e lo scenario a tutt'oggi unico che viene invece offerto dall'Ue. Nel caso dell'Unione europea siamo infatti di fronte non ad una semplice trasformazione della sovranità, del suo *modus operandi* a seguito di condizioni di interdipendenza e di complessità, ma ad un suo superamento (29). L'assetto istituzionale dell'Ue infrange, infatti, almeno tre capisaldi dell'organizzazione sovrana dello spazio politico. In primo luogo, gli Stati-nazione europei hanno concesso all'Unione poteri sovrani soltanto in alcune materie, conservando nel contempo saldamente nelle proprie mani altri poteri tipici della sovranità. Non si tratta semplicemente di un diverso uso della propria sovranità, ma della sua scomposizione, attraverso l'attribuzione del potere legittimo di decidere su alcune materie ad un potere pienamente sovranazionale, senza che questo comporti la formazione di uno Stato che possieda tutti i poteri tipici della sovranità. Oltre a ciò in alcuni casi (*devolution* britannica, Catalogna) una parte delle funzioni sovrane è stata trasferita ad entità politiche subnazionali le quali esercitano le proprie competenze di concerto con le istituzioni dell'Unione — scavalcando la mediazione statuale —, oppure definiscono le proprie *policies* (soprattutto in ambito

(29) Sulla possibilità di cogliere la specifica natura dello spazio politico dell'Ue soltanto a condizione di rinunciare al ricorso alla categoria di sovranità cfr. B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris 1999; trad. it. *Il mondo senza sovranità. Gli stati tra astuzia e responsabilità*, Asterios, Trieste 2000, pp. 18-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

economico) trattando direttamente con altri soggetti substatuali all'interno dell'Unione, ma al di là dei confini e in sostanziale autonomia rispetto al controllo dello Stato nazionale. Siamo, dunque, di fronte ad una vera e propria dispersione dei poteri sovrani fra attori politici non gerarchizzati, e disposti in modo non coerente rispetto al confine interno-esterno (30).

Il secondo aspetto significativo è il carattere variabile degli spazi su cui si esercitano i vari poteri fuoriusciti dalla cornice dello Stato nazionale. Non c'è omogeneità fra gli spazi disegnati dai vari poteri sovranazionali dell'Unione (31): l'Europa dell'euro, ad esempio, non coincide con quella dei poteri sovranazionali del primo pilastro. Il carattere variabile della geometria politica della Comunità europea/Ue non è stato soltanto una caratteristica decisiva del processo di integrazione (le diverse fasi di adesione all'euro o al trattato di Schengen) fin qui realizzato (32): prevedibilmente costituirà una costante dell'Ue anche dopo l'allargamento.

Infine, l'aspetto forse più rilevante è costituito della conservazione del monopolio della forza fisica legittima verso l'interno da parte degli attori statuali anche per l'esercizio di quei poteri che vengono ceduti a entità politiche sovranazionali e subnazionali. La questione non è tanto la disponibilità della forza verso l'esterno, il carattere civile o meno della potenza Ue (33), quanto piuttosto il

---

(30) Per questi aspetti della *polity* europea cfr. A. LORETONI, *Per un'analisi critica della globalizzazione*, in B. HENRY, (a cura di), *Mondi globali. Identità, sovranità, confini*, ETS, Pisa 2000, in particolare p. 83.

(31) Su questo aspetto insiste particolarmente B. Badie, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, Paris 1995; trad. it. *La fine dei territori*, Asterios, Trieste 1996, pp. 200-1.

(32) A questo proposito M. Telò parla dell'*opting out*, della geometria variabile, della flessibilità istituzionale come differenziazioni ormai stabilizzate nell'ambito del sistema giuridico europeo. Cfr. M. TELÒ, *Lo stato e la democrazia internazionale. Il contributo di N. Bobbio oltre globalismo giuridico e relativismo*, in "Teoria politica", nn. 2-3, XV (1999), p. 551.

(33) Per l'interpretazione dell'Unione europea come potenza civile cfr. M. TELÒ, *Lo stato e la democrazia internazionale*, cit., e IDEM, *L'Europa "potenza civile" e la costituzionalizzazione del "governo misto"*, in "Filosofia politica", n. 1, XVII (2003), pp. 61-81. Per una ricostruzione del dibattito sull'alternativa potenza civile — potenza militare cfr. S. LUCARELLI, *La polis europea. Un'introduzione*, in IDEM (a cura di), *La polis europea. L'Unione Europea oltre l'euro*, Asterios, Trieste 2003, in particolare pp. 35-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatto che la capacità coercitiva rimanga concentrata in forma monopolistica presso gli Stati anche per quei poteri che sono stati trasferiti ad un piano sovranazionale. Assistiamo, cioè, al permanere del carattere monopolistico della capacità di ricorrere alla violenza legittima a fronte del disseminarsi dei titolari delle decisioni che da essa sono, in ultima istanza, garantite. L'Ue presenta uno scenario segnato dal divorzio fra detenzione del monopolio della forza fisica legittima e capacità di decisione politica: in sostanza dal delinearsi di poteri incapaci di coercizione e di coercizione senza potere.

Il disperdersi dei poteri sovrani fra attori diversi tra loro non gerarchizzati e che non insistono sul medesimo territorio (non possiedono le stesse dimensioni territoriali), il formarsi di poteri sovranazionali a cui si riconosce autorità legittima, ma senza disponibilità di forza fisica legittima, il progressivo erodersi del confine interno-esterno con regioni che promuovono una loro autonoma politica estera almeno in alcune materie e non soltanto all'interno dell'Ue, la supremazia del diritto comunitario su quello nazionale: tutto questo configura un corpo politico irriducibile alla categoria di sovranità (34).

L'Unione non è un super-Stato, ma non è nemmeno un'organizzazione internazionale o un'area di libero scambio. La sovranità che si perde sul piano nazionale non passa ad alcun nuovo soggetto: sembra evaporare in una pluralità di entità politiche, talora a geometria variabile, nessuna delle quali può più dirsi sovrana (35). Nei vari ambiti della vita comunitaria la sovranità nazionale è stata progressivamente erosa, ma non c'è stato un trasferimento delle sovranità statali ad un livello superiore, come nel caso degli Stati federali tradizionali. Al venir meno della sovranità degli Stati-nazione non fa riscontro un suo trasferirsi omogeneo e invariato su scala amplificata, bensì un suo decostruirsi, un suo scomporsi spazialmente e funzionalmente fra entità politiche che non insistono nemmeno sullo stesso territorio. L'esito di questo processo *non è* la

(34) "The European Community is not by any means a sovereign State, although it is an unprecedented hybrid, for which the traditional conception of sovereignty is no longer applicable" (ROBERT O. KEOHANE, *Hobbes's Dilemma and Institutional Change in World Politics: Sovereignty in International Society*, cit., p. 175).

(35) G. AMATO, *All'Europa non serve un sovrano*, intervista a cura di Barbara Spinelli su "La Stampa", 13 luglio 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fine dei territori o la fine dei confini e della proiezione spaziale del corpo politico, ma la fine della spazialità sovrana, della sua natura gerarchizzata, esclusiva, coerente (36).

È proprio in riferimento a questa natura ibrida dell'Europa politica che la metafora neo-medievalista ha rivelato una indubbia efficacia descrittiva, finendo per costituire una delle categorie ricorrenti nella letteratura sull'integrazione europea (37). Il paradigma del nuovo medioevo coglie la natura ambigua della *polity* europea e consente di esprimere la natura non più sovrana dell'Europa politica, scommettendo nel contempo che tale aspetto non sia una condizione temporanea destinata ad essere superata nel riproporsi di forme tradizionali di statualità sovrana (una federazione europea). L'Europa politica costituisce l'unico esempio reale di un *fuori* della modernità politica (38), di una organizzazione del potere politico che ri-propone il divorzio fra politica e sovranità, che presenta una forma non sovrana di organizzazione del potere politico che metaforicamente è plausibile evocare con il termine *New Medievalism*.

Nonostante un consenso generalizzato sulla natura definitivamente post-sovrana della *polity* europea (39), la metafora neo-medievale continua, tuttavia, a suscitare opposizioni e diffidenze. Queste

---

(36) Sulle trasformazioni del rapporto politica-spazio nell'epoca della globalizzazione cfr. D. D'ANDREA, *Globalizzazione o metamorfosi dello spazio. I territori oltre la modernità?*, in E. BATINI, R. RAGIONIERI, (a cura di), *Culture e conflitti nella globalizzazione*, Olschki, Firenze 2002.

(37) Fra i molti cfr. in particolare J. ZIELONKA, *Enlargement and the Finality of European Integration*, Harvard Jean Monnet Working Paper, Harvard Law School, Cambridge (Mass.) 2000, in particolare pp. 4-7; O. WAEVER, *Imperial Metaphores: Emerging European Analogies to Pre-Nation-State Imperial Systems*, in O. TUNANDER, P. BAEV, V.I. EINAGEL (eds.), *Geopolitics in Post-Wall Europe*, Sage, London 1997, S.J. KOBRIN, *Neomedievalism and the Postmodern Digital World Economy*, cit., pp. 155 e 172-3.

(38) Sul carattere post-moderno dell'entità politica europea, cfr., tra gli altri, M. TELÒ, *Lo stato e la democrazia internazionale*, cit., p. 550 e J.G. RUGGIE, *Territoriality and beyond*, cit., p. 139, e S. LUCARELLI, *La polis europea. Un'introduzione*, cit., in particolare pp. 37-8.

(39) Sul carattere post-sovrano dell'Unione europea cfr., tra gli altri, C. GALLI CARLO, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, il Mulino, Bologna 2001, in particolare p. 139, G. MARRAMAO, *L'Europa dopo il Leviatano. Unità e pluralità nel processo di costituzionalizzazione*, in "Teoria politica", n. 2, 2001, in particolare p. 45, B. BADIE, *La fine dei territori*, cit., pp. 198 e sgg., e A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non sono dovute esclusivamente alle debolezze del suo carattere esplicitamente metaforico, o alla dubbia vettorialità temporale a cui allude, ma, in questo caso, ad un'ambiguità di segno opposto a quella che ho segnalato in relazione all'impero. L'accusa esplicita che alcuni rivolgono all'ipotesi neo-medievale è di contenere una velata indicazione normativa in direzione della costruzione di un'entità politica europea con un basso contenuto politico, con un costitutivo e istituzionalizzato deficit politico (40): "What do we mean by a new, overlapping and fragmented European polity? According to the "new-Medievalist" school of thought the European Union would only become a diplomatic co-ordination of apparently "sovereign" Nation-States, occupying territorial spaces but no longer controlling what goes in those spaces. The political authority lost by Nation-States would not be centralised at supranational level but would mainly shift elsewhere, towards public and private bodies" (41). La posta in gioco è chiara: è la soggettività politica dell'Unione europea. Nuovo medioevo significherebbe in questa prospettiva non tanto assenza di governo *tout court*, ma assenza di governo politico. L'ipotesi neo-medievalista viene accusata di essere una lettura — implicitamente prescrittiva — della realtà politica e istituzionale dell'Ue che sostanzialmente prefigura un declino — se non proprio una fine — della politica, che allude ad un futuro fatto di entità politiche sempre più deboli e sempre meno capaci di governare politicamente i processi reali.

L'idea che il *New Medievalism* implichi una sostanziale assenza di direzione politica, una mancanza di soggettività politica dell'entità Ue trova sicuramente buoni argomenti nella realtà storica del medioevo cristiano e nell'uso della metafora medievale in parte della letteratura sull'integrazione europea. Tuttavia, non esiste nessun

---

e politica nella Germania del Novecento, Donzelli, Roma 2002, in particolare pp. IX-XIII.

(40) Per una formulazione efficace di questo tipo di critica cfr. A. GAMBLE, *Regional Blocs, World Order and the New Medievalism*, cit., in cui pure non si nega *in toto* l'efficacia descrittiva della metafora, e A. GAMBLE, A. PAYNE (eds.), *Regionalism and World Order*, Macmillan, Basingstoke 1996.

(41) M. TELÒ, *Reconsiderations: Three scenarios*, in IDEM (ed.), *European Union and New Regionalism. Regional actors and global governance in a post-hegemonic era*, Ashgate, Aldershot 2001, p. 255.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legame concettuale fra superamento della sovranità e declino della capacità di governo politico. Decisione-soggettività politica e sovranità non sono né coincidenti ne reciprocamente implicantesi (42). Può esserci una capacità di decisione politica legittima anche se il potere che la esprime non può essere definito sovrano. La questione della politicizzazione dell'integrazione europea non implica la sua trasformazione in uno Stato federale: ed è legata essenzialmente al fatto che — mentre alcuni poteri politici sono stati trasferiti ad autorità sovranazionali, per di più tra loro estremamente diverse — *uno* specifico potere — la titolarità a decidere in materia di politica estera e di sicurezza — è rimasto sostanzialmente nelle mani degli Stati-nazione (43). L'istituzionalizzazione di una volontà unica in materia di politica estera e di sicurezza comune non configurerebbe di per sé la trasformazione dell'Europa in uno Stato federale, o il recupero di una dimensione di sovranità: a maggior ragione se ciò l'Europa della politica estera comune non dovesse coincidere con quella dell'euro o con quella a sua volta diversa del primo pilastro. Declino della sovranità e crisi della dimensione stato-nazionale convivono con la centralità della questione delle dimensioni dell'attore politico. Con la centralità della questione di chi decide su cosa.

Il ricorso alla metafora neo-medievale non si accompagna tuttavia soltanto ai rischi connessi alla sua ambiguità. Un ultimo problema è costituito dalla sua incapacità di restituire due differenze profonde della realtà politica dell'Ue dallo scenario medievale. La prima è la mancata proliferazione dei centri che aspirano o rivendicano con successo il possesso (sia pure non monopolistico) della forza fisica legittima. La seconda differenza, strettamente collegata all'altra, è l'assenza di quella conflittualità endemica che era stata

(42) Dalla identificazione di sovranità e politica nasce, invece, l'appassionata difesa della necessità analitica e prescrittiva della sovranità dell'Unione in B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, cit., in particolare pp. 149-52 e 164.

(43) Sul ruolo centrale che la capacità di decidere unitariamente sulla pace e sulla guerra ha nella definizione della piena capacità politica di un attore cfr. F. CERUTTI, *Peace and War in the European Conscience*, in F. CERUTTI, E. RUDOLPH (eds.), *A Soul for Europe*, vol. I, Peeters, Leuven 2001; trad. it. *Pace e guerra nella coscienza europea*, in F. CERUTTI, E. RUDOLPH, (a cura di), *Un'anima per l'Europa. Lessico di un'identità politica*, ETS, Pisa 2002, pp. 151-71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una delle caratteristiche della politica medievale e tra le ragioni profonde della sua inadeguatezza funzionale.

La conservazione del monopolio della coercizione fisica legittima si accompagna al suo esercizio in forme e secondo modalità sempre più eteronome, ma questo divorzio fra capacità coercitiva e titolarità legittima di decisione politica rende visibile il progressivo tecnicizzarsi dell'ordine, il suo trasformarsi sempre più in qualcosa di neutro che non viene investito dal conflitto politico. L'Ue dimostra, dunque, che si può avere ordine senza sovranità, e che la disseminazione dei poteri politici, in certe condizioni, non genera conflittualità violenta. Quella che sembra tramontare è l'idea che la costruzione e la garanzia dell'ordine richiedano ancora la compattezza e l'ampiezza della sovranità che hanno definito lo Stato moderno: la sovranità eccede le esigenze di una convivenza ordinata e pacifica quando la politica cessa di essere il terreno di scontro fra modalità "opposte" di concepire l'organizzazione della società.

Nota bibliografica.

AMATO GIULIANO, *All'Europa non serve un sovrano*, intervista a cura di Barbara Spinelli su "La Stampa", 13 luglio 2000.

BADIE BERTRAND, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, Paris 1995; trad. it. *La fine dei territori*, Asterios, Trieste 1996.

BADIE BERTRAND, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris 1999; trad. it. *Il mondo senza sovranità. Gli stati tra astuzia e responsabilità*, Asterios, Trieste 2000.

BOLAFFI ANGELO, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Donzelli, Roma 2002.

BULL HEDLEY, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Macmillan, London 1977.

CERUTTI FURIO, *Sfide globali e istituzioni sovranazionali*, in "Discipline filosofiche", n. 2, (1995) V, n.s., pp. 75-96.

CERUTTI FURIO, *Le sfide globali e l'esito della modernità*, in D. D'ANDREA, E. PULCINI, (a cura di), *Filosofie della globalizzazione*, ETS, Pisa, 2001.

D'ANDREA DIMITRI, *Prigionieri della modernità. Individuo e politica nell'epoca della globalizzazione*, ETS, Pisa, 2001.

D'ANDREA DIMITRI, *Globalizzazione e metamorfosi dello spazio. I territori oltre la modernità?*, in E. BATINI, R. RAGIONIERI, (a cura di), *Culture e conflitti nella globalizzazione*, Olschki, Firenze 2002.

DE GIOVANNI BIAGIO, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida, Napoli 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRIEDRICHS JÖRG, *The Meaning of New Medievalism*, in "European Journal of International Relations", n. 4, VII (2001), pp. 475-502.

GALLI CARLO, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, il Mulino, Bologna 2001.

GAMBLE ANDREW, PAYNE ANTHONY, (eds.), *Regionalism and World Order*, Macmillan, Basingstoke 1996.

GAMBLE ANDREW, *Regional Blocs, World Order and the New Medievalism*, in Telò M., *European Union and New Regionalism*, Ashgate, Aldershot 2001.

GILPIN ROBERT, *Attori nell'economia globale*, in E. Batini, R. Ragionieri, (a cura di), *Culture e conflitti nella globalizzazione*, Olschki, Firenze 2002.

HELD DAVID, *Democracy, the Nation State, and the Global System*, in "Economy and Society", n. 2, XXIX (1991).

JACKSON ROBERT, *Introduction: Sovereignty at the Millennium*, in "Political Studies", n. 2, XLVII (1999), pp. 423-30.

KEOHANE ROBERT O., *Hobbes's Dilemma and Institutional Change in World Politics: Sovereignty in International Society*, in H.-H. HOLM, G. SØRENSEN, (eds.), *Whose World Order? Uneven Globalization and the End of the Cold War*, Westview Press, Boulder (CO) 1995.

KOBRIN STEPHEN J., *Neomedievalism and the Postmodern Digital World Economy*, in Prakash Aseem, Hart Jeffrey A., (eds.), *Globalization and Governance*, Routledge, London 1999.

LORETONI ANNA, *Per un'analisi critica della globalizzazione*, in B. HENRY, (a cura di), *Mondi globali. Identità, sovranità, confini*, ETS, Pisa 2000.

MARRAMAO GIACOMO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Giappichelli, Torino 2000.

MARRAMAO GIACOMO, *L'Europa dopo il Leviatano. Unità e pluralità nel processo di costituzionalizzazione*, in "Teoria politica", n. 2, 2001, pp. 43-57.

PARSI VITTORIO EMANUELE, *L'impero come fato? Gli Stati Uniti e l'ordine globale*, in "Filosofia politica", n. 1, XVI (2002), pp. 83-113.

REVELLI MARCO, *La sinistra sociale. Oltre la civilità del lavoro*, Bollati Boringhieri, Torino 1997.

RUGGIE JOHN G., *Territoriality and Beyond: Problematising Modernity in International Relations*, in "International Organization", n. 1, XLVII (1993), pp. 139-74.

TELÒ MARIO, *Lo Stato e la democrazia internazionale: il contributo di N. Bobbio oltre globalismo giuridico e relativismo*, in "Teoria politica", nn. 2-3, XV (1999).

TELÒ MARIO, *Introduction: Globalization, New Regionalism and the role of the European Union*, in IDEM, (ed.), *European Union and New Regionalism. Regional actors and global governance in a post-hegemonic era*, Ashgate, Aldershot 2001.

TELÒ MARIO, *Reconsiderations: Three scenarios*, in IDEM, (ed.), *European Union and New Regionalism. Regional actors and global governance in a post-hegemonic era*, Ashgate, Aldershot 2001.

WAEVER OLE, *Imperial Metaphores: Emerging European Analogies to Pre-Nation-State Imperial Systems*, in O. TUNANDER, P. BAEV, V.I. EINAGEL, (eds.), *Geopolitics in Post-Wall Europe*, Sage, London 1997.

ZIELONKA JAN, *Enlargement and the Finality of European Integration*, Harvard Jean Monnet Working Paper, Harvard Law School, Cambridge (Mass.) 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIUSEPPE DUSO

L'EUROPA E LA FINE DELLA SOVRANITÀ

1. Il concetto moderno di sovranità. — 2. La logica della sovranità e la fondazione dell'autorità. — 3. Sovranità e costituzione. — 4. Lo stato costituzionale contemporaneo. — 5. Perché guardare alla Politica di Althusius. — 6. La difficile comprensione del presente e il processo di decostituzionalizzazione.

Per pensare i processi in atto che determinano la realtà dell'Unione europea, appare necessario uno sforzo di riflessione critica sui concetti mediante i quali siamo abituati a pensare la politica. Nell'attuale dibattito sono certo presenti concezioni della politica diverse e a volte anche in conflitto tra loro, ma tuttavia si collocano tutte all'interno di un orizzonte comune, determinato dalla tendenza a pensare come indispensabili i concetti che si sono sviluppati nell'alveo della dottrina dello Stato, e che hanno avuto la loro genesi nel laboratorio teorico costituito dal giusnaturalismo, nel quale di Stato, in senso concettualmente preciso, non è in buona parte, ancora possibile parlare (1). Intendo riferirmi non solo a concetti politici centrali quali sovranità, costituzione, popolo, rappresentanza, ma anche a quelli — non politici — senza i quali questi concetti specificatamente politici non sarebbero mai nati: individuo, diritti individuali, uguaglianza, libertà.

Nel dibattito relativo alla costituzione europea, noti costituzionalisti hanno individuato una difficoltà nel pensare la costituzione europea a causa del legame che l'idea di *costituzione* ha avuto nella storia, non solo con la formazione degli stati nazionali, ma anche e soprattutto con quel modo di pensare la politica che nasce con le

(1) Cfr. a questo proposito la voce "Staat und Souveränität" dei *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 6, Klett-Cotta, Stuttgart 1990, sp. la parte scritta da R. Koselleck, "Staat im Zeitalter revolutionärer Bewegung", pp. 25-64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concezioni del contratto sociale, e che ha al suo centro il concetto di sovranità e dunque una unità che si presenta come rottura nei confronti del pluralismo complesso e, alla luce della nuova razionalità, caotico, che avrebbe caratterizzato la precedente storia europea (2). Per inquadrare i processi attuali bisogna avere presente la distinzione tra *costituzione* e *contratto*, e ciò è possibile se si guarda ad uno scenario più ampio di quello che si forma con le dottrine contrattualistiche moderne, uno scenario in cui la figura del contratto ha una funzione radicalmente diversa che in queste ultime: non cioè quella di produrre qualcosa di nuovo — il potere politico — facendo scomparire la dimensione propria dei soggetti contraenti, ma piuttosto quella di confermare e rafforzare il ruolo politico di quei soggetti, che rimangono presenti e capaci di azione anche dopo il contratto (3). Naturalmente ciò non significa certo che la situazione odierna sia quella della prima età moderna, ma piuttosto che per intendere i processi in atto dobbiamo non solo avere una visuale storica ampia, ma anche riuscire ad emanciparci da quei concetti che, pur essendo segnati da un'epocalità determinata, sono spesso assunti in una dimensione universale e valida per sempre.

Intendo in questa sede proporre una schematica riflessione sulla logica propria della sovranità moderna, per ricordarne la genesi e per intenderne contemporaneamente anche la crisi, o per lo meno per indicare la difficoltà di utilizzare il concetto di sovranità, come pure gli altri concetti che a quello risultano strettamente legati, al fine di comprendere la realtà odierna e di trovare un orientamento nella prassi. Tale compito, che non può essere affrontato se non

(2) Cfr. D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?* Siemens-Stiftung, München 1994 (il saggio è anche tradotto in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, Einaudi, Torino 1996, pp. 339 ss.). Su ciò sono già intervenuto in *Tra Unione europea e forma stato: pensare il federalismo*, in *L'Europa e il futuro della politica*, Società libera, Milano 2002, pp. 199- 218, saggio che è tenuto presente anche nelle considerazioni che seguono.

(3) Ciò non appare possibile nella logica delle dottrine contrattualistiche del giusnaturalismo moderno, proprio perché in esse contraenti il patto sono gli individui, che non hanno già una dimensione politica, ma che piuttosto fondano una società politica basata sulla dualità di comando e ubbidienza, di persone pubbliche, che esercitano il potere, e sudditi. Per la logica del contratto sociale, rimando alle analisi testuali contenute in G. DUSO (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milano 1998[3].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presupponendo i lavori di ricerca condotti su questa tematica, ha un suo aspetto di radicalità: infatti, se è vero che il concetto di sovranità non ha una sua storia autonoma e indipendente, ma è il prodotto di un modo di pensare la politica che ha la sua base nella funzione fondante del concetto di individuo e dei suoi diritti (4), allora appare subito evidente che ripensare alla politica senza la sovranità, significa anche mutare il modo di intendere l'uomo e riflettere criticamente sui valori da tutti accettati come pilastri dell'organizzazione della vita in comune degli uomini.

1. *Il concetto moderno di sovranità.*

Parlare della sovranità significa riferirsi alla dimensione del potere: "In senso lato, il concetto politico-giuridico di sovranità serve ad indicare il potere di comando in ultima istanza in una società politica e, conseguentemente, a differenziare questa dalle altre associazione umane, nella cui organizzazione non vi è un tale potere supremo, esclusivo e non derivato. Perciò tale concetto è strettamente collegato a quello di potere politico…" (5). Si può dire che l'uno sia all'altro così collegato da avere la stessa storia, che è una storia *tutta moderna*. Poco importa che la parola che solitamente si traduce con "sovranità" esista e sia rilevante anche in un contesto di pensiero precedente a quel concetto che nell'epoca moderna è racchiuso nel termine e che risuona nella nostra mente quando lo usiamo. La *maiestas* medievale o della prima età moderna (6), non è

(4) Oltre a *Il contratto sociale* cit., cfr. anche G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma 1999.

(5) N. Matteucci, *Sovranità*, in *Dizionario di politica*, UTET, Torino 1983, p. 1102.

(6) Mi riferisco, ad esempio, all'uso del termine nei sistemi politici tedeschi della fine del Cinquecento e del primo Seicento; cfr. su ciò M. Scattola, *Dalla virtù alla scienza. La fondazione e la trasformazione della disciplina politica nell'età moderna*, Franco Angeli, Milano 2003, pp. 203-300 e *Die Frage nach der politischen Ordnung: "Imperium", "maiestas", "summa potestas" in der politischen Lehre des frühen siebzehnten Jahrhunderts*, in *Souveränitätskonzeptionen*, *Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert*, hrsg. M Peters, P. Schröder, Duncker & Humblot, Berlin 2000, pp. 13-39. Per quanto riguarda gli *iura maiestatis* in Althusius e la loro irriducibilità al concetto di sovranità, rimando al mio *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e della costituzione del regno*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una forma diversa del concetto di sovranità: insomma non c'è una storia del concetto di sovranità che comprenda quella *maiestas* e quella diversa sovranità che nasce con il giusnaturalismo e sarà determinante per lo Stato moderno. Non si tratta di modalità diverse dello stesso concetto, ma di un modo diverso di pensare la politica e l'uomo. Sovranità e potere politico sono così sedimentati nel nostro pensiero che solo emancipandoci da essi possiamo comprendere una diversa concezione della politica, che il concetto di potere ha cercato di azzerare e che si esprime con il termine di *maiestas* nel contesto precedente il moderno giusnaturalismo (7). Per un lavoro storico concettuale, che non può che essere, nello stesso tempo, anche esercizio teoretico del pensiero, è indispensabile sottoporre a riflessione critica i concetti che sono sedimentati nei termini che usiamo.

"Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", n. 25 (1996), pp. 65-126, sp. pp. 87-95.

(7) Anche a questo proposito si può verificare che il concetto non si identifica con la parola. Quando il termine di *maestà* viene usato nel quadro della concettualità moderna — questo il caso dei trattati giusnaturalistici di fine Settecento in terra tedesca —, essa viene in realtà a perdere il rapporto con il pensiero della tradizione che tale termine usava e veicola invece il concetto moderno di sovranità; si vedano alcuni tra i molti esempi possibili. G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften,* Jena 1795, § 460: il potere dello Stato risultante dalla somma di tutte le forze è indicato come "höchste Gewalt, die Majestät (*potestas civilis, sive summa, imperium civile*)", e poi: "Höchste Gewalt heisst sie, weil sie keiner andern untergeordnet seyn kann, indem es sonst möglich bliebe, den Bestimmungen des allgemeinen Willens auszuweichen. Man nennt sie darum auch die Souveränität". Molto significative, per mostrare come la parola *maestà* indichi l'intreccio di sovranità e rappresentanza, sono le espressioni di T.A.H SCHMALZ, *Das natürliche Saatsrecht*, Koenigsberg 1794, § 80: "Das dem Souverain anvertraute Recht, die Mittel zum Zweck des Staats zu waehlen, heisst die hoechste Gewalt, oder Majestät"; § 81: "Die Übertragung der Majestät kann ursprünglich nur durch Einstimmigkeit aller Staatsbürger geschehen"; § 82: "Der Souverain ist gänzlich unabhängig. Denn da ihm die Majestät einstimmig übertragen ist: so ist sein Wille wirklich der Wille des Volks, und folglich so unabhängig als dies selbst". In A. L. SCHLOEZER, *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungsLehre*, Goettingen 1793, Abschnitt I, § 2-3, pp. 95-97, viene in chiaro come la parola *Majestät* veicoli un concetto nuovo: lo *Herrscher* (*Princeps, besser Imperans*) è il depositario della volontà generale; la Maestà comporta indipendenza e irresponsabilità: essa appartiene al popolo, ma questi, inteso come la folla dei singoli, non può esercitarla e dunque deve essere trasferita a qualcuno che la esercita e che mantiene così il diritto in ultima istanza. La conclusione: in tal modo nasce *eine neue Art von Majestät.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se si volessero richiamare alcuni elementi essenziali che si sono imposti nella storia della sovranità fino alla nostra contemporaneità, potremmo indicare l'idea della naturale uguaglianza tra gli uomini, o in ogni caso la convinzione che non vi è una differenza tra gli uomini tale da condurre alla conclusione che sia razionale e utile essere sottomessi alla volontà di qualcuno a noi superiore. Si badi bene che è qui in questione non tanto una subordinazione momentanea legata a fini particolari da ottenere, ma una sottomissione stabile come quella che caratterizza l'obbligazione politica e l'ubbidienza dovuta alla legge a causa della sua natura di legge e della sua dimensione formale, a prescindere dai particolari contenuti che di volta in volta essa esprime. Dal momento che l'ordine nello Stato è garantito dall'ubbidienza di tutti alla legge, e dunque al potere che lo esprime, tale potere non può appartenere a qualcuno in particolare. Per trovarci di fronte al concetto di sovranità non è dunque sufficiente riconoscere che si tratta di una *summa potestas* che, a differenza di quanto avviene in una concezione gerarchica della società, non è tanto la più alta tra una molteplicità di *potestates*, ma che è *summa* nel senso che è l'unica: è necessario anche riconoscere che tale *potestas* non è più prerogativa legata alle qualità di una persona, ma appartiene al corpo comune, che è costituito in modo uguale da tutti.

È la stessa sottomissione ad un uomo o ad una assemblea — quella sottomissione che caratterizzava la nozione antica di *governo*, necessaria per comprendere il pensiero politico che giunge fino alla rottura epistemologica costituita dal moderno giusnaturalismo — che si tratta di negare in via di principio e di impedire nella realtà storica. Insomma l'unica *potestas* costituita dalla sovranità comporta che venga ad essere negata l'essenza stessa dell'essere *potestas*, la differenza tra gli uomini che essa implica, con il connesso aspetto gerarchico. Nell'epoca in cui le *potestates* erano molteplici e gerarchicamente organizzate il comando, che attraverso esse si esprimeva, non era concepito come una relazione formale tra volontà, ma era legato ad un contesto reale segnato da punti di orientamento, a cui potevano e dovevano guardare non sono coloro che esercitavano l'*imperium*, ma anche coloro che erano governati, ai quali, in molti casi, non solo era riconosciuto il diritto di resistenza, ma anche la supremazia, attraverso organi collegiali, nei confronti di colui che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

governava. In questo contesto della tradizione era anche pensabile giudicare "tiranno" il governante, in rapporto ai contenuti determinati del suo agire che potevano essere giudicati sulla base di elementi considerati oggettivi, fossero questi i comandamenti divini e le sacre scritture, o i contratti di signoria, o i diversi diritti delle parti costituenti la società (8).

Nel concetto di sovranità o di potere politico tali elementi oggettivi vengono cancellati, sia che si tratti dei contenuti della religione, sia delle diverse convinzioni su ciò che è giusto e bene, sia delle tradizioni giuridiche molteplici e non univoche del passato, sia delle differenze che caratterizzano nella realtà gruppi e associazioni, differenze che non possono più tradursi in diritti particolari. Ognuno deve essere libero di decidere su ciò che ritiene suo bene, essere arbitro di sé, dipendere solo dalla propria volontà, naturalmente in un contesto in cui tale situazione deve essere strutturale per tutti. Ma le leggi necessarie a ciò non possono che essere da tutti volute e sono allora le condizioni per la libertà e l'indipendenza di ognuno. La sovranità, così implicata dall'uguaglianza e dalla libertà dei singoli individui, perde allora il carattere di dominio tra le persone. In quanto rapporto formale, quello del potere non può che essere legittimo, e l'unica vera legittimazione è costituita dal fatto che ubbidire al comando espresso dal corpo politico deve significare, in fondo, ubbidire alla propria volontà (9).

È istruttivo a questo proposito pensare, per quanto riguarda la

---

(8) Rimando, per lo specifico del principio del governo e per la radicale differenza con il concetto di potere, al mio *Fine del governo e nascita del potere,* in *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Bari-Roma 1999, pp. 55-85, e alle prime due parti del lavoro collettaneo *Il potere. Per la storia della filosofia politica*, Carocci, Roma 1999. Sulla pertinenza dell'uso del termine tirannia a questo contesto che precede la concettualità politica moderna, si veda M. SCATTOLA, *Il concetto di tirannide nel pensiero politico tedesco della prima età moderna*, "Filosofia politica", X (1996) (Tirannide), pp. 391-420.

(9) L'elemento della formalità e il fondamento della legittimità sono evidenti nella definizione weberiana della *Herrschaft*, intesa come potere politico, comando che si trova di fronte la disponibilità all'ubbidienza, e nella correlativa definizione della ubbidienza,, secondo cui colui che ubbidisce accetta il comando come norma del proprio agire *per suo stesso volere* (Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, hrsg. J. Winckelmann, Mohr, Tübingen, 1976[5], p. 123; tr. it. con introduzione di P. Rossi, Ed. Comunità, Milano 1974, p. 209).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Germania, alla storia del termine *Herrschaft*, che in un primo tempo connotava appunto rapporti di dominio personali e poi diventa il veicolo per il concetto di sovranità e di potere politico (10). Ma l'aspetto antico di "dominio", che permane nel termine, lo marca con un significato negativo, facendo sì che il suo uso sia sempre meno frequente. Anche nella nostra lingua il termine di *potere* mantiene l'evidenza del processo che va dall'alto in basso, della costrizione e della coazione, e in quanto tale assume un senso negativo: è sempre il termine a cui si contrappone qualcos'altro di positivo a cui il potere deve essere finalizzato (11). È significativo anche l'uso attuale del termine di *democrazia*, che spesso viene inteso come opposto o limitante il potere, contraddittoriamente non solo al modo in cui è concepita la costituzione democratica, che istituisce il potere *dello* Stato e *nello* Stato, ma anche allo stesso etimo del termine, o meglio al modo in cui questo etimo viene normalmente inteso nella modernità (12).

Una sorte analoga coinvolge anche la parola *autorità*. Nel momento in cui appunto scompare un mondo in cui possono essere determinate differenze qualitative e in cui si impongono le questioni

(10) Cfr. sulla trasformazione della *Herrschaft* il saggio di BRUNNER, *Bemerkungen zu den Begriffen "Herrschaft" und "Legitimität"*, del 1962, poi in *Neue Wege* cit., pp. 64-79; tr. it. a cura di M. PICCININI e G. RAMETTA, "Filosofia politica", 1987, n. 1, pp. 101-120. Sulla differenza tra governo e dominio e sull'atteggiamento moderno in relazione alla *Herrschaft*, si veda D. STERNBERGER, *Drei Würzel der Politik*, in *Schriften*, II, 1, Frankfurt a. Main, 1978, *e Immagini enigmatiche dell'uomo*, tr. it. Il Mulino, Bologna 1991, sp. la parte III, pp. 129 ss. (per una discussione critica della posizione di Sternberger rimando al mio *La morsa del potere e la nostalgia per il "vero cittadino"*, "Filosofia politica", VI (1992), pp. 121 ss.).

(11) Per intendere l'uso contemporaneo del termine bisogna registrare le trasformazioni epistemologiche avvenute con il pensiero weberiano, riflettere sul rapporto tra *Herrschaft* e *Macht,* e comprendere come avvenga che l'astrazione scientifica necessaria a isolare un rapporto tra volontà (indipendente dai contesti e dalla concretezza dei contenuti che permettano un giudizio su tale rapporto) diventi realtà e, in quanto tale, oggetto della scienza.

(12) Il significati di *potere* e di *popolo,* che determinano la parola *democrazia* nella Modernità, non hanno niente a che vedere con ciò che i termini di *demos* e di *kratos* indicano nel pensiero greco, in particolare in quello di Platone e di Aristotele, e con il significato di democrazia come *forma di governo*, che è consona a un contesto in cui ha centralità per la politica la nozione di *governo* e non a quello dominato dal concetto di *potere* (per il chiarimento di questo punto rimando al cap. VII di *La logica del potere* cit.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della giustizia e del bene come questioni non risolvibili mediante la volontà soggettiva, scompare anche il senso antico del termine, come denotante qualcuno che è da ascoltare e da seguire perché è *autorevole* (13). Il termine si carica del significato apportato dal concetto moderno di potere, e connota colui a cui *si deve* ubbidire. È chiaro che la sottomissione stabile all'autorità, in un pensiero della politica basato sull'uguaglianza e sulla considerazione formale della libertà (come indipendenza della volontà), non può avere che una condizione: il consenso di chi ubbidisce, la cui volontà rende possibile l'autorità. Non c'è autorità se questa non si fonda su un processo di autorizzazione, alla cui base stanno coloro che dovranno essere sottomessi, appunto *per propria volontà*, ad essa.

In un mondo cioè in cui non c'è un ordine delle cose da riconoscere, e si considera come fonte di conflitto la diversità delle opinioni sulla verità e sulla giustizia, appare necessario una volontà che decida in modo univoco ciò che si deve fare per la convivenza. Una volontà politica sovrana, che ha perso qualsiasi punto di riferimento oggettivo, non può basarsi a sua volta che sulla volontà di coloro che saranno soggetti ad essa, i quali, in questo modo, ubbidiranno — indirettamente — a se stessi. L'assolutizzazione della volontà propria del concetto di sovranità comporta la dimensione fondante della volontà individuale.

2. *La logica della sovranità e la fondazione dell'autorità.*

Sembra che si siano fino a qui descritti alcuni elementi che si sono diffusi nel modo comune di intendere la politica e che permangono nella nostra contemporaneità, spesso condizionando anche quei tentativi di pensare il presente che pur si muovono nella consapevolezza della necessità di trovare nuovi strumenti di comprensione. Si pensi a quanto una tale assolutizzazione della volontà, assieme agli altri elementi qui descritti, venga a connotare l'espressione spesso usata di "legittimazione democratica". Tuttavia se fosse vero che gli elementi sopra indicati caratterizzano il modo diffuso

(13) Cfr. STERNBERGER, *Immagini enigmatiche* cit., sp. 134 ss., e naturalmente il noto saggio di H. ARENDT, *What was Authority* (tr. it. in H. ARENDT, *Tra passato e futuro*, Firenze, Vallecchi 1970).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel moderno di intendere la sovranità, come potere politico, allora verrebbe a questo punto evidente riconoscere in Hobbes il padre di questa concezione, e dunque rintracciare in lui il fondatore della sovranità moderna. Non è difficile infatti ravvisare, sullo sfondo delle riflessioni sino a qui svolte, i concetti fondamentali che caratterizzano il suo modo *scientifico* di pensare la politica.

Riconoscere in Hobbes il padre della sovranità significa ritenere che la vera chiave di quest'ultima — della sua stessa assolutezza — consiste nell'aspetto formale, nel processo di legittimazione, nell'idea dunque che il punto di vista del potere non può che essere il *punto di vista di tutti* in quanto costituenti il corpo politico. Quella del potere non è un'istanza *altra* e opposta a quella costituita dagli individui e dai loro diritti. Perciò il giusnaturalismo, per quanto riguarda la costruzione teorica, non consiste nella limitazione del potere, ma piuttosto nella sua fondazione. È questo aspetto fondamentale della sovranità a non essere presente in Bodin, che per una lunga tradizione è stato considerato il padre della sovranità moderna. Nella sua opera è bensì affermata la *summa potestas*, ma questa da una parte mantiene il carattere di *potestas*, e dall'altra è resa necessaria proprio a causa di un mondo plurale, fatto di differenze, che non viene cancellato. Ci troviamo in un contesto in cui non è assolutizzata la volontà e perciò manca quell'elemento essenziale della sovranità che è costituito dalla forma e dalla legittimazione formale mediante la volontà dei singoli (14). Di fronte al sovrano di Bodin permane una realtà complessa; di fronte al sovrano di Hobbes non c'è più nessuno; non ci sono più i governati, perché essi, come si evidenzia nel frontespizio del *Leviatano*, sono *nel* corpo del sovrano, sono *il* corpo del sovrano. La loro volontà, per quello che riguarda la vita comune, la loro volontà politica dunque, è la volontà del sovrano. La formalità che connota la sovranità richiede che la volontà sovrana sia la volontà di tutti, sia la volontà del corpo collettivo, cioè del popolo, non una volontà che possa avere il popolo di fronte a se. Perciò dalla sua nascita la sovranità è destinata

(14) Per una visione della complessità del pensiero di Bodin, irriducibile alla univocità della sovranità moderna, cfr. D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità*, Cedam, Padova 1992, e anche M. SCATTOLA, *Ordine della giustizia e dottrina della sovranità*, in JEAN BODIN, in *Il potere* cit., pp. 61-75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad essere *democratica*, ad essere potere del popolo, e la democrazia moderna è pensata sulla base della dottrina della sovranità.

Non è qui possibile ripercorrere ancora una volta i punti salienti della costruzione hobbesiana per mostrare la funzione che in essa svolgono i concetti, la ferrea logica che li lega tra loro, la consequenzialità secondo la quale il potere del corpo politico esercitato dal sovrano è risultato necessario del *nuovo* concetto di libertà, l'assoluta rilevanza della legittimazione e della formalità della costruzione sopra indicata per la determinazione dell'assolutezza del potere (15). È tuttavia utile qualche precisazione. Per non fraintendere la vera ragione dell'assolutezza del potere in Hobbes è da tenere presente che l'ubbidienza è dovuta in fondo al corpo politico nella sua totalità: l'ubbidienza implicata dal concetto moderno di potere, a causa della sua caratterizzazione formale, non può essere dovuta a nessun altro se non al soggetto collettivo formato da tutti. È dovuta alla persona del sovrano *solo in quanto egli è l'attore* di questo corpo, colui che conferisce vita alla persona civile, rendendola capace di volontà e di azione. In altri termini l'assolutezza del sovrano consiste nel fatto che la persona del sovrano è *rappresentativa*, che egli è solo attore *per* tutti, che egli è stato fatto attore *da* tutti. Come è ben noto, nel *Leviatano* è descritto quel processo di *autorizzazione* in base al quale viene pensata nell'epoca moderna l'autorità. E il processo di autorizzazione non è altro che il processo costitutivo del concetto moderno di rappresentanza: ne costituisce l'essenza, quella dialettica secondo cui la persona civile è concepibile in base all'idea che tutti sono attori delle azioni che l'attore compirà, perché tutti lo hanno autorizzato (16).

Il concetto di sovranità e quello di rappresentanza nascono insieme. Si può dire di più: nel *Leviatano* senza l'invenzione del concetto di rappresentanza — che non ha più niente a che vedere con il compito di riportare ad un livello più alto la volontà, i bisogni, i punti di vista, la dignità, i diritti di un gruppo della società, ma

(15) Si vedano le parti dedicate ad Hobbes in *La logica del potere* cit.

(16) Rimando per la logica della rappresentanza e per il ruolo di Hobbes nella storia del concetto al mio *La rappresentanza politica: genesi e crisi di un concetto*, Franco Angeli, Milano 2003; ma sulla rappresentanza è soprattutto da vedere H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin 1990^2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piuttosto consiste nella produzione di qualcosa di nuovo e non esistente prima dell'atto rappresentativo, cioè la volontà unica della persona civile e conseguentemente la sua azione — non sarebbe possibile raffigurarsi la persona civile con il suo potere. Difatti la teoria della rappresentanza, come unico modo di intendere come *una* una moltitudine, precede e rende possibile la formazione del corpo politico mediante il contratto sociale. E la cifra di questo indissolubile legame di sovranità e rappresentanza è quella dell'unità. Non si tratta tanto dell'unificazione nel senso del raccordo, del coordinamento, — si potrebbe dire anche del governo — di istanze diverse, di diversi soggetti politici, ma di quell'unità semplice che connota la persona civile in quanto questa costituisce l'esito di un itinerario teorico che parte dall'indifferenziata molteplicità degli individui. Questo intreccio di potere, rappresentanza e unità deve essere tenuto presente anche per l'esito finale di questa riflessione. Superare la sovranità significa superare *questa* rappresentanza (moderna) e questo modo di concepire la persona civile, il soggetto collettivo, un popolo che come soggetto non c'è mai se non attraverso la voce del suo *attore*.

Il processo di autorizzazione e l'espressione di volontà che si ha, da parte dei singoli, nel contratto sono il fondamento dell'ubbidienza. Non è pensabile che i singoli non ubbidiscano alla legge, perché ciò sarebbe una contraddizione, in quanto consisterebbe nel non volere ciò che si è voluto. Ecco l'aspetto formale, della legittimazione che è essenziale al potere politico (mentre non può essere presente là dove la politica è pensata mediante il principio del governo, poiché in un contesto di tal genere la volontà dei singoli non può — *in quanto tale* — essere fondamento della politica e della giustizia che la deve regolare) e che si trova raffigurato in quel frontespizio del *Leviatano*, che può ancora essere significativo per indicare un'aporia di fondo del modo moderno di intendere la democrazia. La differenza con Rousseau, per quanto riguarda l'obbligazione politica, non è dunque così rilevante (17): consiste soprattutto nella formulazione da parte di Hobbes e nella negazione da

(17) Ritengo a questo proposito sempre di grande efficacia i due saggi di A. BIRAL su Hobbes e Rousseau contenuti in *Il contratto sociale* cit. e anche in A. BIRAL, *Storia e critica della filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milano 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parte di Rousseau del concetto nuovo di rappresentanza. Ma anche il pensiero di Rousseau si muove all'interno di quella tematica della sovranità che è imposta dal punto di partenza delle dottrine contrattualistiche, costituito dalla dimensione dell'individuo. Anche in Rousseau perciò è essenziale la cifra dell'unità politica ([18]).

Nell'impostare il problema politico mediante i due elementi costituiti dal soggetto individuale e dal soggetto collettivo, ciò che deve essere necessariamente negato è la dimensione politica del gruppo determinato da differenze specifiche e oggettive e inteso come tramite per la partecipazione politica dei cittadini. Non è sufficiente il capitolo del *Leviatano* dedicato ai gruppi sociali per mostrare la rilevanza politica di un tessuto plurale e complesso del *commonwealth*: basti considerare come anche il rapporto del cittadino con il gruppo passi attraverso il suo rapporto con la volontà autorizzante del sovrano. Anche in Rousseau la dimensione di gruppo è intesa come corruzione dello Stato, in quanto crea coaguli di volontà particolare e di pretese che risultano pericolosi in relazione all'espressione della volontà generale nella sua universalità; mentre pericolose non sono le differenze delle volontà dei singoli, che sono così numerose da neutralizzarsi vicendevolmente, rendendo perciò evidente la vanità della possibile pretesa di ognuna di identificare la propria particolarità con la volontà del soggetto collettivo. Perciò il verbo giusnaturalista, per la sua logica intrinseca, appare distruttivo di quella società cetuale che sopravviverà in Europa almeno fino alla Rivoluzione francese.

3. *Sovranità e costituzione.*

Un esame dei concetti che non si muova all'interno dell'astrazione della storia delle idee, ma che voglia essere attento a quanto i concetti condizionino non solo il modo di pensare, ma anche la vita degli uomini, non può non guardare all'aspetto costituzionale, nel senso più ampio ed etimologico del termine. Nel caso della sovranità questa operazione deve attraversare il significato più ristretto del

([18]) Proprio per questo lo stesso Rousseau non può sfuggire totalmente alla logica rappresentativa, come dimostra la figura del grande legislatore (cfr. su ciò "Il popolo contro il rappresentante", in *La rappresentanza politica* cit., pp. 92-95).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termine, a cui siamo abituati a partire dalle rivoluzioni americana e francese, quello cioè della carta che fissa l'ordinamento giuridico fondamentale dello Stato, che ne stabilisce i distinti poteri e che li regola mirando alla difesa dei diritti fondamentali dei cittadini. Tenendo presente che, in questo stesso quaderno, il tema è espressamente affrontato con ben maggiore competenza, mi limito ad alcune osservazioni relative al tema della sovranità.

Anche se la costituzione, nel senso che viene a prendere a partire dalla Rivoluzione francese, delinea i diritti dei cittadini che devono essere garantiti e stabilisce la separazione dei poteri, tuttavia essa non è pensabile se non in relazione al concetto di sovranità. Lo implica infatti necessariamente in un duplice modo: innanzitutto in quanto ci può essere costituzione giusta solo in quanto vi è un soggetto che legittimamente può stabilirla, e questo soggetto, dopo la lezione di Rousseau, altri non può essere che il popolo. Così si procede sull'onda della neutralizzazione moderna e dell'assolutizzazione della volontà: se non ci sono punti di riferimento condivisi a cui riferirsi in relazione a ciò che è giusto fare nella vita in comune degli uomini, non resta che la decisione sovrana dell'unico soggetto legittimato a prenderla, cioè quello che si identifica con la totalità dei cittadini. Nella costituzione viene in luce quella dimensione costituente del popolo emersa con Rousseau, che era sconosciuta alla tradizione pre-moderna. Questa dimensione del popolo resta presente anche nella realtà costituita e riemerge nel tentativo ricorrente di interrogare direttamente la volontà del soggetto collettivo, al di là della mediazione istituzionale del corpo rappresentativo.

Ma l'altro aspetto secondo il quale la sovranità opera nella costituzione è quello della determinazione del corpo che ordinariamente esprime la volontà del popolo, in quanto è da esso eletto al fine della formazione della legge (19). La formazione della legge è elemento tipico e primario della sovranità: in ciò sta la novità del concetto, nei confronti di una millenaria tradizione in cui il pro-

(19) Naturalmente non è il popolo che vota, ma sono i singoli individui: il cosiddetto "popolo" è il risultato della volontà espressa dalla maggioranza del corpo degli eletti (cfr. G. Duso, *Repräsentative Demokratie: Entstehung, Logik und Aporie ihrer Grundbegriffe*, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 30 (2001), pp. 45-80).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blema di colui che esprimeva atti di comando era di governare *secondo* le leggi. Il sovrano in senso moderno (o il rappresentante del popolo sovrano) non deve tanto governare secondo le leggi, ma *decidere* la legge. E perciò sia il comando dell'unico soggetto legittimo, cioè del popolo come soggetto collettivo, sia il modo nuovo di intendere il governo come potere *esecutivo* appaiono dipendenti dal concetto di sovranità.

Tale seconda modalità di espressione della sovranità richiama quell'elemento della rappresentanza che, come si è detto, è ad essa strettamente intrecciato. La rappresentanza, nella sua logica, appare come la messa in atto concreta del concetto che era stato elaborato da Hobbes. Non solo infatti si costituisce un corpo rappresentativo che dà voce e azione al soggetto collettivo, ma, attraverso la concreta procedura dell'elezione, si realizza quel processo di autorizzazione che già nel *Leviatano* si mostrava come necessario a *costituire l'autorità*. Anche qui il concetto di sovranità del corpo collettivo è pensabile solo a partire dalla funzione fondante dei singoli individui. È quasi inutile ripetere che, in una concezione in cui non c'è mandato imperativo, in cui i singoli, astratti da ogni rapporto reale e da ogni determinazione differente — gli individui uguali — esprimono un voto che consiste nella indicazione della persona del rappresentante, e nella quale la funzione della rappresentanza è quella di dare forma alla volontà comune, non c'è nessun passaggio di volontà determinate; piuttosto la cosiddetta espressione di volontà in cui consiste l'elezione si risolve appunto nel processo di autorizzazione, secondo il quale qualcuno viene autorizzato non ad esprimere la volontà di coloro che lo hanno eletto, ma a dare forma a qualcosa di nuovo: la volontà unitaria del corpo elettivo (20).

Ci troviamo di fronte, con la prima costituzione del 1791, a quell'intreccio di sovranità, rappresentanza e unità politica che è stato sopra indicato come caratterizzante la nascita dei fondamentali concetti politici della modernità. In questo quadro, come risulta chiaro da quanto dice Sieyes su ciò che è da rappresentare — l'interesse generale e quello del singolo, ma non certo l'interesse di gruppo — e dalla legge Le Chapelier, che intende fare piazza pulita

(20) Su questo aspetto delle elezioni contemporanee ho insistito in *Repräsentative Demokratie*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di una società cetuale e corporativa, ciò che appare categoricamente escluso è la dimensione politica plurale dei gruppi e delle aggregazioni. Le modalità della rappresentanza, sia per quanto riguarda la sua base elettiva, costituita dai i cittadini uguali, che singolarmente e fuori da ogni differenza e aggregazione si presentano all'urna, sia per quanto concerne l'operare del corpo rappresentativo come un'unica persona, secondo quella legge della maggioranza che Hobbes aveva bene chiarito nel capitolo XVI del *Leviatano*, escludono a priori la pluralità dei soggetti politici. Da un punto di vista costituzionale il gioco che si viene a determinare è quello che vede da una parte il soggetto individuale, il cittadino, il cui atto politico consiste nell'investire qualcuno del compito di decidere politicamente in sua vece, e dall'altra il soggetto collettivo che esprime la volontà e l'azione dell'unica persona civile (21).

4. *Lo stato costituzionale contemporaneo.*

Si può pensare che questa presenza insopprimibile della logica della sovranità nella costituzione sia un portato della fase costituzionale immediatamente successiva alla Rivoluzione francese. Molto è cambiato con il Novecento, con l'estensione del suffragio, con la nascita dei partiti organizzati, con la nuova dimensione delle democrazia di massa, con la complessificazione della società e conseguentemente anche dei compiti dello Stato, non solo, ma anche con la modificazione delle costituzioni e della loro funzione in relazione ai processi materiali. Ci sono molte ragioni per delineare un quadro a

(21) Naturalmente non intendo qui riferirmi alle differenze ideologiche rappresentate dai partiti, che sono insieme una complicazione, ma anche un prodotto di questa logica dell'unità politica e dello scarto esistente tra la molteplicità delle opinioni individuali e la necessità di esprimere una volontà unica. Che la forma politica sia aperta costitutivamente a questo tipo di differenziazione ideologica dei partiti appare chiaro fin dall'inizio e non appena ci si ponga la domanda su chi e come esprimerà la volontà di tutto il popolo. Le differenze che sono negate nel loro significato politico sono piuttosto quelle esistenti tra i gruppi sociali, dipendenti da elementi materiali, da collocazioni specifiche nella società e tali da identificare in modo diverso bisogni, interessi, competenze, punti di vista prospettici dei singoli. Si tratta di differenze molteplici ma determinate e non delle infinite differenze che possono esserci tra i singoli e che vengono azzerate dal meccanismo della rappresentanza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

noi più vicino in cui gli elementi propri della sovranità non appaiono più espressivi della realtà costituzionale (22). Al fine di intendere la realtà contemporanea si può riconoscere l'insignificanza in cui sono caduti elementi caratterizzanti la forma politica moderna, quali quelli del popolo sovrano, della rappresentanza come forma di legittimazione, della indipendenza del corpo rappresentativo nel decidere la legge, della superiorità della volontà generale nei confronti degli interessi privati di gruppi e organizzazioni: tutto ciò appare destituito di forza ermeneutica e anche di capacità legittimante in relazione all'obbligazione politica e ai processi di quella che è stata chiamata la costituzione materiale.

Non è difficile ravvisare nello Stato costituzionale contemporaneo anziché atti di decisione sovrana, piuttosto il tentativo di coordinamento e di arbitrato in relazione ad una pluralità di forze socialmente esistenti. Potrebbe sembrare prevalente l'elemento associativo che caratterizza i gruppi che esercitano funzioni nella società e pressioni sul corpo politico. Nei confronti della pluralità dei gruppi è la giurisdizione ad esercitare una funzione di regolazione, quasi come accadeva in quella prima età moderna in cui la sovranità non era nata e non determinava quindi il quadro della politica. La stessa costituzione prende un ruolo sempre più attivo nella costruzione di limiti rigidi all'interno dei quali legislativo e governo si muovono, limiti che escludono la strapotenza che il concetto di sovranità comporta. La stessa pretesa della maggioranza di imporre la sua volontà come volontà unitaria della nazione viene in tal modo ridimensionata e limitata.

È significativo che sempre più si senta il bisogno di garanzie costituzionali, esercitate da organi, come le corti costituzionali, che non sono elettivi e sembrano adatti a regolare possibili eccessi degli organi elettivi (23). Da questo punto di vista si potrebbe pensare che

---

(22) Tengo qui presente la proposta interessante degli ultimi lavori di Maurizio Fioravanti, che culminano in un tentativo di porre in modo nuovo il problema di una costituzione per l'Europa (cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo stato moderno in Europa*, a cura di M. FIORAVANTI, Laterza, Bari-Roma 2002, pp. 3-36, e dello stesso, *La scienza del diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2001, tomo II, pp. 835-906, sp. 835-853).

(23) Ha opportunamente richiamato l'attenzione su questo tema P. PASQUINO, *Gli organi non-elettivi nelle 'democrazie'*, in *L'Europa e il futuro della politica* cit., p. 149-163; è la stessa nozione di democrazia che tende a cambiare in relazione a quelli che sono stati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regolazioni costituzionali vadano in direzione di una migliore e più sana democrazia, contro il principio semplice della democrazia come potere del popolo, che, come si è detto è il prodotto del concetto di sovranità.

Tale limitazione, o addirittura espunzione del principio di sovranità all'interno corrisponde ad una evidente perdita di sovranità degli Stati verso l'esterno, innanzitutto per i condizionamenti che provengono dalla situazione politica internazionale e da movimenti economici che hanno una portata mondiale: All'interno di una situazione strutturale di questo tipo è del tutto irrealistico pensare a "decisioni sovrane", e dunque autonome e indipendenti, da parte delle entità statali. Ma anche processi come quelli che hanno portato all'Unione europea presentano una situazione nuova, non più leggibile secondo la logica della sovranità, secondo la quale o ci sono trattati internazionali stipulati da soggetti sovrani, o c'è una realtà nuova che li supera presentandosi come Stato sovrano essa stessa. Tutto ciò può fare suggestivamente pensare — e molte voci vanno in questa direzione — ad un ritorno, dopo la parentesi dello *jus publicum europaeum*, dominato dalla sovranità, alla complessità e al pluralismo che si possono ravvisare nella prima età moderna. (24).

Non in dissonanza, mi sembra, con tale descrizione si può pensare a quanto si siano modificate le modalità concrete in cui avvengono le scelte politiche, che sono il risultato di un incrocio complesso di forze di vario tipo, e non appaiono più il frutto di una decisione libera del corpo da tutti autorizzato ad esprimere la volontà sovrana del popolo. Le decisioni sembrano addirittura sottratte ai luoghi istituzionali deputati a ciò. La stessa distinzione tra un punto di vista statale, superiore agli interessi di parte e teso alla difesa uguale dei diritti dei cittadini, e lo spazio sociale della competizione dei gruppi appare superata, al punto che *pubblico* e *privato* non possono più essere determinati mediante una netta

---

i suoi concetti fondamentali. A questo proposito si può tuttavia osservare che l'aspetto di legittimazione democratica legato all'espressione della maggioranza del popolo attraverso il corpo rappresentativo o forme referendarie non è, attraverso tali organi costituzionali, tacitato o eliminato, come mostrano i recenti dibattiti legati sia alla situazione italiana, sia a quella europea.

(24) FIORAVANTI, *Lo stato moderno in Europa* cit., sp. pp. 32-34 e D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung,* Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, p. 434.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

separazione. Da questo punto di vista si può dire che determinare il problema politico a partire dal legame e dalla distinzione insieme di soggetto individuale e soggetto collettivo appare un atteggiamento teorico superato da una realtà in cui, come le decisioni statali appaiono condizionate da spinte e influenze di gruppi e associazioni, così anche i singoli trovano modalità molteplici e diverse di espressione all'interno di forme aggregative, partecipando a processi che non trovano certo nell'individuo indipendente il loro fondamento. È tuttavia da chiedersi se la conclusione di queste osservazioni sia quella del riconoscimento di un nuovo modello costituzionale, che ha superato quello legato alla sovranità, oppure se non ci si trovi piuttosto di fronte ad un quadro di crisi e di trapasso, nel quale si fa fatica a staccarsi da un modello che sembra obsoleto e soprattutto da quelli che sono stati i suoi concetti fondamentali.

5. *Perché guardare alla Politica di Althusius.*

Prima di tentare una risposta a questa domanda è tuttavia utile fare alcune osservazioni in relazione ai richiami che dalla nostra contemporaneità si possono fare a un quadro storico e di pensiero rintracciabile nella prima età moderna, dal momento che un tale riferimento appare sempre più diffuso nel dibattito attuale, assieme a quello che riguarda un pensatore politico notevole, ma fino a poco tempo fa quasi totalmente ignorato, quale è Johannes Althusius. Una giustificazione per un tale interesse è stata indicata già all'inizio: la comprensione della nostra contemporaneità ci è inibita se rimaniamo acriticamente all'interno dei concetti nati con la forma politica moderna, quasi fossero concetti necessari ed eterni, e se non abbiamo un orizzonte più ampio, nel quale i concetti moderni sono relativizzati e visti nella loro genesi e, probabilmente anche nella loro crisi. Lo sguardo non solo alla prima età moderna, in cui sono presenti una serie di concezioni e di realtà che non hanno ancora subito il taglio decisivo della scienza politica moderna, ma anche al pensiero politico dei greci e della tradizione medievale, appare da questo punto di vista importante. Ugualmente appare importante, al di là dei giudizi sulle conquiste della modernità, comprendere cosa è andato perduto nella semplificazione formale dell'ordine moderno;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e qui, tra le altre cose che si possono nominare, pluralità, differenze, partecipazione e consenso hanno probabilmente il loro posto.

Trovo dunque appropriato e denso di sollecitazioni il riferimento ad Althusius quando si vuole riflettere criticamente sulla sovranità, nella consapevolezza della sua crisi. Dal momento che da tempo ho cercato di indirizzare l'attenzione sulla ricchezza di pensiero che si manifesta nella sua *Politica* e sui vantaggi che ci offre pensare *oggi* ad essa, proprio in quanto non è fagocitata dalla logica dei concetti moderni, cioè quelli delle moderne costituzioni e quelli che operano ancora nella nostra mente quando pensiamo la politica (25), mi sembra necessario fare alcune precisazioni sui pericoli che possono mediante un riferimento troppo immediato a questo autore, nell'ottica del reperimento di un *modello politico o costituzionale*, di un modello *federalistico*, inteso magari come quello in cui prevale una dimensione orizzontale o quella della formazione del potere dal basso. Mi sembra che una tale proposta, che si muove all'interno di una scienza politica che si esprime per modelli, da una parte faccia torto al pensiero di Althusius e rischi di fraintenderlo, e dall'altra, visto che i danni operati da una distorta comprensione del passato sono legati — spesso dipendendone — dalla riduttività mediante la quale si pongono i problemi del presente, non colgano la complessità del compito che ci sta oggi di fronte, non risolvibile con *modelli*, tanto meno con un presunto "modello althusiano".

Ho recentemente cercato di mostrare come non solo il concetto di *maiestas populi* quale si trova nella *Politica* di Althusius non costituisca nessuno scalino o punto di passaggio nella storia moderna della sovranità, ma al contrario, che quest'ultima nasce solo nel momento in cui il modo di pensare la politica in cui hanno un senso determinato nella *Politica* i termini di *maiestas e populus* è

(25) Rimando per i punti principali del pensiero di Althusius e per la sua differenza nei confronti dei concetti nati con il giusnaturalismo al mio *Mandatskontrakt, Konsoziation und Pluralismus in der politischen Theorie des Althusius*, in G. Duso, W. Krawietz, D. Wyduckel (Hrsg), *Konsoziation und Konsens. Grundlage des modernen Föderalismus in der politischen Theorie*, Duncker & Humblot, Berlin 1997, pp. 65-81, e a *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius* cit. Per una proposta sul federalismo di Althusius e la sua possibile attualità si veda Th. Hueglin, *Sozietaler Föderalismus. Die politische Theorie des Johannes Althusius*, W. De Gruyter, Berlin-New York 1991 (discusso nel n. 21 (1992) di "Quaderni Fiorentini", pp. 611-622).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

destituito di ogni valore (26). È proprio nella direzione della cancellazione di questo pensiero della politica che nasce quella costruzione teorica che, a partire dai diritti degli individui, dalla loro uguaglianza e libertà, fonda la sovranità moderna, cioè il *potere* che realizza i diritti. Con Althusius ci troviamo fuori della dimensione della sovranità e dunque fuori della dimensione del potere e di un modo formale di intendere il rapporto tra comando e ubbidienza. Nei diritti di maestà abbiamo tutt'altro che l'idea di una *volontà sovrana che decide*, sia essa quella del sommo magistrato, sia essa quella del popolo. E ciò perché ci troviamo in un quadro complesso, in cui tutto ciò che è rilevante non dipende dalla *volontà* di qualcuno, sia costui colui che governa oppure chi è governato. Non c'è qui quell'assolutizzazione della volontà che è nata con il nichilismo moderno e con l'operazione di cancellazione del pensiero del passato e dell'esperienza che è presente nella descrizione contrattualistica dello stato di natura.

Se questo è vero, allora si può affermare che, non solo non è presente la dimensione di comando propria del potere, che viene dall'alto, ma nemmeno quella della sua formazione dal basso: ambedue queste direzioni (non a caso formali, geometriche, prive di valenza qualitativa, estranee alla determinatezza dei contenuti) sono pensabili solo in un contesto di assolutizzazione della volontà e di determinazione formale dei rapporti e del significato della legge, che è estraneo al pensiero di Althusius. Perciò l'elemento *consociativo* della politica althusiana non indica una dimensione opposta a quella verticale del potere, ma è un'altra cosa, come si può evincere dalla convinzione, esplicitamente espressa, che, come tra gli uomini è naturale e primario il rapporto con l'altro e dunque la dimensione della *koinonia* e della *comunione*, altrettanto è naturale e razionale che ci sia un rapporto di governo, secondo il quale chi ha più forza e saggezza governa gli altri: ciò è bene per chi governa e per chi è governato. Senza governo non è pensabile il fenomeno associativo. L'istanza di governo comporta un necessario elemento di unità proprio in quanto ci si muove in un quadro che contempla la

(26) Cfr. G. DUSO, *La maiestas populi chez Althusius et la souveraineté moderne*, in *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, a cura di G.-M. CAZZANIGA e Y.-C. ZARKA, ETS e Vrin, Pisa e Paris 2001, pp. 85-106.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pluralità dei soggetti politici (che non sono gli individui). Il rapporto *ad unum* è dunque corrispettivo al riconoscimento della pluralità dei soggetti che caratterizza il popolo: è proprio questa pluralità e la diversità che connota le parti della società a richiedere una funzione di guida e di coordinamento. Tale rapporto ad *unum* è tutt'altro dall'unità politica che connota la sovranità, se è vero che ad essa è connaturato l'aspetto formale sopra indicato, secondo cui il popolo coincide con il sovrano e si manifesta attraverso la sua funzione rappresentativa.

Ambedue le dimensioni della società, quella consociativa e quella del governo, intrinsecamente legate tra loro, sono negate dal nuovo concetto di potere con la sua assolutizzazione della volontà. Tra il principio di *governo*, che, come dice Brunner, ha organizzato per una millenaria tradizione le discipline pratiche, etica, economica e politica, e il concetto moderno di *potere* vi è una differenza radicale (27). Il secondo nasce solo come negazione del primo e in connubio necessario con il nuovo concetto di libertà. Intendere l'*imperium* di Althusius come una forma di potere comporta dunque intenderlo mediante quel concetto che è nato con Hobbes proprio al fine di negare una relazione di governo tra gli uomini. In questo modo non solo si fraintendono le fonti del passato, ma essendo figli della svolta epistemologica weberiana, si tende ad ipostatizzare il potere e ad intenderlo come realtà oggettiva. Da qui può derivare o una lettura di Althusius ridotta ad un modello di costruzione del potere dal basso, oppure, se non si cancellano le dimensioni religiosa, etica, giuridica della *Politica*, una lettura che demanda al regno dell'ideologia le giustificazioni della razionalità dell'*imperium* che appunto non si riducono alla espressione di volontà degli individui.

Di dimensione orizzontale e dimensione verticale noi possiamo propriamente parlare solo all'interno di quella neutralizzazione di elementi qualitativi che si attua nell'ambito della moderna teoria della sovranità: in questa il potere non può essere esercitato che dall'alto, dal momento che appartiene all'unica persona civile e non ai singoli, e richiede ubbidienza assoluta e negazione di ogni resistenza, proprio per garantire l'uguaglianza e impedire i soprusi del

(27) Rimando ancora al mio *Fine del governo e nascita del potere* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più forte sul più debole; tuttavia ciò è possibile *solo in quanto* la sua fondazione proviene dal basso, cioè da coloro stessi che sono soggetti al comando, come si è visto. I rapporti tra i singoli possono quindi essere considerati su di un piano orizzontale, determinato da una uguaglianza che elimina ogni possibile gerarchia, ma tali rapporti sono privi di qualsiasi significato politico, sono appunto rapporti *privati*, la cui orizzontalità è resa possibile solo grazie al potere della persona sovrana. In Althusius invece la dimensione plurale della società, costituita da differenti raggruppamenti tra gli uomini, nei quali si danno gerarchia e *status* diversi, richiede necessariamente una forma di governo, mediante la quale non si instaura un rapporto formale di comando e ubbidienza, ma piuttosto si pone in atto un esercizio di guida e coordinamento (appunto di *governo*), che implica bensì una serie continua di comandi, ma comandi che prendono il loro senso in relazione a realtà e contenuti concreti e che si danno all'interno di un quadro di elementi considerati oggettivi e indipendenti dalla volontà, che costituiscono punti di riferimento per i governanti e anche per i governati, per il giudizio di questi ultimi sul comando e per la negoziazione della loro ubbidienza.

In questo quadro, il diritto di resistenza non si basa su un presunto potere sovrano del popolo, ma, al contrario, proprio sulla mancanza del concetto di una *volontà sovrana*. Il diritto di resistenza implica la pluralità dei soggetti (pluralità che è possibile in quanto i soggetti sono gruppi e consociazioni e non singoli individui), il dualismo tipico della società cetuale, tra l'istanza del principe e quella dei ceti, e inoltre la rilevanza di un quadro *reale*, nel quale è possibile orientarsi, di cui fanno parte il buon diritto antico, l'ambito della giurisdizione, i testi sacri, la religione, la conformazione del regno e l'esistenza delle sue parti, cioè dei membri del regno.

L'istanza del governo, presente in tutti i livelli consociativi della *Politica*, perfino in quello familiare ([28]), non esprime il corpo collettivo, il quale si manifesta piuttosto attraverso gli organi collegiali, che affiancano e si contrappongono (non necessariamente nel senso

([28]) È da ricordare che non è possibile qui la distinzione tipica della politica moderna e caratterizzante le costituzioni, tra società e Stato: anche la famiglia, che pur è consociazione privata non di meno è trattata nella *Politica*: politico non si identifica con *pubblico*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'opposizione, ma normalmente in quello della collaborazione e del controllo) a quella istanza di governo in concomitanza con la quale sono pensati (29). A differenza che nel concetto di potere, nel principio del governo il soggetto collettivo non è mai il soggetto del governo (l'azione di governo è attribuibile proprio a colui che governa e non al popolo), ma è piuttosto *di fronte* a chi governa; perciò nella democrazia — che qui è ancora una forma di governo e non ha niente a che vedere con il *potere del popolo* e dunque con la sovranità — l'istanza del soggetto collettivo non è incarnata dalla forma democratica di governo, ma dagli organi collegiali che controllano quel governo. A differenza che nel frontespizio del *Leviatano*, il popolo non è *attraverso* il sovrano, ma *di fronte* al sovrano, e non in senso ideale, ma reale: è cioè soggetto capace di azione.

Ciò è possibile solo a patto che il popolo non sia inteso come totalità degli individui uguali, come cioè una dimensione ideale che non passa all'effettività se non attraverso l'opera formatrice del rappresentante, sia esso il sovrano rappresentante o il rappresentante del popolo sovrano. Nella *Politica* il popolo non è grandezza costituente, ma piuttosto grandezza *costituita* (30), e formata non da

(29) Il ragionamento a questo proposito richiede una maggiore complessità, come è evidente se si pensa all'aspetto rappresentativo che connota pure il sommo magistrato in relazione al regno. Tale elemento rappresentativo non mi pare debba e possa essere tuttavia interpretato nell'ottica della moderna rappresentazione dell'unità politica, ma piuttosto all'interno di una concezione complessa e plurale della rappresentanza. Se questa, per quanto riguarda il pensiero di Althusius, è considerata in modo unitario e all'interno della concezione - moderna - del potere, allora ci si può immaginare una procedura di *formazione dal basso del potere* (che, come si è visto, è tipica della moderna concezione della sovranità); se invece si ravvisa nella *Politica* di Althusius una duplicità di forme rappresentative, una prima *identitaria*, espressa dagli organi collegiali, ed una seconda, cerimoniale e regale, espressa dal sommo magistrato, si comprende come il quadro sia assai diverso e più complesso in relazione al nesso sovranità-rappresentanza tipico della concezione politica moderna. Cfr. su ciò il mio *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius* cit. sp. pp 107 ss., e soprattutto H. HOFMANN, *Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit. Zur Frage des Repräsentativprinzips in der "Politik" des Johannes Althusius*, in *Politische Theorie des Johannes Althusius* cit., pp. 513-542 (lo stesso saggio è anche in H. HOFMANN, *Recht, Politik, Verfassung*, Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1986, pp. 1-30).

(30) Il popolo può avere una funzione costituente, come avviene nel caso della costituzione del regno, ma ciò solo a patto di essere una grandezza *costituita*, dunque composta di parti differenti e determinate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individui, ma da parti, cioè da gruppi, all'interno dei quali i singoli hanno la loro concreta realtà e trovano le modalità della loro partecipazione politica; conseguentemente non è l'individuo ad essere posto alla base della costruzione. Un federalismo che pensi gli individui come i veri soggetti che stanno alla base della politica e che ragioni in termini di potere non sembra essere quello che traspare dai testi althusiani (31). Piuttosto in quest'ultimo l'elemento primario è costituito dalla consociazione e dal diritto simbiotico, all'interno del quale sono pensati gli individui. Si badi bene, non è che non abbiano rilevanza o dignità gli uomini singoli, le persone; piuttosto è l'individuo in quanto tale, come cioè astratto dai rapporti che lo costituiscono, a non avere realtà e a non poter essere fondamento della politica. Non solo l'individuo, ma nemmeno la volontà — sia pure quella degli organi collegiali — può essere fondamento della politica: non può essere una *volontà autonoma e indipendente* a potere essere *decisiva* per l'azione: condizionanti e rilevanti per l'orientamento di quest'ultima sono piuttosto i punti di riferimento che sono stati sopra indicati.

Tutto ciò è qui solo schematicamente ricordato per indicare che, se il riferimento al pensiero di Althusius rappresenta una mossa felice del pensiero, esso tuttavia ci fa comprendere quanto arduo sia il compito di pensare la politica nel nostro presente. Se ravvisiamo nella sua dottrina un modo diverso da quello della sovranità moderna di intendere il *potere* (all'interno della cui ottica, in tal modo, continuiamo a pensare), non solo non cogliamo la dimensione caratteristica della sovranità, in quanto non intendiamo la sostanzialità per essa del processo di autorizzazione, ma rischiamo di mantenerci, in modo acritico, all'interno dei due presupposti fondamentali della scienza politica contemporanea, costituiti da Hobbes e da Weber, e di proiettare il prodotto di *questa scienza* nella realtà ipostatizzandolo, di modo che il rapporto di potere è concepito come una realtà sempre presente nella storia. Mettere in questione

(31) Dico ciò non solo per denunciare il travisamento del pensiero althusiano in chiave liberale contemporanea, ma anche per mostrare i compiti nuovi che abbiamo nella nostra società, che è assai diversa da quella cetuale propria del pensiero di Althusius: si vedano per questo i problemi avanzati in relazione al tentativo di pensare il federalismo oggi in *Tra Unione europea e forma-Stato* cit., sp. pp. 222 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attraverso Althusius il quadro della sovranità, significa anche mettere in questione gli elementi che hanno permesso la costruzione teorica di quest'ultima, innanzitutto la dimensione fondante dell'individuo, della sua volontà e dei suoi diritti. Di più: è lo stesso modo di pensare la politica a partire dai diritti degli individui ad essere messo in questione, nel momento in cui si presenta alla nostra riflessione una concezione che situa i singoli uomini all'interno del diritto simbiotico, all'interno di un contesto di *koinonia*, nel quale solo il singolo ha un suo significato. Si potrebbe dire allora che in questo caso è il *rapporto con l'altro* a costituire l'elemento originario, anziché la sfera del *proprium* e dei diritti individuali. Tale concezione dell'individuo all'interno del diritto simbiotico e non come elemento primario e fondante è intrinseca al significato che ha la *consociazione*.

Ma un altro aspetto determinante è da tenere fermo. Non solo l'essenza della consociazione è inseparabile dalla necessità del governo, ma dimensione comunitaria e dimensione di governo sono pensabili solo all'interno di un contesto che costituisce un quadro di realtà *condivise*: come si è detto sopra, per Althusius religione, diritto, costituzione del regno, delineano un orizzonte in cui quelle due dimensioni sono pensabili, altrimenti non ci sono punti di orientamento per l'agire (appunto per *governare* la nave della repubblica in una direzione) e manca un quadro comune e condiviso che permetta a coloro che sono sottomessi al governo di controllare, giudicare e anche opporsi. Lo stesso pluralismo che si può rintracciare nel federalismo althusiano non è certo reso possibile da una messa tra parentesi della fede, da un ordine formale basato sul relativismo, ma, al contrario, da un quadro condiviso, come mostra la rilevanza del patto con Dio. Anche la figura dell'*impero*, contrariamente dall'uso oggi corrente, come forza che tutto rende omogeneo e ingloba, è segno di un quadro di relazioni nel quale l'istanza superiore di governo è intrinsecamente legata al pluralismo dei soggetti e dei corpi territoriali.

Se si astrae da questo contesto complesso e si ritengono religione, testi sacri, diritto antico, tradizioni, realtà delle aggregazioni e dei gruppi, come inessenziali e si riduce il pensiero espresso nella *Politica* a un modello di *organizzazione del potere*, si è in realtà riportato il pensiero di Althusius all'interno del quadro di neutra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lizzazione della questione della verità e della giustizia che caratterizza il processo di nascita della sovranità moderna ([32]). Dunque questo tentativo di attualizzazione immediata del pensiero di Althusius non solo porta al suo fraintendimento, ma riduce la rilevanza che esso ha, proprio in quanto irriducibile all'orizzonte del potere, in relazione al compito — nuovo — che oggi ci troviamo di fronte.

6. *La difficile comprensione del presente e il processo di decostituzionalizzazione.*

Questo compito nasce dalla necessità di pensare il pluralismo in un tempo, nel quale il pensiero e la storia della soggettività si sono intrecciati con fenomeni politici ed economici, con lo sviluppo della statualità moderna, con l'affermarsi della produzione capitalistica, un tempo dunque che non è caratterizzato da una società cetuale, in cui non è un'unica religione o il patrimonio di comuni testi sacri a determinare un piano comune di condivisione, né è presente, nel senso sopra indicato, la figura dell'impero e nel quale si è avuta l'esperienza secolare dello Stato come fonte del diritto. Per uscire dal presupposto della sovranità e dalla morsa dell'unità politica bisogna superare la funzione che ha ancora nelle stesse procedure costituzionali (vedi elezioni) la dimensione fondante dell'individuo, la logica dei diritti e il nichilismo che caratterizza il concetto moderno di libertà, in cui l'affermazione dell'indipendenza della volontà si accompagna con la destituzione di significato della realtà (intesa nel senso più ampio e complesso). Ugualmente appare necessario riuscire a ritrovare un orizzonte di condivisione (questo

([32]) La denuncia dei problemi intrinseci al nichilismo moderno non va nella direzione del richiamo di un quadro di verità, che organizzi in modo gerarchico la società, ma piuttosto di un pensiero sulla realtà che si muova all'interno della domanda di ciò che è giusto, della domanda e non della pretesa verità delle risposte a questa domanda. Del resto la questione della giustizia si mostra all'origine della stessa costruzione della scienza politica moderna, anche se viene tacitata da quella risposta formale che ha come suoi poli appunto la sovranità e il suo fondamento, costituito dal concetto di libertà, che diviene centrale nel pensiero della politica. Su questa centralità che il nuovo concetto di libertà viene ad assumere, in luogo dell'antica domanda sulla giustizia, si veda H. HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Laterza, Bari-Roma 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

uno degli insegnamenti di Althusius), un piano *etico* comune, dove il termine di eticità è privato di ogni carattere moralistico, del dover essere, e indica invece, quasi hegelianamente, la rilevanza del rapporto con gli altri per la costituzione del sé.

Le lotte per i diritti possono essere considerate in tutta la loro portata quando non è il ragionare sulla base dei diritti ad essere la chiave della loro comprensione. Sono i diritti degli individui ad aver prodotto — mediante quella logica che si fa evidente nella domanda "chi deve dare ciò di cui ognuno ha diritto" — la sovranità e il monopolio della forza. Il riprodursi di questa logica al livello mondiale riproporrebbe le contraddizioni proprie del nesso di sovranità-rappresentanza e porrebbe la domanda inquietante sul soggetto che eserciterebbe la forza in un quadro in cui il problema politico è ridotto a quello della polizia. Se sono i "diritti" di coloro che non hanno riconosciuta la loro dignità umana a contare, allora il piano comune è quello della *rilevanza per me dell'altro* e ciò a tutti i livelli. In un tempo segnato da fenomeni che hanno carattere mondiale non è difficile scoprire l'importanza e la ripercussione che ha per noi quanto avviene in luoghi assai lontani, e ciò a livello dell'economia, della politica, dei processi naturali o degli interventi dell'uomo sulla natura, dei disastri ecologici ecc. Sembra anche necessario trovare un terreno comune tra le diverse fedi; ma non nella direzione di quella tolleranza che è insita in un modello di democrazia formale, che in realtà è basato sulla convinzione della irrilevanza delle fedi: una tale tolleranza appare infatti debole in rapporto alle diverse forme di integralismo, che non possono essere superate grazie alla comune accettazione di un orizzonte relativistico. Piuttosto appare necessario rintracciare un piano che riesca a valorizzare le fedi e a mostrare la possibilità e la fecondità della vita in comune di uomini di diverse religioni e senza religione. Un motivo non ultimo di questo incontro sta forse nella consapevolezza della natura arrischiata della fede che è tradita dal suo trasformarsi in un presunto possesso della verità.

Se ritorniamo al quadro sopra delineato dello stato costituzionale contemporaneo, possiamo fare alcune considerazioni per tentare di rispondere alla domanda che era emersa in relazione alla comprensione insieme dell'Europa e delle trasformazioni delle costituzioni statali. Certo è da condividere l'opinione che quello che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sta avvenendo in relazione all'Unione europea comporti una trasformazione delle costituzioni statali e non sia riducibile ad un semplice accordo temporaneo di soggetti che rimangono sovrani, e che tuttavia tale superamento della contingenza e temporaneità dell'accordo non comporti la nascita di una nuova sovranità. Il compito è allora quello di pensare tali processi e i soggetti che a questi processi danno luogo e che in essi si trovano con mezzi diversi da quelli della concettualità segnata dalla sovranità. Non solo dunque al di là del concetto di sovranità, ma al di là dei concetti che lo hanno prodotto e dei principi e delle procedure che nella costituzione sono ancora contraddistinti dalla logica della sovranità.

Se è vero che si è dato un processo di *costituzionalizzazione*, nel quale la costituzione da una parte ha influenzato con i suoi valori e le sue regole i vari ambiti del diritto (33), e dall'altra ha limitato e guidato l'espressione di una volontà sovrana del soggetto collettivo, nella sua dimensione maggioritaria, si può tuttavia anche dire che si è manifestato anche un processo diverso e in parte opposto, che possiamo a buon diritto chiamare di *de-costituzionalizzazione* (34), nel quale sempre meno gli organi dello Stato mostrano di godere di indipendenza (che sembrava all'origine necessaria ai fini della legittimazione dell'obbligazione politica) nelle decisioni loro spettanti, e questo da una parte in seguito a fenomeni che hanno una portata mondiale, di tipo economico e politico, o di realtà quale quella appunto che sfocia nell'Unione europea, ma dall'altra a causa della complessità e vischiosità dei processi in cui elementi economici, istituzionali, politici, di gruppi e organizzazioni private si intrecciano in modo tale da rendere la descrizione costituzionale dei soggetti e

(33) Cfr. H. HOFMANN, *Vom Wesen der Verfassung*, Humboldt-Universität, Berlin 2002, p. 14.

(34) Anche Hasso Hofmann parla, di fronte ad un processo di costituzionalizzazione, di un processo di *Entkonstitutionalisierung*, che ha significato per le relazioni interne e esterne dello Stato e che mostra in modo palese l'esaurirsi del significato che la costituzione ha avuto nel suo legame con lo stato nazionale e con i principi nati con il giusnaturalismo. Sulla nostra come epoca di decostituzionalizzazione si veda anche G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Il futuro della costituzione* cit., pp. 293-314, il quale critica i tentativi astratti di grande riforma, in favore di un atteggiamento che tenti costantemente con interventi particolari apparentemente limitati, di unificare processi materiali e forma costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli organi di decisione del tutto inefficace in relazione alla comprensione di ciò che sta effettivamente avvenendo e degli elementi che sono rilevanti per le decisioni. È lo stesso aspetto formale che denota, ai diversi livelli, il soggetto della decisione nella costituzione ad essere incapace di descrivere, comprendere e normare questi processi. Si può dire che la costituzione manca anche del linguaggio per nominare tali processi, in cui gli stessi momenti istituzionali vengono a svolgere funzioni che non hanno rapporto con quanto indicato e prescritto dalla costituzione.

Anche Dieter Grimm, che da una parte si interroga sulla necessità di una costituzione per l'Europa, dall'altra esprime la consapevolezza della drastica diminuzione che ha subito quella capacità normativa che ha caratterizzato, a partire dalla Rivoluzione francese, le costituzioni moderne (35). Se si pensa che il concetto di sovranità, nato nella teoria del nel lontano Seicento, ha preso una sua dimensione storica con la Rivoluzione francese proprio mediante la questione della costituzione e della nazione come suo soggetto legittimo, allora può sembrare che assieme alla sovranità e allo stato nazionale sia anche la costituzione a tramontare, almeno nel significato che ha storicamente avuto. Il quadro che ci troviamo di fronte mi pare, più che quello di un nuovo modello che ha preso congedo dalla sovranità moderna, piuttosto quello nel quale un complesso concettuale, nato attorno alla sovranità e calatosi nelle costituzioni per normare la vita pubblica, emblematicamente rivela la sua difficoltà a costituire un armamentario valido per comprendere oggi la realtà e orientare l'agire individuale e collettivo.

A sostegno di tale affermazione sta la constatazione della persistenza di elementi centrali della logica della sovranità nelle costituzioni contemporanee e nelle loro procedure. Penso non solo alla funzione costituente del concetto di popolo e alla sua natura di unità dei cittadini uguali e indifferenziati, ma anche alla valenza dell'espressione della volontà individuale per la costituzione della

(35) Cfr. D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt am M. 1991, sp. pp. 241 ss. Sulla posizione di Grimm, come pure su quella espressa da E. W. BÖCKENFÖRDE, in *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und Verfassungsrecht, Suhrkamp,* Frankfurt am M. 1991, si vedano le interessanti osservazioni di M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione*, in *La scienza del diritto pubblico* cit., 835-853.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volontà maggioritaria del corpo politico e alle procedure di formazione della rappresentanza, che implicano la concezione del singolo al là di ogni concreta differenza e si risolvono in una forma di *autorizzazione*, con i dualismi e la mancanza di *partecipazione* che caratterizzano la sovranità. Penso inoltre alla difficoltà costituzionale di pensare la pluralità dei soggetti: una posizione abnorme hanno i partiti che con la loro organizzazione non solo incanalano o contribuiscono a formare l'opinione pubblica e prefigurano soluzioni prefissate per le scelte dei rappresentanti, ma anche mediante l'aggregazione del loro personale, riescono a rendere vani alcuni degli elementi tipici della costituzione, quale la divisione dei poteri (36). Una difficoltà ancora maggiore ha la costituzione a pensare i gruppi di interesse. Questi sempre più mostrano la capacità di influenzare le decisioni politiche e diventano parti nella negoziazione delle scelte pubbliche, e tuttavia sono ancora considerati come parte sociale piuttosto che attori politici con la *responsabilità* che ne conseguirebbe. In altri termini la costituzione appare fondata sulla distinzione teorica — che sempre meno ha un significato reale — tra società civile e stato e non è indirizzata ad una situazione plurale che è pensabile solo in quanto risulti superata questa dicotomia (37).

Tutto ciò non ha per altro un carattere negativo, di fronte a cui rassegnarsi, né il dilemma a cui ci troviamo di fronte mi sembra essere quello di una nuova capacità prescrittiva della costituzione o di un abbandono ai flussi incontrollabili della realtà. Piuttosto il problema che a noi si propone sembra essere quello di pensare la realtà superando gli strumenti che appaiono inservibili, ma dai quali si fa fatica a congedarsi: pensare la realtà significa non certo fotografarla, o riprodurla nella teoria, ma piuttosto trovare i punti di orientamento per non essere passivi all'interno dei processi e per riuscire a guidarli alla luce della questione originaria della giustizia. Pensare l'Europa ci aiuta ad essere sempre più consapevoli della

(36) Cfr. D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, pp. 431 ss. (tr. it. 157 ss.): i partiti sono peraltro un fenomeno prodotto dalla costituzione e legato all'ottica dell'unità politica e alla conquista del potere piuttosto che una forma di pluralismo politico.

(37) Cfr. anche quanto dice Grimm: "… Insofern setzt die moderne Verfassung die Differenz von Staat und Gesellschaft voraus. Ungekehrt ist sie auf Akteure, Institutionen und Verfahren, die sich auf diese Grenzlinien nicht festlegen lassen, nicht eingerichtet" (*Ibid*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crisi della concettualità che ha nei diritti degli individui e nel potere del soggetto collettivo i suoi due poli. Pensare una costituzione per l'Europa, è possibile a patto di cambiare il significato che la *costituzione* ha avuto nell'epoca moderna e di ripensare criticamente i suoi principi, che si è soliti dare per scontati. Bisogna investire di una domanda radicale gli elementi di base del pensiero politico moderno: dunque il concetto di individuo e il suo ruolo, il concetto di libertà che la riduce esclusivamente all'autonomia e all'indipendenza, la funzione dei diritti individuali e il concetto in cui questi elementi si concentrano: quello di rappresentanza politica (38).

Ma pensare in modo nuovo l'Europa non è possibile se non pensando in modo nuovo la realtà che è stata rappresentata dalla forma-stato, e ciò fino in fondo, non solo perché l'Unione Europea è una realtà irriducibile alla statualità, ma anche perché il pensiero che essa sollecita per la sua comprensione comporta il superamento della concettualità classica dello Stato pure per quelle realtà statali che ad essa danno luogo. In rapporto all'Europa la pluralità dei soggetti può forse essere pensata in una accezione diversa da quella della pluralità degli Stati, che sono pensati e organizzati sulla base della sovranità e dei suoi concetti. Bisogna riuscire a pensare pluralità e partecipazione politica all'interno di quella realtà che è stata delimitata e organizzata dalle costituzioni attraverso i poli costituiti dal soggetto individuale e da quello collettivo. Non è tanto da trovare la mediazione tra l'individuo e l'unità dello Stato, quanto da riconoscere il loro essere astrazioni, riuscendo a dare dimensione politica a quelle concrete e plurali forme in cui i cittadini si trovano concretamente a vivere ed ad operare. Tutto ciò significa avere anche la capacità di ripensare criticamente il modo in cui si è determinata la democrazia come forma costituzionale che ha preso l'avvio dai concetti sopra indicati di popolo e di sovranità, e ha trovato nella moderna rappresentanza politica il suo strumento.

---

(38) Una nuova capacità del pensiero è sollecitata da H. HOFMANN, *Das Wesen der Verfassung*, cit., sp. p. 23, e anche da M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico* cit., sp. p. 851.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SABINO CASSESE

CHE TIPO DI POTERE PUBBLICO È L'UNIONE EUROPEA? (*)

1. Introduzione. — 2. L'Unione europea e gli ordinamenti compositi del passato. — 3. Utilità e problemi di questo tipo di comparazione. — 4. Il carattere composito degli Stati nazionali. — 5. Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi: *a*) estensione geografica ed apertura. — 6. Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi: *b*) figure di composizione e grado di integrazione. — 7. Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi: *c*) organizzazioni fluide, non gerarchiche, diffuse. — 8. Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi: *d*) l'arena pubblica: "ius inventum" contro "ius positum". — 9. I fattori di crisi degli ordinamenti compositi del passato.

1. *Introduzione.*

L'Unione europea è un condominio, un consorzio, una costellazione di istituzioni, una fusione di funzioni di governo, una struttura di reti di "governance" (1). Questa varietà di qualificazioni è il sintomo di una difficoltà, quella di stabilire che tipo di potere pubblico sia l'Unione europea.

Non è la prima volta, tuttavia, che le scienze sociali incontrano tale difficoltà. Anche di molti ordinamenti del passato, lontano e vicino, si afferma che sono un cosmo o intrico di strutture (tali gli ordinamenti medievali (2)), un "loose bundle of widely differing, heterogeneous and independent territories" (così l'Impero asburgi-

---

(*) Ringrazio i professori Stefano Battini, Giacinto della Cananea, Antonio Padoa Schioppa e il dottor Matteo Gnes, che hanno letto una prima versione di questo scritto e mi hanno fatto avere i loro commenti.

(1) F. Scharpf, *Verso una teoria della multi-level governance in Europa*, in "Rivista italiana di politiche pubbliche", 2002, n. 1, pp. 13 e 15.

(2) G. Tabacco, *Sperimentazioni del potere nell'alto Medioevo*, Einaudi, Torino, 1993, pp. 41 e 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

co (3)), un aggregato eterogeneo di territori (tale il ducato di Savoia nel Rinascimento (4)), un mosaico di ordinamenti (così il principato dei Medici (5)).

Può essere, allora, utile porre in rapporto tra di loro, avviando una analisi storica comparativa, queste diverse esperienze, che hanno in comune d'essere dominate da ordinamenti compositi.

Il tentativo può essere utile non solo per l'ovvio motivo che la storia di altri ordinamenti similari del passato può aiutarci a comprendere meglio i caratteri dell'ordinamento europeo attuale, ma anche per altri due motivi, che si passa ad indicare.

La comunità internazionale è riuscita, specialmente nella seconda metà del XX secolo, a far prevalere il principio della eguaglianza formale dei soggetti del diritto internazionale, gli Stati. Questo livellamento nasconde diversità che sono maggiormente visibili in epoche precedenti, quando erano più evidenti gli squilibri e le differenze tra i soggetti dell'ordinamento internazionale. Questi squilibri e differenze portavano alcuni Stati nell'orbita di altri, dando luogo a figure di composizione della più diversa natura, quali gli Stati tributari, gli Stati vassalli, le unioni personali e reali di Stati, le unioni coloniali, ecc. Tali figure di composizione, a loro volta, producevano entità sovranazionali (o si dovrebbe dire a-nazionali?), il cui esame può essere istruttivo per lo studio dell'Unione europea d'oggi.

Queste entità sovranazionali, poi, presentavano caratteristiche diverse da quelle degli Stati nazionali, che poi prevarranno, imponendo, anche grazie al sopra indicato principio di eguaglianza affermatosi nell'ordinamento internazionale, una visione Stato-centrica. A questa si deve l'opinione prevalente per la quale tutti i poteri pubblici vengono correntemente denominati Stati, con effetti persino comici se si pensa che nelle scienze che si occupano di questi temi prevale l'opinione secondo cui sarebbero assimilabili gli Stati-

---

(3) W. OGRIS, *The Habsburg Monarchy in the Eighteenth Century: The Birth of the Modern Centralized State*, in A. PADOA-SCHIOPPA (ed.), *Legislation and Justice*, Clarendon, Oxford, 1997, p. 312.

(4) A. BARBERO, *Il ducato di Savoia, Amministrazione e corte di uno Stato franco-italiano (1416-1536)*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 6.

(5) L. MANNORI, *Il sovrano tutore - Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (secc. XVI - XVIII)*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

città della Grecia antica o dell'Italia nel basso Medioevo, gli Stati nazionali unitari, come la Francia, e gli Stati federali, come gli Stati Uniti d'America.

Dunque, l'avvio di un'analisi storico-comparativa dei poteri pubblici compositi presenta due motivi di interesse: serve a comprendere meglio la natura dell'Unione europea; consente di liberarsi della "dittatura" culturale stato-centrica e di riprendere in forma più completa e corretta l'analisi dei diversi tipi di poteri pubblici generali.

In questo scritto si tenta di iniziare l'analisi storico-comparativa, avvertendo, però, che questa ha carattere introduttivo: servono ben altre forze e preparazione per percorrere una strada tanto ardua.

Lo scritto è articolato in cinque parti. Nella prima sono definiti gli istituti da comparare ed è indicato il modo in cui può essere svolta la comparazione. Nella seconda sono mostrati utilità e problemi di questo tipo di comparazione. Nella terza è spiegato che anche la storia degli Stati non è dominata dai paradigmi unitari e centralistici in cui si è a lungo creduto. Nella quarta sono individuati gli elementi caratteristici comuni all'Unione europea e agli ordinamenti compositi del passato e sono poste a raffronto le relative esperienze. Nell'ultima sono valutati i fattori di crisi degli ordinamenti compositi del passato.

2. *L'Unione europea e gli ordinamenti compositi del passato.*

Gli ordinamenti da porre a raffronto sono quello europeo odierno e quelli compositi del passato (o alcuni di essi).

L'ordinamento europeo risulta dalla parziale integrazione tra quindici Paesi; ha una costituzione sovranazionale e quindici costituzioni nazionali, con prevalenza della prima su quelle nazionali, salvo che per i principi fondamentali (ma solo per i Paesi con costituzione scritta); ha due organi che si spartiscono le funzioni governative, Commissione e Consiglio, il secondo dei quali è, a sua volta, organo misto, composto di titolari della funzione governativa in sede nazionale; ha un potere giudiziario, non organicamente, ma funzionalmente sovraordinato sugli apparati giudiziari degli Stati; ha un limitato potere esecutivo, perché per lo più esegue le decisioni prese avvalendosi degli uffici degli Stati membri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gli ordinamenti del passato hanno presentato una grande quantità di unioni o combinazioni, variamente classificate. Secondo un punto di vista accettato, ma insoddisfacente, i generi principali sarebbero stati quattro: unioni storico-politiche, unioni giuridiche inorganiche, unioni giuridiche organiche, Stati federali. Al primo genere apparterrebbero le unioni coloniali, le incorporazioni e le unioni personali. Al secondo genere apparterrebbero le unioni risultanti da trattati, da occupazione ed amministrazione, da alleanze, gli Stati tributari, gli Stati vassalli patrimoniali, i protettorati, gli Stati compositi (o Stati di Stati). Del terzo genere farebbero parte le seguenti specie: unioni internazionali, unioni d'ordine interno, confederazioni di Stati e unioni reali. Al quarto genere apparterrebbero i diversi tipi di Stati federali (6). Non tutti questi generi e specie interessano per la comparazione con l'Unione europea, ma solo quelli più vicini, come le unioni, reali e personali, e gli Stati compositi. Solo questi, infatti, da un lato, comportano la coesistenza di più ordinamenti; dall'altro, si accompagnano ad un certo grado di equilibrio tra di loro.

Va notato, peraltro, che tra gli ordinamenti compositi del passato e l'Unione europea (nonché gli altri ordinamenti compositi odierni) vi sono due differenze fondamentali: nel passato, gli esecutivi e la forza bellica giocavano un ruolo fondamentale; nell'Unione europea, invece, i poteri legislativi e giudiziario sono in primo piano; la guerra e l'uso della forza sono banditi e la stessa forma dell'Unione è frutto di limitazioni volontarie della sovranità.

Entità politiche comuni per il fatto di essere composite, ma tanto diverse non solo per il fatto di appartenere ad epoche differenti, ma anche per il fatto di essere dominate da forze opposte, come possono essere poste a raffronto? L'ipotesi che qui si affaccia è la seguente: l'Unione europea, istituzione nuova ed originale nel suo disegno complessivo, per cui è difficile ricondurla ai macromodelli o ideal-tipi utilizzati nelle scienze sociali (7), è composta,

(6) A. BRUNIALTI, *Unioni e combinazioni fra gli Stati. Gli Stati composti e lo Stato federale*, in Biblioteca di scienze politiche, vol. VI, parte prima, Utet, Torino, 1891, p. XXXIV.

(7) In questo senso F. SCHARPF, *Verso una teoria della multi-level governance in Europa*, cit., pp. 15 e 36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuttavia, di elementi che ricorrono anche negli ordinamenti compositi del passato. Per cui occorre porre a raffronto non i modelli nel loro insieme, ma alcuni dei loro tratti caratteristici, non gli edifici, ma i materiali con cui sono stati costruiti.

Occorre, dunque, procedere scomponendo gli ordinamenti nelle parti essenziali; rilevando somiglianze e differenze tra gli elementi comuni; rintracciando, se possibile, il loro archetipo e la loro evoluzione storica, in modo da accertare quanto abbiano contribuito al successo e alla decadenza degli ordinamenti compositi.

Il metodo indicato presenta numerosi vantaggi. In *primo* luogo, consente di non rinunciare all'analisi teorica dell'Unione, come accade se si afferma che essa è istituzione "sui generis", e quindi non comparabile ad altre istituzioni. In *secondo* luogo, permette di collocare l'Unione tra i diversi tipi di reggimenti politici generali, e di sfuggire all'ottica Stato-centrica prevalente. Infine, consente di valutare l'evoluzione dei diversi elementi e di compiere ragionevoli previsioni sulla base della comparazione. Dunque, la storiografia, in questo caso, non serve un'esigenza di conoscenza puramente storica, diventa parte integrante della comparazione.

3. *Utilità e problemi di questo tipo di comparazione.*

Prima di procedere, è importante fare alcune avvertenze. La prima riguarda l'utilità della comparazione che si può chiamare storica per gli studi sull'Unione europea. Questi, fermi alla comparazione Unione-Stati federali, rischiano di rimanere asfittici, mentre l'interrogazione del ricco repertorio del passato può arricchirli.

La seconda riguarda l'utilizzazione degli ordinamenti giuridici compositi del passato. Per essi si pongono non pochi problemi. Innanzitutto, con riguardo alla scelta dell'area geografica: Cina, Giappone, Americhe presentano esempi di ordinamenti compositi. È preferibile, però, far riferimento agli esempi europei, sia perché più numerosi, sia perché è in questa area che si è sviluppata l'Unione detta, appunto, europea.

In *secondo* luogo, con riferimento alla selezione del periodo, perché gli ordinamenti compositi sono cambiati nel tempo, e la comparazione può tener conto della fase iniziale, dell'apogeo, degli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ulteriori sviluppi. Per questo, la comparazione storica va fatta indicando quale dei momenti si tiene in considerazione.

In *terzo* luogo, relativamente agli studi. L'analisi giuridica si sofferma in prevalenza sulla normazione e sulla scienza giuridica. Le eccezioni sono costituite dagli studi di Georg Jellinek (8) e di Attilio Brunialti (9). Ma questi due contributi sono influenzati dall'epoca (la fine del XIX secolo) in cui furono scritti: l'attenzione è rivolta al problema della personalità giuridica; è frequente l'uso di concetti e distinzioni privatistici, come quelli di "unio realis aequalis" e "unio realis inaequalis", di "unio per suppressionem", "per confusionem", "per novationem", di "incorporatio plena" o "minus plena"; è dominante l'ideal-tipo statale unitario e centralizzato, col quale le forme composite vengono comparate.

L'analisi storica è più recente, ma è ancora agli inizi. Gli scritti più importanti sono quelli di Helmut G. Koenigsberger (10) e di John H. Elliott (11). Questi contributi si riferiscono in prevalenza all'inizio dell'età moderna, tracciano le prime distinzioni (quella tra unioni di poteri politici eguali e diseguali o quella tra unioni su territori contigui o su territori distanti e separati dal mare, come Inghilterra-Irlanda) e misurano i fattori di integrazione e i fattori di crisi.

In realtà, va attribuita alla forte presenza dello Stato unitario e centralizzato, nel periodo che va dall'inizio del XIX secolo alla metà di quello successivo, la circostanza che l'interesse delle scienze storiche e sociali per gli ordinamenti compositi sia in una fase elementare, e sia anzi regredito rispetto al XVII e al XVIII secolo. Per comprendere quanti passi indietro siano stati fatti, si consideri il capitolo nono del primo libro de "I sei libri dello Stato" di Jean Bodin (XVI secolo), oppure si prendano le acute distinzioni di un giurista spagnolo del XVII secolo, Juan de Solórzano Pereira, e di un

---

(8) G. JELLINEK, *Die Lehre des Staatsverbindungen*, Holder, Wien, 1882.

(9) A. BRUNIALTI, *Unioni*, cit.

(10) H.G. KOENIGSBERGER, "*Dominium Regale" or "Dominium Politicum et Regale"*, in H.G. KOENIGSBERGER, *Politicians and Virtuosi: Essays in Early Modern History*, Hambledon Press, London, 1986.

(11) J.H. ELLIOTT, *A Europe of Composite Monarchies*, in "Past and Present", 1992, p. 48 ss. Si veda anche G.G. ORTU, *Lo Stato moderno. Profili storici*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 22-23 e 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudice italiano del XVIII secolo, nessuno dei due rinomati. Il primo dedicava un intero capitolo della sua vasta opera all'esame di sei "gradi" di limitazioni della sovranità, elencando lo Stato tributario, quello sotto protezione, quello indipendente, ma vassallo per un feudo, quello vassallo, ma non suddito, il vassallo ligio, ma non suddito, quello suddito (12). Il secondo distingueva unioni "accessorie", da unioni "aeque principaliter". Nel primo caso, esemplificato dalle Indie spagnole incorporate nella corona di Castiglia e dall'Unione del Galles nell'Inghilterra con gli atti del 1536 e 1543, un territorio è unito a un altro e considerato parte di questo, sottoponendo gli abitanti alle stesse leggi. Nel secondo, di cui sono un esempio i regni e le province della monarchia spagnola, Aragona, Valenza, Catalogna, Sicilia, Napoli, province olandesi, le due parti sono trattate come entità distinte, conservando leggi, privilegi, diritti, e governate come se il re fosse il monarca di ciascuno di essi (13).

Nel 1769, invece, un giudice dell'Italia centrale riassumeva in tre le "maniere per le quali un popolo può congiungersi all'altro". Nella prima, "[…] la nazione dominante conserva in parte la sovranità del popolo a lei congiunto, registrandola solo a certi riguardi". Nella seconda, "[…] la nazione vittoriosa incorpora in se stessa il popolo soggiogato", assicurandogli però "il dominio delle proprie cose, l'uso della [sua] legge e i beni destinati pel mantenimento del Comune". Nella terza, "[…] la nazione annientisce talmente il popolo soggiogato, che sottopone il medesimo alle sue leggi, e toglie tutti i di lui beni trasferendoli sotto il proprio dominio e proprietà" (14).

4. *Il carattere composito degli Stati nazionali.*

Il modello dello Stato nazionale unitario e centralizzato, sia per la sua lunga durata, sia per il modo in cui è servito alle esigenze di

(12) J. Bodin, *I sei libri dello Stato*, tr. it., Utet, Torino, 1964 (rist. 1988), I, p. 407 ss.

(13) Le distinzioni del giurista spagnolo sono riassunte in J.H. Elliott, *A Europe*, cit., pp. 52-53.

(14) I testi sono in L. Mannori, *Il sovrano tutore*, cit., pp. 37-54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere, sia, infine, per il richiamo esercitato dalla sua costruzione concettuale, non ha avuto soltanto una forza attrattiva rispetto agli altri tipi di poteri pubblici, ma ha anche oscurato la stessa storia degli Stati nazionali, la cui fase iniziale è caratterizzata anch'essa dalla presenza di una moltitudine di altri organismi politici.

Lo Stato ha le sue basi nel Rinascimento e si sviluppa fino al XIX secolo con percorsi diversi, più rapidi in Francia, Inghilterra e Spagna meno veloci in Italia e Germania (15). Il suo sviluppo avviene in tre stadi: convergenza nel principe di diverse sfere di sovranità; combinazione e rafforzamento dei diversi titoli di potere in una sovranità territoriale unica; concentrazione nell'autorità unitaria dello Stato, sovrana all'esterno e dotata di supremazia all'interno, di tutte le competenze (16).

Ma già la circostanza che in Europa nel 1500 vi fossero circa 500 unità politiche più o meno indipendenti e che nel 1900 esse si fossero ridotte a 25 (17) dovrebbe far pensare che in uno di quei tre stadi vi sia l'aggregazione di più unità. Per cui è stato osservato che "most states in the early modern period were composite states, including more than one country under the sovereignty of one ruler" (18). Oppure che "in tutti i paesi europei, lo Stato moderno tra i secoli XV e XVII è [...] un'aggregazione federativa" (19). Insomma, "[...] più che essere un'unità politica dotata di potere esclusivo su un territorio continuo e unitario, lo Stato si presenta [...] come il conglomerato di una moltitudine di unità territoriali, situate in differenti posizioni geografiche e geopolitiche [....] dotate

(15) S. CASSESE, *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in "Scritti in onore di Massimo Severo Giannini", Giuffrè, Milano, 1988, vol. I, p. 93.

(16) Questa la sintesi dell'opinione di O. Brunner fatta da E.W. BOECKENFOERDE, *The Rise of the State as a Process of Secularization*, in E.W. BOECKENFOERDE, *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Costitutional Law*, tr. ingl., Berg, New York-Oxford, 1999, p. 26.

(17) Così C. TILLY, *Sulla formazione dello Stato in Europa*, in C. TILLY (a cura di), *La formazione degli Stati nazionali nell'Europa occidentale*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 1984, p. 19.

(18) Così H.G. KOENIGSBERGER, "*Dominium Regale*", cit., p. 12.

(19) J.A. MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 1991, tomo I, pp. 135-136; nello stesso senso, W. OGRIS, *The Habsburg Monarchy*, cit., p. 315.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di particolari autonomie e privilegi, e che abbisognano quindi di peculiari e diversificate forme di governo" (20).

C'è un passaggio, insomma, che nei tre stadi indicati da Brunner non è segnalato, e che è stato posto in luce di recente, il passaggio "from segmental to consolidated States" (21), per cui dai "late-medieval composite states" si passa alle "territorial sovereignties" delle monarchie autocratiche e di quelle costituzionali (22).

Questo passaggio si può registrare nella storia del Sacro Romano Impero della Nazione tedesca (962-1806), e, poi, del secondo Impero tedesco (1871-1918), dell'Inghilterra tra XVI e XIX secolo, della Francia pre-rivoluzionaria, dell'Olanda tra XVI e XVIII secolo.

Il Sacro Romano Impero della Nazione tedesca è definito da Samuel Pufendorf nel XVII secolo "non più una monarchia limitata [...] e nemmeno una federazione di molti Stati, ma piuttosto una cosa intermedia tra le due" (23) e da Johann Stephan Puetter nel XVIII secolo "respublica composita ex pluribus rebuspublicis specialibus" (24). Infatti, l'imperatore ha un dominio su tutto l'impero (che si estende poco oltre la Germania), il "Landsherr" ha un "dominium intermedium" o "Landeshoheit" sul suo territorio (25).

---

(20) Così L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di "Stato moderno"*, in "Storia amministrazione costituzione", Annale ISAP, 2/1994, p. 266, che consiglia quindi di non "ridurre, in via esclusiva, la storia dello Stato alla storia del potere centrale e delle sue articolazioni periferiche" (p. 267; v. anche pp. 268 e 294). Sul pluralismo delle prime forme di Stato, G. Rossetti (a cura di), *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*, Il Mulino, Bologna, 1977; G. Chittolini (a cura di), *La crisi degli ordinamenti comunali e le origini dello Stato nel Rinascimento*, Il Mulino, Bologna, 1979; N. Raponi (a cura di), *Dagli Stati preunitari d'antico regime all'unificazione*, Il Mulino, Bologna, 1981; G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale fra medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna, 1994.

(21) C. Tilly, *European Revolutions 1492-1992*, Blackwell, Oxford and Cambridge, 1995, pp. 29-35.

(22) W. Te Brake, *Shaping History. Ordinary People in European Politics 1500-1700*, Univ. of California Press, Berkeley, 1998, p. 184 (si vedano anche le pp. 178-179).

(23) Cit. in H. Schilling, *Corti e alleanze. La Germania dal 1648 al 1763*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 1999, p. 109.

(24) La citazione è in E. Bussi, *Il diritto pubblico dal Sacro romano impero alla fine del XVIII secolo*, vol. I, II ed., Giuffrè, Milano, 1970, p. 187.

(25) Così E. Bussi, *Il diritto pubblico*, cit., p. 79 e 188; si veda anche il secondo tomo dell'opera, Giuffrè, Milano, 1959, p. 340. Sul Sacro romano impero della nazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'esistenza di poteri intermedi sovrani si protrarrà nel secondo Impero, durante il quale rimarranno in vita quattro regni (Sassonia, Baviera, Württemberg, Prussia), sei granducati, cinque ducati, sette principati, tre città libere, con i relativi principi regnanti, tutti con propri poteri, tra cui quello di concludere trattati e di inviare propri ambasciatori, e propri giudici, mentre l'imperatore si curava della difesa, della moneta, del mercato unico e della legislazione uniforme mediante codici (26).

La Gran Bretagna reca persino nella denominazione la sua composizione con parti diverse, il Galles incorporato — come si è già detto — alla metà del XVI secolo; la Scozia, oggetto di unione prima personale, poi reale (1607 e 1707); l'Irlanda prima oggetto di unione personale, poi incorporata (1541 e 1800) (27).

Nella stessa Francia pre-rivoluzionaria, portata come esempio di Stato unitario, Bretagna, Linguadoca, Provenza, Delfinato e Borgogna avevano un particolare "status" giuridico e proprie assemblee (28).

L'Olanda dal XVI al XVIII secolo era composta di sette province sovrane, unite dal trattato di Unione del 1579, senza né una costituzione unica, né una casa regnante, né una corte. Il capo di

---

tedesca sono anche importanti G. BRYCE, *Il Sacro Romano Impero*, tr. it., Hoepli, Milano, 1907, spec. pp. 95, 144 e 217; P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, tr. it., Sansoni, Firenze, 1962, spec. p. 5, p. 33 ss. e il cap. VI; A. BRUNIALTI, *Unioni*, cit., p. XI; R.L. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge (Mass.), 1995, pp. 63 ss.; D. WILLOWEIT, *The Holy Roman Empire as a Legal System*, in A. PADOA-SCHIOPPA (ed.), *Legislation and Justice*, cit., pp. 123 ss. Si vedano anche E.W. BOECKENFOERDE, *The Rise*, cit., p. 75 e G. TABACCO, *Sperimentazioni*, cit., p. 45, che criticano l'applicazione dello schema interpretativo dello sviluppo statale al mondo germanico. Infine, di particolare interesse A. OSIANDER, *Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth*, in "International Organization", 2001, n. 2, spring, spec. pp. 269 ss., dove osserva che l'Impero era "a system of collective restraint" (p. 279). Secondo Johann Stephan Puetter, che scriveva nel 1777 (cit. a pp. 276-77), "every estate of the empire is free to do good in his lands, but can be prevented from doing evil by a higher power".

(26) Si vedano A. BRUNIALTI, *Unioni*, cit., p. XXXI; R.L. VAN CAENEGEM, *An historical introduction*, cit., pp. 224 ss.; P. NEAU, *L'empire allemand*, Puf, Paris, 1997, p. 29.

(27) A. BRUNIALTI, *Unioni*, cit., p. XLIV e W. REINHARD, *Storia del potere politico in Europa*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 47-48.

(28) W. REINHARD, *Storia del potere*, cit., p. 47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stato era per lo più preso dalla casa degli Orange, per cui questa era una monarchia di fatto. Nell'assemblea ogni provincia aveva un numero non precisato di membri, ma un solo voto, e con vincolo di mandato. Gli Stati generali potevano decidere questioni belliche e fiscali solo all'unanimità. Lo stesso Consiglio di Stato, che era l'organo esecutivo, era composto di rappresentanti delle province, con un segretariato (29).

Questo rapido esame del periodo della formazione degli Stati nazionali ha consentito di accertare che non solo in età basso-medievale, ma anche in epoca moderna le formazioni statali nelle quali sono, poi, prevalsi i caratteri dell'unitarietà e della centralizzazione erano caratterizzate da un elevato grado di policentrismo, con sovranità distinte e corpi separati.

Gli storici vanno anche oltre, osservando che gli Stati nazionali sono costruzioni della storia e prodotti di una retorica nazionalistica ufficiale, sviluppatasi solo quando uno dei molti ordinamenti si è imposto agli altri, assicurando, così, unità, uniformità, accentramento, e notando che gli Stati nazionali sono stati, dal XIX secondo, un modello, al quale si sono uniformati, per molti aspetti, anche gli Stati multinazionali ancora esistenti (30).

5. *Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi:* a) *estensione geografica ed apertura.*

Gli ordinamenti compositi esaminati nel paragrafo precedente presentano tutti due caratteristiche, tra loro legate: di raggruppare una sola nazionalità (31) e di essersi trasformati, in un arco di tempo più o meno lungo, in un solo Stato unitario, Germania, Gran Bretagna, Francia, Olanda.

---

(29) R.L. VAN CAENEGEM, *An historical introduction*, cit., pp. 142 ss.

(30) Si veda, in particolare, S. ROMANO, *L'Europa dopo il 1989 e il futuro degli Stati nazionali*, in « Nuova storia contemporanea », 4, 2002, pp. 5 ss.

(31) Questo criterio va considerato, peraltro, con molta cautela, perché molti Stati-nazione comprendono più nazionalità, tanto è vero che si è distinto tra Stato nazionale e Stato-nazione, e perché non va dimenticato il "multifaceted character of a sense of identity in the process of European state-building", come osserva J.H. ELLIOTT, *A Europe*, cit., p. 57, nota 29. Per questi motivi, si dovrebbe parlare di una sola nazionalità dominante.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diversa la sorte di altri ordinamenti compositi, più vasti, che non si sono trasformati, bensì si sono rotti in pezzi, dando luogo a più unità ed organismi politici: Sacro romano impero (800-962), Impero ottomano (1362-1923), Impero spagnolo (1469-1898), Impero asburgico (1550-1918). È tra questi e l'Unione europea che può ora farsi la comparazione storica di cui si è detto, prendendo uno ad uno gli elementi comuni ed esaminando il modo diverso in cui si pongono e in cui si evolvono nei diversi contesti (32).

Il primo di questi elementi è quello fisico: tutti gli ordinamenti prescelti sono governi di aree o territori vasti, nel senso che hanno un'ampia estensione geografica (33).

L'Unione europea include quindici Stati. Il Sacro romano impero era un "vast supranational political home" che si estendeva alla

---

(32) Altri imperi vi sono stati, in particolare nel periodo tra il 1875 e il 1914, definito da E.J. HOBSBAWM, *L'età degli imperi 1875-1914*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 1987. Il titolo di imperatore era appannaggio dei sovrani di Russia, Gran Bretagna, Cina, Giappone, Persia, Etiopia e Marocco. Gli imperi di questa fase fanno parte, però, di una tipologia diversa: sono frutto prevalente della espansione economica di paesi europei a danno di paesi dell'Africa e dell'Asia e risultato dell'imperialismo e del colonialismo. Come osserva E.J. HOBSBAWM (*L'età*, cit., p. 70) "imperi e imperatori erano realtà di vecchia data, ma l'imperialismo era una novità assoluta". La circostanza che il fenomeno storico e la tipologia siano diversi da quelli qui indagati non vuol dire, però, che non siano presenti anche nell'età dell'imperialismo alcuni caratteri degli imperi-ordinamenti compositi. Ad esempio, "intorno al 1890 poco più di 6000 funzionari britannici governavano quasi 300 milioni di indiani con l'aiuto di poco più di 70.000 soldati europei, le cui file erano composte, come quelle delle molto più numerose truppe indigene, da mercenari […]" (E.J. HOBSBAWM, *L'età*, cit., p. 96). Però l'"indirect rule" non si riscontra sempre: ad esempio, la Francia tendeva ad imporre i propri ordinamenti alle colonie (P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'Etat en France. L'Administration classique*, Fayard, Paris, 1992, p. 155, dove osserva che la metropoli francese legifera, governa e amministra le colonie). Può essere interessante aggiungere che, nell'ordinare un altro Stato composito, i "padri fondatori" degli Stati Uniti d'America considerarono come precedenti il Sacro romano impero (e la sua continuazione nell'Impero germanico), Polonia, Confederazione svizzera e Paesi Bassi (A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il federalista*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 246-256).

(33) Non è significativo, invece, il dato della popolazione, per l'aumento demografico mondiale che non rende comparabili i dati: si pensi soltanto che l'Impero ottomano avrebbe avuto, intorno al XVI secolo, soltanto 8 milioni di abitanti (così N. BELDICEANU, *L'organizzazione dell'Impero ottomano (XIV-XV secolo)*, in R. MANTRAN (a cura di), *Storia dell'impero ottomano*, tr. it., Argo, Lecce, 1999, p. 153), mentre l'Unione europea ne ha 376 milioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Francia, alla Germania, al Belgio, all'Olanda, al Lussemburgo, alla Svizzera, a parte della Spagna e dell'Italia (34), e includeva longobardi, franchi, sassoni, bavari, borgognoni e andava dall'Ebro all'Adriatico, all'attuale Austria, e dal mare del Nord al Mediterraneo (35).

L'Impero ottomano si estendeva nel XVI secolo alle attuali Ungheria, Romania, Bulgaria, Iugoslavia, Albania, Grecia, Ucraina, Crimea, Turchia, Iraq, Siria, Libano, Israele, parte dell'Arabia e dello Yemen, Egitto, Libia, Tunisia, Algeria, parte del Sudan e dell'Etiopia e includeva mussulmani, cristiani, ebrei, e molte etnie, come circassi, armeni, georgiani, greci, albanesi, ecc. (36).

L'impero spagnolo nacque intorno al regno di Ferdinando d'Aragona e di Isabella di Castiglia (1479-1504) e si estendeva a Catalogna, Navarra, Portogallo, Napoli, Sicilia, Sardegna e Perù (37).

L'impero asburgico, a sua volta, era composto da tre complessi territoriali, a loro volta monarchie composite: territori ereditari austriaci, come Austria, Stiria, Carinzia, Carniola, Tirolo; territori della corona di Boemia, come Boemia, Moravia, Slesia; altri territori, come Ungheria, Transilvania, Croazia (38). La complessità dell'ordinamento era tale che, nel 1765, Maria Teresa aveva un titolo che comprendeva quaranta cariche, come regina di Ungheria, Boemia, Dalmazia, Croazia, Slavonia, marchesa di altri territori, principessa di altri, ecc.: per questo motivo l'impero era definito "Monarchische Union von Ständestaaten" (39).

Degli ordinamenti compositi di cui si parla non è caratteristica soltanto la vastità, ma anche un altro elemento, costituito dal fatto che essi non sono unità chiuse. Basti dire che "il Medioevo durante l'epoca feudale non conosce il concetto di frontiere, esistendo quello

(34) R.L. VAN CAENEGEM, *An historical introduction*, cit., p. 43.

(35) G. VOLPE, *Il Medioevo*, Vallecchi, Firenze, s.d. (ma 1926), p. 117.

(36) G. VEINSTEIN, *L'impero al suo apogeo (XVI secolo)*, in R. MANTRAN (a cura di), *Storia*, cit., pp. 180, 185 e 195 e A. BRUNIALTI, *Unioni*, cit., pp. XCII-XCIII.

(37) C. HERMANN, *Multinationale Habsburg et Universalisme Chretien*, in J.-P. GENET (ed.), *L'Etat moderne: genèse. Bilans et perspective*, Editions du C.N.R.S., Paris, 1990, p. 33; G. HERMET, *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*, Seuil, Paris, 1996, pp. 47-48; W. REINHARD, *Storia*, cit., p. 47.

(38) W. REINHARD, *Storia*, cit., p. 48 e pp. 63-64.

(39) W. OGRIS, *The Habsburg Monarchy*, cit., p. 315.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di 'marca', che è regione di frontiera, zona instabile, senza organizzazione fissa" (40) e ricordare che l'Unione europea ha, al suo interno, paesi tra i quali esistono forme di cooperazione rafforzata e paesi con territori autonomi o d'oltremare con statuti particolari; ed è parte del più vasto Spazio economico europeo ed è destinata ad allargarsi ad un numero di Paesi più grande di quelli che ne fanno ora parte.

Si evidenziano, così, due tratti che contraddistinguono questi ordinamenti (l'estensione geografica e l'apertura) e li separano dagli Stati, che, non solo hanno dimensioni minori, ma hanno ereditato dalle città la "tendenza a costituirsi in unità chiuse [...]", autarchiche o autosufficienti (41).

6. *Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi:* b) *figure di composizione e grado di integrazione.*

Il secondo elemento comune e caratteristico degli ordinamenti che qui si considerano, dopo quello dell'ampiezza ed elasticità geografica, è più complesso e consiste nel loro essere frutto di figure di composizione tra ordinamenti, che vengono sì variamente integrati, ma permangono distinti. Ciò produce un forte pluralismo interno ed è possibile grazie alla convivenza di più diritti, diversamente ordinati, ma regolati da principî che ne assicurano la complementarità.

Dal punto di vista morfologico, negli ordinamenti compositi vengono istituiti organi speciali comuni per la cura di interessi pubblici comuni. L'organizzazione comune può essere più o meno estesa, ma quello che importa è la circostanza della comunione degli interessi e dell'unione degli ordinamenti di base, che divengono più o meno comunicanti tra di loro.

Gli studiosi di filosofia politica e gli storici riconoscono in tutti

---

(40) J.A. MARAVALL, *Stato moderno*, cit., p. 147.

(41) J.A. MARAVALL, *Stato moderno*, cit., pp. 101-103. Si veda anche E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stati*, Giuffrè, Milano, ristampa della III ed., 2002, pp. 175-176 e p. 201, dove osserva che l'evo di mezzo è caratterizzato dal fatto che "le organizzazioni politiche di quei secoli erano quasi tutte sovranazionali o, meglio, a-nazionali" e che "lo Stato — almeno come noi lo intendiamo — non esiste nel medioevo".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i sistemi imperiali, oltre all'ampiezza dei domini, la compresenza di un comando universale e di realtà politiche subordinate, e la conseguente interdipendenza tra i diversi sottosistemi, simboleggiate dall'incoronazione imperiale, nel 1530, di Carlo V, sul capo del quale furono poste tra corone; la prima d'argento del regno germanico, la seconda di ferro del regno di Lombardia e la terza d'oro dell'Impero di Roma (42).

L'Unione europea è ordinamento composto della Comunità e dell'Unione al centro, e di altri quindici ordinamenti statali. L'integrazione avviene grazie alla sovraordinazione del diritto comunitario sui diritti interni dei singoli Stati, sovraordinazione che, però, non è uniforme, nel senso che vale solo per talune materie.

Più forte l'integrazione organizzativa, perché popoli, governi, amministrazioni e giudici nazionali, sono integrati rispettivamente nel Parlamento europeo, nei diversi Consigli, nei molti comitati e, con il sistema del rinvio pregiudiziale, nel sistema giudiziario europeo.

Il Sacro Romano Impero è costituito da vari regni (43). Carlo Magno è re dei Longobardi; la corona del Regno italico è unita a quella imperiale o è affidata a un parente dell'imperatore (44) per cui "regia potestas" e "imperialis auctoritas" sono distinte (45). "La carica imperiale rivestita da Carlo Magno a partire dal Natale dell'800 pose il sovrano carolingio su un piano più elevato sia nei confronti degli altri re d'occidente, sia all'interno del regno franco; ma la base del suo potere rimase il regno: la corona imperiale ne costituì un ulteriore potenziamento" (46). "Imperium" e "regna" coesistettero per lungo tempo. E il primo lasciò che i secondi

(42) Si veda A. Musi, *L'impero spagnolo*, in « Filosofia politica », I, 2002, aprile, pp. 63 s., con una ulteriore bibliografia sugli imperi; sugli imperi, ma intesi in altro senso, più ampio, S.N. Eisenstadt, *The Political System of Empires*, Free Press of Glencoe, New York 1963 /e Transactions, New Brunswick 1993), nonché il classico E. Fueter, *Storia del sistema degli Stati europei dal 1492 al 1559*, Nuova Italia, Firenze 1932 (rist. 1994).

(43) G. Volpe, *Il Medioevo*, cit., p. 115.

(44) G. De Vergottini, *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei sec. XII-XV*, Giuffrè, Milano, rist. della III ed., 1993, p. 19.

(45) M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 124.

(46) A. Padoa Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa. Il Medioevo - parte prima*, Cedam, Padova, 1995, p. 118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avessero propri eserciti e proprie usanze giuridiche (poi trasformate in "lex"). Vi fu, dunque, organismo multinazionale e multiculturale (47).

Anche l'Impero ottomano "si fonda su basi giuridiche multiple", specialmente nei territori bizantini, serbi e bulgari, con tradizioni giuridiche diverse da quelle dell'Islam, ma riconosciute da questo nella speranza di trovare minori opposizioni (48).

I reami costitutivi dell'impero spagnolo sono anch'essi indipendenti l'uno dall'altro, per cui ciascuno riserva i propri uffici ai propri cittadini e considera stranieri gli abitanti delle altre parti. L'integrazione avviene solo al vertice, nel sovrano. Per il resto, persino l'esercito è posto sotto la stessa direzione, ma è composto di forze armate separate (49). A causa delle diversità di regimi per i diversi ordinamenti, per lungo tempo si parlò di re delle Spagne (50), al plurale.

Egualmente composito l'Impero asburgico, ma secondo figure di composizione più complesse di quella dell'Impero spagnolo, e diverse nelle differenti epoche. Nel XVIII secolo la monarchia consisteva di almeno quattro unioni di province (territori di eredità tedesca, paesi della corona di Boemia, paesi della corona di Ungheria, possessi olandesi e italiani), ognuna delle quali godeva di propri specifici diritti politici, economici e sociali, aveva una Dieta che custodiva gelosamente i diritti dell'unione e univa ducati, contee, margraviati (51). Su questi ordinamenti si eserciterà l'opera unificatrice e livellatrice di Maria Teresa, che condurrà all'ordinamento così descritto alla fine del XIX secolo: "[I] Regni di Boemia, Dalmazia, Galizia e Lodomiria con Cracovia; gli arciducati di Austria sopra l'Enns e Austria sotto l'Enns; i ducati di Carniola,

(47) K.F. WERNER, *Nascita della nobiltà. Lo sviluppo delle élite politiche in Europa*, tr. it., Einaudi, Torino, 2000, pp. 58 ss. e 123 ss.

(48) N. BELDICEANU, *L'organizzazione*, cit., p. 135-136. Sull'Impero ottomano si veda anche F. ADANIR, *Imperial Response to Nationalism: The Ottoman case*, in H. CAVANNA (ed.), *Governance, Globalization and the European Union. Which Europe for Tomorrow?*, Four Courts, Dublin, 2002, p. 47 e B. LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1961, spec. pp. 21-125.

(49) C. HERMANN, *Multinationale*, cit., p. 33.

(50) W. REINHARD, *Storia*, cit., pp. 74-76.

(51) W. OGRIS, *The Habsburg Monarchy*, cit., p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bucovina, alta e bassa Slesia, i margraviati di Moravia d'Istria colla contea principesca di Gorizia e Gradisca, il territorio del Voralberg, la città di Trieste, come pure i ducati di Stiria, Carinzia e Salisburgo, nonché la contea del Tirolo, hanno ciascuno una Dieta, con estese attribuzioni, ma l'Imperatore è il capo di tutto lo Stato, le Camere imperiali lo rappresentano tutto, e vi sono soltanto cittadini austriaci, non boemi, moravi, tirolesi e via dicendo" (52). Insomma, tra XVI e XVIII secolo, l'Impero asburgico presenta un "variegato panorama di giurisdizioni", tanto da esser definito non uno Stato ma "un agglutinamento moderatamente centripeto di tanti elementi tra loro oltremodo eterogenei": si pensi soltanto che il Consiglio privato dell'imperatore era affiancato da due cancellerie esecutive, quella imperiale e quella austriaca (53).

Questo assetto composito produce in tutti gli ordinamenti un notevole grado di pluralismo. Di "pluralità di presenze", "pluralismo del diritto", "coralità di apporti" si è parlato per l'"ordine giuridico medievale" (54). E lo stesso si è detto dell'Impero spagnolo, costituito da "molteplici corpi di varia natura, che mantengono la loro individualità" (55), tanto da tollerare forti eterogeneità interne, ad esempio tra Castiglia centralizzata e assolutista e Aragona, Navarra e paesi baschi decentrati e gestiti con moduli contrattuali (56).

Ma l'aspetto più interessante è di accertare come avvenga la composizione e distinguere le sue diverse forme.

Nell'Unione europea, essa avviene, come si è prima notato, in un duplice modo: da un lato, integrando in sede europea tutte le parti che compongono gli Stati nazionali; dall'altro, con la supremazia del diritto comunitario, al quale i diritti nazionali (ma solo in talune materie) debbono essere armonizzati.

Nell'Impero carolingio l'integrazione è meno forte. Essa avviene mediante la supremazia conferita all'Imperatore, che assicura, così,

---

(52) A. Brunialti, *Unioni*, cit., pp. XLVIII-XLIX.

(53) Le due citazioni e il dato sulle cancellerie in R.J.W. Evans, *Felix Austria. L'ascesa della monarchia absburgica: 1550-1700*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 215, 559 e 193 (si vedano anche le pp. 215, 305, 391 ss.).

(54) P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, spec. pp. 47, 52 e 55.

(55) J.A. Maravall, *Stato moderno*, cit., p. 136.

(56) C. Hermann, *Multinationale*, cit., p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la coesistenza di una "profonda unità" e di un "accentuato particolarismo" (57). Leggi particolari per i singoli regni, accanto a leggi generali, valevoli per tutto l'Impero, rendono possibile la convivenza di più nazionalità (58). L'aspetto più importante e studiato degli ordinamenti medievali in generale è quello della convivenza di più diritti: quello dettato dai capitolari imperiali (59), quello consuetudinario e quello dottrinale, che vanno al di là del diritto positivo (60), più avanti quello statutario. Secondo la ricostruzione più efficace, "iura propria" e "ius commune" vanno "concepiti quali elementi di un unico sistema normativo" per cui questo garantisce l'unità del sistema in presenza di una pluralità di ordinamenti giuridici (61). Essenziale il "rapporto di complementarità" tra diritto comune e diritto proprio, nel senso che il primo può operare in via residuale e sussidiaria, in assenza di statuti e consuetudini, oppure fornire solo canoni interpretativi, oppure ancora svolgere un ruolo predominante (62). Tutto ciò implica l'esistenza di un principio superiore, capace di graduare la validità delle norme concorrenti.

Diverso il modo in cui i due livelli (quello comune e quello particolare) sono graduati nel sistema dell'Impero ottomano, ma analoga la "dualità": "la base giuridica dello Stato [*sic*!] ottomano si fonda [...] su due pilastri: il diritto mussulmano (sharia) e i costumi giuridici delle popolazioni annesse dagli ottomani nel corso delle loro conquiste" (63). A differenza del rapporto tra i due diritti nell'area europea, però, nell'Impero ottomano il governo centrale

---

(57) L'osservazione sulla coesistenza di unità e particolarismo è di A. PADOA SCHIOPPA, *Verso una storia del diritto europeo*, in "Studi di storia del diritto", III, Giuffrè, Milano, 2001, p. 7.

(58) G. VOLPE, *Il Medioevo*, cit., p. 117.

(59) G. FALCO, *La Santa Romana Repubblica - profilo storico del medioevo*, Ricciardi, Napoli, 1942, p. 136.

(60) Su cui richiama l'attenzione O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statuali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, tr. it., Giuffrè, Milano, 1983, pp. 189 e 199.

(61) F. CALASSO, *Medio Evo del diritto, I, Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 470 e 453; si vedano anche le pp. 146, 150-151 e 372 ss.

(62) Ha richiamato l'attenzione sul rapporto di complementarità A. PADOA SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in "Foro italiano", 1966, gennaio, V, p. 8 (dell'estr.).

(63) N. BELDICEANU, *L'organizzazione*, cit., p. 136.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riconosceva i diritti particolari, ma li faceva anche propri, attraverso le raccolte dei sultani, veri codici, nei quali venivano assorbiti diritti particolari dei territori conquistati (64).

Ancor diverso il modo in cui le diverse parti erano tenute insieme negli Imperi spagnolo e asburgico. Nel primo, a tenere le diverse parti c'erano la corona al vertice e un diritto consuetudinario comune (65). Più vasto il legame iniziale dell'impero asburgico: "quando Francesco I depose la corona imperiale e prese nel 1804 il titolo di imperatore d'Austria, non costituì uno Stato austriaco, ché anzi si impegnò a rispettare l'esistenza indipendente e i diritti storici dei vari paesi di cui era sovrano. Nessun legame organico riuniva le varie nazionalità raccolte sotto lo scettro della Casa d'Asburgo; ciascuna aveva la sua costituzione, le sue carte, i suoi privilegi, le sue leggi. Formavano un tutto perché appartenevano alla medesima dinastia, come domini privati possono essere privata proprietà della medesima famiglia che li acquistò ad epoche ed a titoli diversi [...]" (66).

Per concludere, gli ordinamenti considerati sono tutti compositi, nel senso che lasciano sussistere diverse sfere di sovranità, a differenza dell'unica e onnicomprensiva dello Stato. Ciò consente il rispetto dell'eterogeneità etnica e del carattere multiculturale degli ordinamenti messi insieme. Permette di tenere insieme il governo di una area vasta e differenziata.

Ma le figure della composizione sono diverse. Alcuni ordinamenti sono tenuti insieme da legami più stretti di altri. In alcuni il centro riconosce un ampio decentramento e l'"indirect rule". In altri i rapporti sono più stretti. Tra questi vi sono governi centrali che si limitano a includere altri poteri e governi centrali che, invece, si sovrappongono agli altri poteri, pur riconoscendoli. Si va da sovrani che esercitano i loro poteri sugli Stati che fanno parte dell'ordinamento complessivo a sovrani che esplicano la propria autorità

(64) N. Beldiceanu, *L'organizzazione*, cit., pp. 135-136.

(65) Su questo punto, G. Hermet, *Histoire*, cit., pp. 47-48.

(66) A. Brunialti, *Unioni*, cit., pp. CLIII-CLIV. Si noti che Francesco II assunse nel 1804 il titolo di imperatore d'Austria come Francesco I e nel 1806 rinunciò alla dignità imperiale come imperatore del Sacro Romano Impero.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

direttamente sui cittadini di tali Stati. Nel primo caso, il vincolo è molto debole, nel secondo esso è più forte.

7. *Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi:* c) *organizzazioni fluide, non gerarchiche, diffuse.*

Si è detto del primo e del secondo tratto comune ai diversi ordinamenti compositi: vastità e carattere non rigido dell'area governata e natura composita, ma retta da figure di composizione diverse, con l'effetto di ottenere gradi diversi di integrazione. Il terzo tratto comune (ma, forse, sarebbe meglio, anche in questo caso, parlare al plurale di complesso di tratti comuni) è riferito all'organizzazione ed è collegato al primo e al secondo. Mentre gli Stati hanno organizzazioni rigide e compatte, gerarchicamente ordinate e concentrate, negli ordinamenti compositi si registrano instabilità o fluidità organizzativa, organizzazione polisinodale, strutture diffuse.

L'Unione europea, nel suo mezzo secolo circa di vita, si è ispirata al principio detto del funzionalismo, ovvero della progressività, adattando la sua organizzazione alle diverse esigenze, sperimentando organi, come il Consiglio, a composizione variabile, addirittura prevedendo sistemi di cooperazione rafforzata, e cioè ordinamenti differenziati in base ad accordi di alcuni soltanto dei suoi membri. Inoltre, non vi è nell'ordinamento europeo una rigida divisione dei poteri, almeno come siamo abituati a conoscerla negli Stati: il potere legislativo è a mezzadria tra la Commissione, che ha il potere di iniziativa, e Consiglio e Parlamento, i quali, a seconda dei casi, hanno potere deliberativo; il potere di governo spetta in parte alla Commissione, in parte al Consiglio; il potere di eseguire è condiviso, di regola, tra la Commissione, che delibera, e le amministrazioni nazionali, che provvedono all'esecuzione materiale (67).

Anche nell'alto Medioevo c'è "sovrapposizione di giurisdizioni

(67) S. CASSESE, *La costituzione europea: elogio della precarietà*, in "Quaderni costituzionali", 2002, n. 3, p. 469 e A.M. SBRAGIA, *The Treaty of Nice, Institutional Balance, and Uncertainty*, in "Governance", 2002, July, n. 3, pp. 403 ss. Da quanto osservato discende che l'Unione europea si ispira al "modo di abbinamento" o di "mistione" dei tipi od ordinamenti di base, secondo la nota formula di ARISTOTELE, *Politica*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 133, contro cui J. BODIN, *I sei libri dello Stato* cit., p. 561 e 660 (si veda anche p. 84 dell'introduzione di M. Isnardi Parente).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e poteri non coordinati logicamente e in concorrenza fra loro" (68), persino l'esercito ha un'organizzazione primitiva e rudimentale (69), il potere è frammentato (70). Nell'impero di Carlo Magno si possono distinguere tre zone con ordinamenti differenziati: il nucleo dell'Impero, che comprende le regioni franche dei "tria regna", la zona intermedia dei "regna" delle popolazioni non franche e la zona periferica delle "marche". L'impero non fu mai "uno Stato unitario centralizzato, bensì una specie di compromesso fra impero e agglomerati di forze regionali" (71).

Ancor più differenziata l'organizzazione imperiale ottomana al suo apogeo. Qui in alcune province sono insediati governatori, agenti finanziari, giudici, guarnigioni, con un ricco seguito di funzionari di categorie inferiori. In altre province, invece, il dispositivo imperiale è molto più leggero, bastando assicurare entrate fiscali e l'arruolamento di personale militare (così in Egitto ed Abissinia). Ordinamenti intermedi sono, invece, introdotti ad Algeri, Tripoli, Tunisi, in Armenia e nel Kurdistan, nelle regioni di Sivas e di Adana. Alcuni possedimenti, infine, rimangono entità politiche autonome, collegate all'Impero tramite un vincolo di vassallaggio più o meno flessibile (così lo sheriffato della Mecca e il khanato di Crimea). Insomma, l'assetto prescelto "esclude [...] un'ottomanizzazione vera e propria delle istituzioni locali" (72).

Conseguente all'ordinamento organizzativo instabile (o fluido, o differenziato) è l'organizzazione polisinodale o policonsiliare che si riscontra nell'Unione Europea, dove sono stati contati 1400 comitati, di varia natura e variamente composti, che servono esigenze o di specializzazione o di integrazione (nel primo caso raccogliendo

---

(68) G. TABACCO, *Sperimentazioni*, cit., p. 260.

(69) G. FALCO, *La Santa Romana Repubblica*, cit., p. 129.

(70) J.R. STRAYER, *Le origini dello Stato moderno*, tr. it., Celuc, Milano, 1975, pp. 66-67.

(71) K.F. WERNER, *Nascita*, cit., p. 145.

(72) G. VEINSTEIN, *L'impero*, cit., pp. 231-232; può essere interessante notare che il fenomeno si riscontra anche in un altro ordinamento composito, l'Impero portoghese, dove il sistema delle "capitanias" era ordinato in modo diverso, a seconda che si trattasse dell'India, del Brasile, dell'Angola, dell'arcipelago atlantico, dei possedimenti marocchini, ecc.: V. MAGAIHAEA GODINHO, *The Portuguese Empire 1565-1665*, in "Journal of european economic history", vol. 30, 2001, n. 1, pp. 66-104.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prevalentemente esperti, non in base alla loro nazionalità, nel secondo prevalentemente amministratori delle diverse nazionalità) (73). Questo fenomeno trova un precedente nell'organizzazione polisinodale dell'Impero spagnolo, il cui vertice si articolava in consigli denominati di Stato (per le relazioni internazionali e gli affari interni più importanti), della guerra, delle finanze, dell'inquisizione, delle crociate, degli ordini religiosi e militari, delle Fiandre, dell'Italia, del Portogallo, delle Indie, di Aragona, di Castiglia, ecc. (74). La polisinodalità risponde all'"esigenza di contemperare le spinte all'accentramento monarchico con il rispetto degli ordinamenti propri delle singole entità territoriali di un impero vastissimo" (75).

Da ultimo, le necessità del governo di vasta area impongono agli ordinamenti compositi di dotarsi di strumenti per governare da lontano, ciò che induce a un governo sparso sul territorio.

Per l'Unione europea l'esempio più significativo è quello delle agenzie, distribuite in città diverse dei differenti Stati membri.

Nell'Impero carolingio, anche il "palatium", e cioè l'imperatore e la sua corte, non aveva sede fissa e viaggiava da un'estremità dell'Impero all'altra, spostandosi come lo richiedevano le necessità politiche (76), tanto che si è scritto: "l'ordinamento franco tendeva alla peregrinazione invece che alla sedentarietà" (77). Più importanti i "missi dominici", che percorrevano annualmente le diverse circoscrizioni, con istruzioni dell'imperatore, tenevano assemblee, verificavano e ispezionavano, ecc.; insomma, tenevano sotto controllo l'amministrazione di tutto l'impero, ne collegavano le diverse parti al

---

(73) Sulla diffusione del fenomeno, M. RHINARD, *The Democratic Legitimacy of the European Union Committee System*, in "Governance", 2002, april, n. 2, pp. 185 ss. Il fenomeno va collegato all'"infranationalism", su cui le importanti osservazioni di J.H.H. WEILER, *The Costitution of Europe*, Cambridge Univ. Press, Cambridge (Mass.), 1999, pp. 96 ss.

(74) C. HERMANN, *Multinationale*, cit., p. 33-34; W. REINHARD, *Storia*, cit., pp. 200 e 207; ma, principalmente, J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in E. ROTELLI e P. SCHIERA, *Lo Stato moderno I. Dal Medioevo all'età moderna*, Il Mulino, Bologna, s.d. (ma 1971), pp. 233 ss.

(75) G.G. ORTU, *Lo Stato moderno*, cit., p. 93.

(76) G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Utet, Torino, IX ed., 1930, p. 195.

(77) G. GALASSO, *Potere e istituzioni in Italia. Dalla caduta dell'Impero romano ad oggi*, Einaudi, Torino, 1974, pp. 16 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere centrale, ne assicuravano l'unità, erano gli occhi e le braccia del sovrano (78).

È interessante notare che fluidità, collegialità e differenziazione costituiscono tratti organizzativi in diversa misura presenti lungo tutto l'arco della vita dei poteri pubblici considerati, nel senso che sopravvissero anche ai tentativi di modernizzazione orientati nell'ottica statale, come quelli di Maria Teresa nell'Impero asburgico (XVIII secolo) e quelli dei riformatori della metà del XIX secolo nell'Impero ottomano.

8. *Gli elementi comuni degli ordinamenti compositi:* d) *l'arena pubblica: "ius inventum" contro "ius positum".*

Più sfuggente l'ultimo dei tratti comuni caratteristici degli ordinamenti compositi. Questo è strettamente legato alla composizione degli ordinamenti, nel senso che essa consente di sfruttare differenziali di regolazione e, quindi, di scegliere assetti che consentano ai soggetti interessati, siano essi pubblici o privati, di massimizzare le proprie convenienze. In questo modo il sistema si adatta a situazioni diverse, in modo flessibile (79).

Nell'Unione europea, il fenomeno si presenta in due modi, il primo relativo ai poteri pubblici, il secondo ai rapporti privati-poteri pubblici. Il primo modo consiste nella scelta, aperta sia ai governi, sia agli organismi dell'Unione, tra il metodo intergovernativo, quello comunitario e quello misto, parte intergovernativo, parte comunitario, definiti anche della "negoziazione intergovernativa", della "direzione gerarchica" e della "decisione congiunta" (80).

---

(78) G. Salvioli, *Storia*, cit., p. 196; G. Tabacco, *Sperimentazioni*, cit., p. 63; G. Volpe, *Il Medioevo*, cit., p. 116; E.W. Boeckenfoerde, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo XIX. Problematica e modelli dell'epoca*, tr. it., Giuffrè, Milano, 1970, pp. 75 ss.

(79) Ho definito questo fenomeno "arena pubblica" in S. Cassese, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, ora in S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 74.

(80) Così F. Scharpf, *Verso una teoria*, cit., pp. 21 ss. Sulle diverse strategie negoziali seguite nell'Unione europea, A. Héritier, *Policy-Making and Diversity in Europe. Escape from Deadlock*, Cambridge Univ. Press, Cambridge (Mass.), 1999, spec. pp. 15 ss. e 88 ss. La più acuta e completa analisi della flessibilità del sistema politico

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il secondo modo consiste nella scelta, aperta a imprese ed altri privati, di operare attraverso i poteri pubblici nazionali o attraverso quelli comunitari, sfruttando i rapporti trilaterali che vengono a costituirsi e facendo giocare ai primi o ai secondi, ma per lo più a questi ultimi, il ruolo di arbitri, o di organi di appello.

La possibilità di passare dall'uno all'altro tipo di decisione e quella di sfruttare il dualismo dei livelli pubblici consente di massimizzare i sistemi di convenienze, di introdurre un elemento di mercato nei rapporti tra poteri pubblici e in quelli tra poteri pubblici e privati.

La situazione è diversa se si torna indietro al Medio Evo, perché molto diversi sono i rapporti tra cittadino ed autorità. Tuttavia, da un lato la personalità, rispetto alla territorialità del diritto (81), dall'altro i diritti particolari verso quello comune consentivano "arbitraggi" permessi dai diversi rapporti di complementarità tra i due diversi opposti. Nell'area europea, in epoca medievale, il sistema giuridico non era chiuso e unitario, bensì aperto e frammentato. Fonti del diritto erano — come già notato — consuetudini, norme imperiali, "statuti" locali, norme corporative, canoni e decretali ecclesiastici. Queste norme provenivano da autorità diverse, non collocate in una gerarchia. Inoltre, alcune si applicavano in base al territorio, altre erano norme personali (così quelle delle corporazioni). Tutto ciò produceva frequenti conflitti tra fonti diverse del

---

europeo è quella di J.-L. QUERMONNE, *Le système politique européenne. Des Communautés économiques à l'Union politique*, Montchrestien, Paris, V, 2002, spec. p. 46 ss., 72-73, 112-113 e 128. Il primo aspetto della flessibilità dipende dall'architettura in tre "pilastri" introdotta nel 1992, dalle successive suddivisioni e dai passaggi di materie dall'uno all'altro. Nel primo pilastro si sono evidenziati l'Eurogruppo e il sistema europeo delle banche centrali, nonché il metodo del "coordinamento aperto" (per le politiche dell'impiego), intermedio tra metodo comunitario e metodo intergovernativo. Gran parte delle materie del terzo "pilastro" è passata al primo, mentre vi resta la cooperazione nel campo del diritto e della procedura penale. Il secondo "pilastro", a sua volta, tende a scindersi in due parti, relative a politica estera, sicurezza e difesa. Dunque, vi sono passaggi e contaminazioni tra i diversi "metodi".

Il secondo aspetto della flessibilità riguarda i processi di decisione, consultazione, cooperazione (che diventa obsoleta), codecisione, parere conforme, e i passaggi, anche in questo caso, di materie dall'uno all'altro. Ne deriva un governo elastico, che muta e si adatta, ma anche molto complicato.

(81) Su cui G. VOLPE, *Il Medioevo*, cit., p. 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto, essendo naturale che ciascuno volesse sfruttare le norme più favorevoli. Di qui la necessità di interventi diretti a stabilire demarcazioni dei diversi campi e di ricorrere a organi giurisdizionali di varia natura (82).

Moltitudine di fonti diverse del diritto, frammentazione e separazione dei poteri da cui queste provenivano, diversità dei modi di applicazione, moltiplicazione dei giudici producevano inevitabilmente differenziali di disciplina, che imponevano aggiustamenti, ma si prestavano anche ad essere sfruttati in vario modo.

In tal modo l'equilibrio si sposta a favore dell'"ius inventum" e a danno dell'"ius positum", e il diritto si depositivizza.

9. *I fattori di crisi degli ordinamenti compositi del passato.*

Si sono riscontrati quattro elementi caratteristici e comuni di ordinamenti compositi del passato e dell'Unione europea: elasticità geografica; diverse sfere di sovranità; organizzazione fluida, differenziata, polisinodale, diffusa; scelta tra tecniche di decisioni differenti. Ognuna di queste contrappone gli ordinamenti compositi agli Stati-nazione, contraddistinti da determinazione dei confini, concentrazione della sovranità, rigidità e gerarchia organizzativa, prevalenza del diritto posto dallo Stato (83).

Ciò non vuole dire, però, che gli ordinamenti compositi non abbiano in comune con quelli statali altri elementi, come il legalismo (84) per cui i quattro tratti individuati prima, se sono caratteristici, non sono, però, esclusivi. Né che alcuni tratti degli ordinamenti compositi non siano episodicamente presenti anche negli Stati-nazione.

Si è osservato all'inizio che lo studio degli ordinamenti compo-

(82) R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millenia*, Cambridge Univ. Press., Cambridge (Mass.), 2002, pp. 22-24.

(83) Per questo motivo, come più volte osservato, lo schema interpretativo dello sviluppo statale non può essere applicato agli ordinamenti compositi; ribadiscono questo punto di vista relativamente al mondo germanico G. TABACCO, *Sperimentazioni*, cit., pp. 45 e E.W. BOECKENFOERDE, *La storiografia costituzionale*, cit., p. 75.

(84) Sui tratti storici caratteristici degli Stati, S.E. FINER, *Lo Stato in prospettiva storica*, in "Rivista italiana di scienze politiche", 1990, n. 1, pp. 3 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siti del passato poteva servire a due scopi: fare una comparazione (storica) con quello dell'Unione europea, liberandosi dell'ideal-tipo dello Stato unitario e accentrato, e svolgere ragionevoli previsioni sulle sorti dell'Unione, esaminando i fattori di sviluppo e di crisi degli ordinamenti compositi storici.

Finora è stata avviata la comparazione storica, individuando tratti caratteristici che, nello stesso tempo, sono comuni agli ordinamenti compositi e li differenziano dalle esperienze statali classiche (quelle dello Stato unitario, con un forte centro, a struttura compatta). La comparazione ha altresì consentito di osservare che gli elementi caratteristici si presentano in modi diversi. Quindi, ha permesso sia di avviare un'analisi critica delle differenze tra poteri pubblici compositi e Stati, sia di iniziare a tracciare una tassonomia delle varianti dei tratti caratteristici degli ordinamenti compositi. Tutto ciò in termini preliminari e provvisori, perché, come avvertito all'inizio, occorrono ulteriori ricerche di base per alimentare più complete ricerche storico comparative.

Con le stesse avvertenze circa la provvisorietà delle osservazioni, si passa ad indicare i fattori di successo e di crisi degli ordinamenti compositi del passato.

La chiave dello sviluppo degli ordinamenti compositi sta nelle "competing aspirations towards unity and diversity" (85). Queste due contrapposte tendenze hanno trovato, in quegli ordinamenti, un equilibrio che è spesso durato più secoli. Quando l'equilibrio si è rotto, si sono verificati i due esiti possibili: la rottura oppure l'unificazione in un organismo politico unitario e centralizzato (86).

Per le unioni del XVI secolo è stato osservato che i fattori che hanno favorito l'integrazione sono stati i processi non forzosi (unioni "aeque principaliter"), la creazione di nuovi organi istituzionali per i nuovi territori e l'uso del patronato per guadagnarsi la lealtà delle "élites" locali (87).

Più studiati i fattori di crisi che condussero, alla fine dell'alto Medioevo, alla perdita di unità del Sacro Romano Impero. Essi

(85) J.H. ELLIOTT, *A Europe*, cit., p. 71.
(86) J.H. ELLIOTT, *A Europe*, cit., pp. 62-63.
(87) J.H. ELLIOTT, *A Europe*, cit., p. 55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

furono sostanzialmente due. Il primo fu la lotta delle investiture, che spezzò l'unità tra Impero e Chiesa (88).

Il secondo fattore di crisi fu la "feudalité diviseuse", "système de pouvoir eclaté" (89). Il sistema dei feudi cambiò la posizione costituzionale del sovrano, che conquistò la posizione, accanto a quella di legislatore, organo di governo e giudice, di soggetto legato da una relazione contrattuale con i vassalli. Questo rafforzò, sul breve periodo, la coesione del sistema, ma agì, sul lungo periodo, come fattore centrifugo (90), perché la nobiltà feudale aveva i suoi possessi e li trasferiva a titolo ereditario. Ciò condusse alla "pressoché completa polverizzazione della struttura e del potere politico". Così la feudalizzazione porta a un sistema di giurisdizioni e di immunità separate sovrapponentisi, e, in ultima istanza, alla frammentazione (91).

L'autore di queste pagine lascia al lettore pensoso l'ingrato compito di individuare il luogo dove si nascondono la moderna lotta delle investiture e il neofeudalesimo che potrebbero minare le basi della costruzione europea, portandola, di qui a centocinquant'anni, alla disintegrazione (o alla concentrazione e all'uniformità).

---

(88) "Uno stato investito di missione religiosa […] un papato investito di missione politica […] si cercano, si uniscono e danno origine all'impero di Carlo Magno […] " aveva osservato G. Falco, *Albori d'Europa*, Edizioni del Lavoro, Roma, 1947, p. 23; si veda p. 39 per la lotta delle investiture.

(89) F. Braudel, *L'identité de la France. Les hommes et les choses*, Arthaud-Flammarion, Paris, 1986, t. I, p. 122.

(90) R.L. van Caenegem, *An historical introduction*, cit., p. 48.

(91) G. Galasso, *Potere e istituzioni*, cit., p. 18-29; si veda anche A. Padoa Schioppa, *Il diritto nella storia d'Italia*, cit., p. 125, dove si osserva che il vassallaggio porta a "una rete a maglie sempre più fitte", nonché G. Tabacco, *Sperimentazioni*, cit., p. 250, dove osserva che le deboli strutture dell'"imperium christianum" erano insufficienti a contenere le aristocrazie ribelli. Vi sono stati, naturalmente, altri fattori di crisi, quali quelli geografici (contiguità territoriale) e internazionali (rapporti di forza). Ma questi hanno agito dall'esterno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CORRADO MALANDRINO

SOVRANITÀ NAZIONALE E PENSIERO CRITICO FEDERALISTA. DALL'EUROPA DEGLI STATI ALL'UNIONE FEDERALE POSSIBILE

1. Premessa. — 2. Un paradigma federalista "unitario" di critica della sovranità statale? — 3. Un termine a quo per una ipotesi di sistematizzazione. — 4. Le premesse ottocentesche. — 4.1. Un *excursus*: critica della sovranità e unità europea nel pensiero socialista tra Otto e Novecento. — 5. Sovranità degli stati nazionali contro unità europea? Alcune tesi del primo Novecento. — 5.1. Einaudi: contro il "mito" della sovranità statale. — 5.2. I federalisti della *Federal Union.* — 5.3. Le concezioni federaliste ed europeiste tra antifascismo e Resistenza. — 5.3.1. Trentin: una nuova visione pluralista di fronte alla "crisi" del diritto e dello stato. — 5.3.2. Il Manifesto di Ventotene: Spinelli e la strategia costituzionale del "federalismo europeo". — 6. La critica federalista nel secondo Novecento: sparizione, obsolescenza o trasformazione della sovranità? — 6.1. Il "federalizing process" di Friedrich: la sovranità impossibile. — 6.2. Il federalismo come "grand design": Elazar e le sovranità diffuse e condivise. — 6.3. Hallstein: federalismo sovranazionale comunitario. — 6.4. L'indirizzo "federalista europeo". Albertini e il MFE: inadeguatezza del confederalismo e del gradualismo nel problema della "costituzionalizzazione" dell'Unione europea. Una rivalutazione della sovranità e del "popolo europeo". — 7. L'approdo federale derivante dal "paradigma comunicativo" di Habermas. — 8. Un nuovo paradigma "federalista-comunicativo" funzionale all'unità statale europea?

1. *Premessa.*

Il tema della crisi dello stato nazionale, da intendere principalmente come crisi della forma dominante di sovranità statale nell'epoca moderna — intendendo con questa la dottrina della sovranità unica, assoluta e indivisibile attribuita alla forma di stato sancita nel sistema usualmente indicato come "modello Vestfalia" (1), consolidato tra Settecento e Ottocento —, è oggetto di studio e di

(1) Per tale definizione cfr. a titolo indicativo F. CERUTTI (a cura di), *Gli occhi sul mondo. Le relazioni internazionali in prospettiva interdisciplinare*, Carocci, Roma, 2000, pp. 110-122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discussione da oltre un secolo (2). In questo articolo si sostiene che la critica federalista vi si è distinta, anticipando discussioni oggi consuete, e continua a distinguervisi in modo particolare, anche se non ha ricevuto e non riceve l'attenzione desiderata in sede scientifica e politica. Negli ultimi decenni, infine, due fenomeni epocali, opposti e concomitanti, definiti con i termini ormai abusati di "globalizzazione" (o "mondializzazione) ed "etnolocalismi" (o "etnoregionalismi") (3), hanno aggravato questa crisi a tal punto da chiedersi — come fa il pensatore federalista Daniel J. Elazar — se non si sia già in una fase "postmoderna" nella quale, di fatto, la sovranità statalnazionale abbia perduto le sue caratteristiche sostanziali, e lo stato moderno si trovi pertanto in una situazione di trasformazione senza ritorno (4). Tali fenomeni hanno aumentato in modo esponenziale l'interdipendenza dei contesti regionali, nazionali e transnazionali, rendendo spesso evanescenti e facendo percepire come obsolete le frontiere nazionali esistenti. Hanno messo in evidenza l'inadeguatezza delle istituzioni politiche e socioeconomiche formatesi a seguito del trionfo dello stato nazionale moderno-

(2) La bibliografia è vastissima. Per un'opportuna introduzione tematica e bibliografica cfr. almeno R. RUFFILLI, *Crisi dello stato e storiografia contemporanea*, Il Mulino, Bologna 1979; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale*, Laterza, Bari, 1997, pp. 7-10 e 39-59; P. P. PORTINARO, *Stato*, Il Mulino, Bologna 1999, pp. 11-18 e 154-168; C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 131 ss.; A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità*, Donzelli, Roma 2002.

(3) Anche in questo caso la letteratura è ormai molto vasta. Si rinvia a titolo di introduzione a C. MALANDRINO, *La globalizzazione, le istituzioni e il federalismo*, in *Comunità, individuo, globalizzazione. Idee politiche e mutamenti dello stato contemporaneo*, a cura di G. CAVALLARI, Carocci, Roma 2001, pp. 279-296. Sui termini generali del rapporto tra crisi dello stato nazionale e globalizzazione cfr. almeno K. OHMAE, *La fine dello stato-nazione. L'emergere delle economie nazionali* (1995), Baldini & Castoldi, Milano 1996; D. HELD, *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmopolitico* (1995), Asterios, Trieste 1999; J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale* (1998), Feltrinelli, Milano 1999. Sulla tematizzazione del rapporto tra crisi dello stato nazionale, globalizzazione e sviluppi teorici del federalismo cfr. in particolare T. A. BÖRZEL, *Föderative Staaten in einer entgrenzten Welt: Regionaler Standortwettbewerb oder gemeinsames Regieren jenseits des Nationalstaates?*, in *Föderalismus*, a cura di A. BENZ e G. LEHMBRUCH, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2002, p. 363-388 (ma ved. anche le pp. 27-29 dell'intr. di Benz).

(4) Su ciò ved. *infra* il par. 6.2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contemporaneo. Anche negli ambienti politologici, filosofici e giuspolitici italiani, si è sviluppata, pertanto, una riflessione sulla "crisi" o sulla "metamorfosi" del dogma della sovranità statale. Temi ripresi soprattutto con un'ottica polarizzata sulle trasformazioni transnazionali, indotte dalla globalizzazione, e attenta ai caratteri di una possibile cittadinanza europea e all'istituzione della democrazia cosmopolitica (5).

Tuttavia, occorre constatare che, in generale, gli autori non federalisti coinvolti in questo ampio dibattito, allorché parlano di crisi della sovranità e dello stato nazionale, non tengono adeguatamente presente (anzi tendono a sorvolarlo decisamente) l'unico orientamento teorico che da oltre un secolo e mezzo ha fatto di tale coerente e radicale critica la propria bandiera, ovvero il federalismo. Nel migliore dei casi, alcuni si fermano a una ripresa piuttosto restrittiva del cosmopolitismo kantiano, interpretato in termini blandamente confederalistici, sottacendo che in questo, pur nei suoi limiti, vive una potente carica federalista (6). Così facendo, non arrivano a un confronto realistico con il problema della sovranità in quanto momento forte della costruzione, della natura, della legittimazione e delle attribuzioni dello stato moderno, con riferimento alla politica estera e interna. E, di solito, rifiutano o non si pongono il problema — presente sulla scorta della tradizione federalista che va dall'edizione del *Federalist* ai nostri giorni — della costruzione

(5) È disponibile una larga bibliografia; per orientarvisi cfr. in particolare *Crisi e metamorfosi della sovranità,* Atti del XIX Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Trento, 29-30 settembre 1994), a cura di M. Basciu, Milano, 1996; D. Quaglioni, *Un dogma in crisi: il dibattito sulla sovranità nel pensiero giuspolitico del Novecento*, in AA.VV., *Temi politici del Novecento*, a cura di A.M. Lazzarino Del Grosso, Napoli, CUEN, 1997, pp. 13-36; *Metamorfosi della sovranità tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, a cura di G.M. Cazzaniga, Edizioni ETS, Pisa 1999; *Una costituzione senza stato*, a cura di G. Bonacchi, Il Mulino Bologna 2001; *Sfera pubblica e costituzione europea*, a cura di E. Paciotti, Annale della Fondazione L. e L. Basso, Carocci, Roma 2002. Sul problema della cittadinanza l'opera di riferimento è quella di P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma-Bari 1999-2001, 4 voll., in part. il vol. IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, 2001.

(6) Per l'argomentazione della definizione di "federalismo" usata in questo saggio ved. C. Malandrino, *Federalismo. Storia idee modelli*, Carocci, Roma 1998. Su Kant cfr. le pertinenti e decisive ricerche di G. Marini, *Tre studi sul cosmopolitismo kantiano*, Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, Pisa-Roma 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ineludibile del livello statuale federale sovranazionale, a livello macroregionale e globale (7). Un simile modo di affrontare il tema della crisi o metamorfosi della sovranità statale nel Novecento causa un senso d'insoddisfazione, derivante dalla constatazione che le conclusioni democratico-cosmopolitiche, pur rappresentando un onesto tentativo di indicare soluzioni coerenti con le teorie democratiche e dei diritti, restano insufficientemente probanti sul piano della definizione istituzionale del domani europeo e globale.

2. *Un paradigma federalista "unitario" di critica della sovranità statale?*

Occorre a questo punto chiedersi: è possibile parlare al singolare di "critica federalista" alla sovranità dello stato nel Novecento? O non si dovrebbe parlare al plurale di "critiche" di pensatori federalisti, non omogenee fra loro, oppure ancora di critiche che si evolvono in modo talmente divergente da non esservi pressoché più nulla in comune tra quelle dell'inizio e quelle della fine del '900? Il problema è collegabile anche alla risposta al seguente interrogativo: c'è un fondamento teorico costante in tutte queste critiche, tale da autorizzare comunque — pur riconoscendo una molteplicità di approcci — la loro riconduzione a un paradigma comune?

La risposta affermativa, per la quale in ultima istanza propendo, è favorita dalle stesse attribuzioni che la storia e la teoria politica hanno conferito alla sovranità dello stato nazionale nell'epoca moderna: unicità, unitarietà, indivisibilità, irrevocabilità, assolutezza, monoliticità, ecc. La contrapposizione comune a tali caratteristiche, che cementa le tesi federaliste, al di là di differenze di argomentazione e di tematiche nei vari autori e nelle varie fasi del Novecento, comporta la loro dislocazione su di un fronte unico rispetto alla sovranità dello stato moderno monocentrico. Lo ricorda Norberto Bobbio — riprendendo e sviluppando il proprio approccio cattaneano al problema — in un saggio dedicato al trentesimo anniver-

(7) Cfr. le considerazioni svolte da L. LEVI nel saggio *La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali*, posto introduttivamente a A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista* (1788), Il Mulino, Bologna 1997, pp. 9-116.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sario della nascita del Movimento Federalista Europeo (8). La critica federalista, sostiene Bobbio, ha uno sviluppo inedito nel '900 a causa della crisi oggettiva che, per più cause (di cui non si può indicare la principale, né si può dire che siano cause meccaniche, ma che occorre riconoscerle come cause che si verificano come "condizioni" di apertura e avanzamento di crisi), getta la sovranità dello stato moderno in una posizione di graduale o repentino arretramento e dissolvimento in una col venir meno dello *jus publicum europaeum*: interdipendenza economico-socio-giuridica (che oggi assume le dimensioni della globalizzazione), accrescersi della distruttività delle guerre, incapacità della forma stato-nazione ad assolvere i compiti per i quali fu creato sia dal punto di vista dei rapporti con gli altri stati (politica estera e internazionale) sia dal punto di vista della rappresentanza delle realtà socio-politiche interne, ecc.

Lo *jus publicum europaeum* — sottolinea Bobbio riprendendo l'insegnamento schmittiano — fu costituito per porre fine alle guerre di religione, vere e proprie guerre civili europee, e per rendere effettivo uno *jus belli* alla cui base stesse la distinzione tra l'*hostis*, il nemico in guerra, e il *rebellis*, il nemico nella guerra civile. Al sistema del diritto pubblico europeo corrispose così sul piano politico il sistema "vestfalico" dell'equilibrio tra i grandi stati sovrani, che si dimostrò in grado di dominare per quasi tre secoli i rapporti internazionali. Ma tra Otto e Novecento, l'enorme distruttività degli apparati bellici, l'avvento della nazionalizzazione delle masse e dei totalitarismi fa sì che, insieme alla rovine del sistema degli stati, cada la distinzione tra l'*hostis* e il *rebellis*. Il mondo ridiviene vittima di inaudite ondate di violenza che, nel contesto atomico, ne mettono a repentaglio la stessa esistenza. Ecco dunque che, secondo Bobbio, "l'idea federalistica nasce, si rafforza, diventa principio motore di azione via via che il sistema giuridico e politico nato come antidoto alle guerre di religione, come rimedio alla più grande esplosione di violenza che l'Europa aveva conosciuto prima delle due guerre mondiali, non regge più alla prova, quando si riscopre che anche la

(8) Cfr. N. Bobbio, *Il federalismo nel dibattito politico e culturale della Resistenza*, in S. Pistone (a cura di), *L'idea dell'unificazione europea dalla prima alla seconda guerra mondiale*, Torino, Fondazione L. Einaudi, 1975, pp. 221-236.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guerra fra stati può trasformarsi in guerra civile" (9). Il pensiero federalista è l'espressione di un "processo inverso" a quello caratterizzante lo stato moderno: "Mentre questo era nato da un processo di accentramento verso l'unità e l'unicità del potere statale e di decentramento rispetto al potere universale rappresentato dalla chiesa e dall'impero (la comunità internazionale è definibile giuridicamente come un ordinamento massimamente decentrato), il federalismo muove al contrario verso la disarticolazione dell'unità dello stato, e verso la ricerca di una nuova superiore unità [...] al di là e al di sopra dello stato. [...] Combatte insomma la battaglia contemporaneamente su due fronti, quello della sovranità interna, attraverso il principio della divisione orizzontale dei poteri, e quello della sovranità esterna, attraverso il principio della limitazione della potestà di guerra e di pace che è la prerogativa dello stato sovrano" (10).

Mi pare che l'argomento di Bobbio — in quanto enucleazione di un "principio di azione" che è nel contempo espressione di un "processo" secolare di scomposizione e limitazione della sovranità statale — serva bene alla causa della fondazione di una visione unitaria, benché articolata, delle varie espressioni del federalismo sovranazionale (o esterno) e infranazionale (o interno), il primo centripeto, il secondo centrifugo (11). La critica federalista, secondo questo taglio interpretativo — che può far configurare una sorta di "paradigma teorico di critica all'unicità e all'assolutezza della sovranità dello stato moderno" (preciso che questa formulazione non è del filosofo torinese, ma dello scrivente) nel quale convergono con maggiore o minore facilità tutte le varie espressioni federaliste di cui si tratterà nel seguito —, porta nel corso del Novecento un attacco duplice alla sovranità dello stato: *a*) dall'alto o dall'esterno, alla sua facoltà di determinare autocraticamente i rapporti nei confronti dei suoi simili sul piano internazionale, ponendo viceversa il problema di un patto federale sovranazionale; *b*) dal basso o dall'interno, alla sua facoltà assoluta di determinare dal centro l'ordinamento interno, ponendo viceversa il problema di un patto di convivenza con le

(9) Ivi, p. 224.

(10) Ivi, p. 225.

(11) Per queste definizioni del federalismo cfr. l'introduzione a MALANDRINO, *Federalismo*, cit., pp. 17-20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunità territoriali sul piano di un radicale decentramento autonomistico, che giunge alla definizione federale interna dei rapporti fra centro e periferia (12). Il fine verso il quale si muove tale critica è l'instaurazione della pace tra le nazioni e l'autonomia delle componenti infranazionali. La conseguenza di tali attacchi sul piano teorico è la denuncia federalista della sovranità assoluta ed esclusiva degli stati nazionali come causa di guerra perpetua e di illibertà e autoritarismo da un lato, dall'altro come "mito" semplicemente obsoleto per alcuni autori nelle condizioni contemporanee, mistificatorio fin dalle origini per altri, in ogni caso da rigettare e sostituire con forme di sovranità diffusa e condivisa per alcuni, da eliminare *tout court* per altri. Tale elaborazione critica, definita con argomenti diversi da alcuni federalisti come Daniel Elazar e Mario Albertini "una rivoluzione" non cruenta, è in corso da più di un secolo e mezzo, non solo in Europa. Essa è stata rinvigorita dagli eventi storici che hanno segnato gli ultimi decenni del Novecento con la fine della divisione del mondo in blocchi. La caduta del Muro di Berlino è sotto tale profilo il punto di arrivo (e di partenza) di un processo storico epocale: la crisi finale della modernità e l'inizio della postmodernità. Esso ha trasformato a oriente le frontiere degli stati e sepolto quello che veniva presentato come modello alternativo alle democrazie occidentali, lasciando il campo all'affermarsi di una nuova anarchia internazionale in un quadro di conflittualità più o meno guerreggiate tra le nazionalità che, per la loro virulenza, ricordano i periodi precedente e seguente la prima guerra mondiale. In vari stati dell'Occidente europeo tale rivoluzione ha messo in crisi

(12) Sfugge alla portata teorica del paradigma così delineato la formulazione, in termini oggettivi e soggettivi, del problema di un nuovo potere costituente la sovranità, nel senso che sembra restarvi implicito il riferimento allo schema tradizionale della sovranità popolare nazionale che crea la sovranità statale nei termini usuali elaborati dal costituzionalismo liberaldemocratico. Tale schema, però, essendo stato inglobato totalmente nell'Ottocento nella teoria dello stato-nazione godente assoluta ed esclusiva sovranità, non sopporta più l'immediata e diretta applicazione sul piano infra- e sovranazionale, ai fini cioè di individuare più livelli di sovranità diffusa e condivisa, senza una riformulazione appropriata. Di tale difficoltà, in parte segnalata profeticamente da pensatori del Novecento come Rosselli e Trentin di cui ved. ai paragrafi 5.3 e 5.3.1, ci si occupa nei paragrafi finali di questo saggio con attenzione particolare al problema europeo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'assetto tradizionale e posto all'attenzione l'ineludibile necessità di riforme costituzionali.

In questo contesto drammatico — contrassegnato altresì dall'urgenza di procedere a tappe forzate verso una riforma in senso federale dell'Unione Europea e dell'ONU — assume significato la riflessione critica, distruttiva, una vera *pars destruens*, fatta nel corso dell'età moderna e giunta al suo apice nel Novecento dai pensatori federalisti sullo stato nazionale fortemente centralizzato, e quella costruttiva, la *pars construens*, che sempre più si orienta verso la definizione di forme di stato federale ai vari livelli, locale nazionale, macroregionale e mondiale.

3. *Un termine a quo per una ipotesi di sistematizzazione.*

Posto che si convenga su questo genere di approccio paradigmatico unitario (che non intende sacrificare, ma collegare nella distinzione la molteplicità delle espressioni federaliste), se si vuol affrontare il compito di seguirne storicamente la formazione, allora occorre innanzitutto aver consapevolezza del termine (non solo) temporale dal quale partire per individuare analiticamente le espressioni predette. Storicamente, tale termine è posto dalla pubblicazione del *Federalist* e dall'approvazione della prima costituzione federale scritta negli Stati Uniti d'America. È quella l'occasione in cui si definisce un modello di federazione condividente con gli stati membri la sovranità, a partire appunto da una critica radicale del concetto moderno di sovranità indivisibile e centralizzata derivante dalle dottrine dei maggiori teorici assolutisti, come Bodin e Hobbes, ma anche di antiassolutisti, come Locke e Montesquieu, di cui si accettano peraltro gli insegnamenti liberali in materia di rappresentanza, separazione e bilanciamento dei poteri sul piano orizzontale. Da quel momento si avvia una reale critica, teorica e pratica, alla concezione moderna della sovranità predominante in Europa e di qui diffusa nel mondo. Il *Federalist* segna, in tal senso, il passaggio dal federalismo antico-medievale a quello moderno-contemporaneo.

Ne consegue che prima del *Federalist*, per quanto si possa constatare l'esistenza di pensiero parzialmente critico verso l'ordinamento vestfalico — in particolar modo ci si riferisce qui all'elaborazione dell'ideale della pace perpetua in Europa posto come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meta razionale di processi confederativi —, manca tuttavia in esso una sufficiente coscienza del collegamento tra lo sviluppo dell'istanza europeista e il necessario attacco alla concezione monolitica della sovranità, presupposto per la costruzione di un nuovo ordine europeo di tipo federale (13).

Dopo la diffusione del *Federalist*, avvertibile già nel periodo rivoluzionario e napoleonico, si possono distinguere due fasce di autori che si richiamano in vario modo al federalismo e che — attraverso questo — si applicano al problema dell'unificazione europea. La prima, di coloro che usano ancora genericamente tali categorie all'interno di concezioni peculiarmente caratterizzate da un diverso e preminente nucleo ideologico o teorico, che non si richiama espressamente all'innovazione del *Federalist* in tema di dislocazione duale della sovranità. Si pensi, per esempio, per l'Ottocento a Claude-Henri de Saint-Simon o, per l'Italia, a Giuseppe Mazzini; per il Novecento si pensi all'austriaco Richard Coudenhove-Kalergi, grande europeista non federalista. Autori di questo genere non possono esser considerati all'interno della presente trattazione.

La seconda fascia, invece, raccoglie coloro che sono o diventano man mano consapevoli della novità americana (e svizzera, a partire dal 1848) e, di conseguenza, del rapporto necessario che si instaura

(13) Sull'affermarsi, tra Seicento e Settecento, di idee confederali europee sulla base della "pace perpetua" fra gli Stati — elemento di valore morale che entra a far parte permanente dell'idea dell'unità europea — rimando a C. MALANDRINO, *L'idea dell'unità europea*, in U. MORELLI (a cura), *L'Unione europea e le sfide del XXI secolo*, Torino, Celid, 2000, pp. 13-16. Nel Settecento illuminista l'ideale della pace "perpetua" si delinea, grazie soprattutto agli scritti dell'abate di Saint-Pierre e di Kant, come il più significativo dei valori qualificanti dell'idea dell'unità europea. Saint-Pierre abbozza fin dal 1710, e pubblica nel 1729, un *Progetto per realizzare la pace perpetua fra i sovrani cristiani*, avente il carattere filosofico-giuridico e politico di una riforma in senso federativo del coevo diritto internazionale, da perseguire attraverso l'istituzione di una "società permanente" dei sovrani d'Europa. A essa spetterebbe il compito di dirimere i conflitti interstatali e di far rispettare le decisioni prese. Pur se l'idea di Saint-Pierre appare poco realistica per le condizioni storiche del tempo, esercita influssi notevoli sul pensiero degli illuministi e del più importante teorizzatore settecentesco della pace perpetua, Immanuel Kant. Questi riprende il discorso della "pace perpetua" in chiave cosmopolitico-federale in vari scritti e particolarmente nel saggio omonimo del 1795, e lo porta al massimo sviluppo filosofico-politico in una forma che influenzerà il pensiero federalista successivo. Su ciò rimando all'esposizione fatta in MALANDRINO, *Federalismo*, cit., pp. 29-38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel federalismo moderno tra critica della sovranità statalnazionale e proposte di unificazione europea. È più difficile, ma non impossibile, incontrare autori di tal fatta nell'Ottocento. Pensatori come Carlo Cattaneo e, in modo più evidente, John Robert Seeley, appartengono a questa categoria. A essi occorre pertanto concedere qualche cenno. È però nel Novecento che tale pensiero assume il maggior sviluppo. Su questo si dovrà concentrare l'attenzione.

In tal caso si possono distinguere quattro posizioni critiche della sovranità, in diversi modi e misure riconducibili ad approcci federalisti come sopra qualificati o assimilabili: 1) la posizione di coloro che, pur sostenendo l'avvenuto indebolimento della sovranità degli stati nazionali per cause oggettive, e pertanto affermando che occorre andar oltre in direzione di aggregazioni sovranazionali, tuttavia confermano l'auspicio che gli stati nazionali continuino ad assolvere per il futuro a un ruolo essenziale e preminente da punto di vista dei processi decisionali; 2) quella di chi constata un relativo indebolimento della sovranità statalnazionale, ma lo considera insufficiente e attesta la necessità di un ulteriore e decisivo venir meno di essa, in quanto la considera la ragione più importante dell'origine del nazionalismo, dell'autoritarismo, delle dittature totalitarie e delle guerre del Novecento; 3) quella di coloro che osservano un indebolimento sostanziale, ai limiti della sparizione, della sovranità dello stato nazionale classico per cause che vanno dai rapporti strategici mondiali allo sviluppo delle economie internazionalizzate e globalizzate nel mondo postmoderno transnazionale, e vedono un futuro ordine mondiale basato su forme più o meno federali nelle quali la sovranità non sarà più una categoria descrittiva e prescrittiva autonoma; 4) quella, infine, di coloro che, partendo da una base filosofico-politica originariamente non federalista, sviluppano una critica della sovranità statalnazionale a quella affine e si fanno portavoce di proposte analoghe.

Nella prima posizione sono riconoscibili pensatori liberaldemocratici come Hans Kelsen o come gli aderenti alla corrente trasformazionalista della globalizzazione, certamente ispirati da concezioni cosmopolitiche, confederaliste o federali in senso lato, ma che nella fattispecie dell'analisi della crisi dello stato nazionale applicata al contesto europeo tendono a fermarsi su posizioni intermedie o a rifluire su posizioni non federaliste in senso pieno. Le loro dottrine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o teorie non possono pertanto entrare nel paradigma federalista di cui sopra.

La seconda e la terza posizione sono rappresentate invece da pensatori federalisti in senso specifico e forte: l'una da giuristi ed economisti come Silvio Trentin, Luigi Einaudi, i federalisti anglosassoni della Federal Union, i "federalisti europei" seguaci del *Manifesto di Ventotene* di Spinelli e del MFE di Albertini; l'altra, da federalisti integrali e da teorici di un federalismo processuale come Carl J. Friedrich ed Elazar. Sono tali posizioni nel loro complesso a sostanziare, a mio avviso, il paradigma federalista classico di critica alla sovranità statalnazionale al quale ci si intende riferire in questo studio.

Tuttavia sarà da valutare sinteticamente anche il contributo proveniente da autori collocabili nella quarta posizione per la loro capacità di penetrare nella critica della sovranità statalnazionale evitando alcune ideologizzazioni talora ricorrenti nella seconda e nella terza posizione. Mi riferisco in particolare ai teorici dell'approccio "comunicativo", come Jürgen Habermas, che arrivano a conclusioni molto simili a quelle federaliste, in particolare rispetto al problema dell'unificazione e della costituzionalizzazione europee.

Di seguito, pertanto, si procederà all'esposizione dei principali motivi di critica federalista emergenti dagli autori più significativi dell'orientamento sopraddetto tra Ottocento e Novecento, prima di proporre nell'ultimo paragrafo una nuova sintesi del paradigma federalista resa ormai urgente dai problemi dell'integrazione europea e della sua inevitabile costituzionalizzazione.

4. *Le premesse ottocentesche.*

L'ideale di un'unità europea, capace di por fine ai problemi della conflittualità permanente e distruttiva attraverso una consensuale limitazione delle prerogative assolute di sovranità degli stati nazionali, ispira nell'Ottocento politici, filosofi, scrittori e scienziati che intendono far progredire la società tramite un'organizzazione razionale e l'applicazione di metodi scientifici (14). Tale fede si

(14) Tra questi, anche se non strettamente pertinente con il taglio dato in questo saggio, occorre ricordare Saint-Simon, teorico dell'industrialismo, che inizia a porsi con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diffonde in vari paesi, tra cui l'Italia, per diventare patrimonio comune dei dirigenti democratici del moto risorgimentale. Secondo il federalista Carlo Cattaneo, uno dei capi dell'insurrezione di Milano, l'unità europea può scaturire da due aspirazioni complementari: la pace in Europa, d'ispirazione kantiana, e la costruzione di un sistema di libertà capace di far sprigionare dalla società europea tutte le sue possibilità economiche, sociali e culturali. Egli è uno dei primi a ricorrere alla formula "Stati Uniti d'Europa", riecheggiante l'esperienza dei federalisti americani. Sviluppa altresì una critica puntuale, analoga a quelle di Hamilton e di Kant, all'anarchia delle relazioni internazionali conseguente al principio dell'assolutezza della sovranità statale. Intuisce che l'assioma unitario, centralista e militarista, su cui si fonda la sovranità assoluta e la volontà di potenza degli stati nazionali (è a lui presente il caso tipico della Francia) è la causa fondamentale dello stato di perpetua belligeranza e, in pari tempo, dell'autoritarismo interno a questi paesi. Nelle *Considerazioni al primo volume dell'Archivio triennale* (1850) sostiene l'applicazione del principio federale all'Europa delle nazioni, la creazione di un nuovo *ius publicum europaeum*, che sostituisca quello di natura hobbesiana tramandato dall'epilogo delle guerre di religione, l'istituzione di un governo europeo che non presuppone l'omogeneità delle dimensioni territoriali, ma il riconoscimento della limitazione della sovranità militarista e aggressiva e

---

singolare forza il motivo dell'unità europea, a seguito dell'epopea napoleonica (Napoleone stesso concepisce il grandioso disegno centralizzatore di un'Europa imperiale). Nel delicato momento di passaggio dallo sconfitto impero a un nuovo equilibrio sembra fondata la speranza di una moderata evoluzione liberale nei paesi europei più progrediti. Frutto di tale temperie è lo scritto di Saint-Simon e del suo segretario, Augustin Thierry, pubblicato a Parigi nel 1814, sulla *Riorganizzazione della società europea*, in cui accanto alla modernizzazione scientifico-positiva e industriale si sostiene — sulla scorta del cosmopolitismo kantiano e dell'esperienza americana — l'organizzazione degli Stati Uniti d'Europa. Conseguenza inevitabile della diffusione dello spirito liberale e di una forma inedita di "patriottismo europeo", la nuova Europa si costituirà — secondo Saint-Simon e Thierry — intorno al nucleo di un parlamento franco-inglese, da estendersi via via agli altri paesi, a partire dalla Germania. Intorno all'ideale così delineato si costituisce la Società per gli Stati Uniti d'Europa, di cui è presidente intorno alla metà del secolo il grande romanziere Victor Hugo. Al Congresso della pace, riunito a Parigi nell'agosto del 1849, ribadisce con enfasi la convinzione che solo l'unità politica del vecchio continente impedirà la guerra fra le nazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'abbandono dell'equilibrio della forza. Solo così, questa la conclusione di Cattaneo, le nazioni europee potranno congiungersi in federazione di popoli liberi e realizzare gli "Stati Uniti d'Europa".

Tutto ciò detto, occorre comunque ammettere che in Cattaneo il collegamento tra la critica della sovranità statale e la teoria federalista di derivazione hamiltoniana è più implicito che esplicitamente sviluppato. È invece nella conferenza del marzo 1871 del britannico John Robert Seeley, pubblicata nel "MacMillan Magazine" e dedicata agli *Stati Uniti d'Europa* (15), in stretto collegamento con la riflessione sul *Federalist*, che è dato trovare la traduzione della teoria federale hamiltoniana nelle condizioni europee ottocentesche. Tale idea si riverbera nella teorizzazione degli "Stati Uniti d'Europa", intesi come genuina risposta federale alla crisi epocale del concerto delle potenze europee e del sistema dell'equilibrio. Anche Seeley pensa che la causa principale dell'epoca di guerre instaurata in Europa a partire dalla seconda metà dell'Ottocento risieda nell'anarchia internazionale dovuta, da una parte, al primato della politica estera su quella interna, dall'altra al principio dell'assolutezza delle sovranità degli Stati sostenuto dai nazionalisti. In tale contesto, l'unico mezzo atto ad assicurare "la pace perpetua" di kantiana memoria — intesa non più come mero principio morale e di ragione, ma come esigenza imprescindibile di fronte alla minaccia per l'umanità dell'aprirsi di conflitti sempre più spaventosi per il crescere degli armamenti e per l'estensione globale — non può essere delegato ai normali mezzi diplomatici, ai trattati preludenti a generiche alleanze confederali, ma all'attuazione di una vera e propria federazione, prima europea, poi mondiale. Solo il federalismo, secondo Seeley, sarà in grado di apprestare una struttura istituzionale adatta a risolvere in modo pacifico e legale i conflitti interstatali. Questo importante elemento è pertanto posto da Seeley, tra i primi ad averne consapevolezza teorica, come l'obiettivo prin-

(15) Cfr. ora nella trad. ital. di L. V. MAJOCCHI: J. R. SEELEY, *Stati Uniti d'Europa*, in *Da un secolo all'altro. Il passato letto al presente*, a cura di L. LEVI, UTET Libreria, Torino 2000, pp. 233-253. Sull'influenza del pensiero di Seeley in Italia cfr. S. PISTONE, *Il pensiero federalistico in Piemonte e il federalismo internazionale*, in *Alle origini del federalismo in Piemonte*, a cura di C. MALANDRINO, Studi della Fondazione L. Einaudi, Torino 1993, pp. 125-142.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cipale per le forze liberaldemocratiche e pacifiste sulla strada che condurrà all'unità europea.

Nonostante queste dotte e autorevoli voci, l'elaborazione europeista unitaria di matrice liberaldemocratica cade negli ultimi decenni dell'Ottocento nell'oblìo generale. S'impone l'ordine europeo fondato sull'equilibrio di grandi potenze nazionali, ferreamente centralizzate e non di rado assolutiste e dispotiche. Si assiste al subentrare dell'età dei nazionalismi e dell'imperialismo. All'idea dell'unità europea manca ancora una completa elaborazione teorica, e, soprattutto, un radicamento concreto (politico, economico, sociale) nelle condizioni del tempo. Sotto il profilo economico, inoltre, la maggioranza dei paesi europei (con l'eccezione della Gran Bretagna e, in parte, della Francia) è allora all'inizio della fase del "decollo" industriale capitalistico. In tali circostanze, la politica estera è infeudata ai voleri dinastici di monarchi o diretta dai governi in forme diplomatiche non controllate democraticamente. I movimenti democratico-socialisti, dal canto loro, concentrano la propria azione su obiettivi di politica interna e sociale. Soltanto tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, sulla spinta delle preoccupazioni accese dalle crisi causate dall'imperialismo, dall'erompere dei nazionalismi e dai sempre più seri pericoli di guerre, comincia a riemergere la consapevolezza dell'urgenza di una nuova elaborazione ideale europeista.

4.1. *Un* excursus: *critica della sovranità e unità europea nel pensiero socialista tra Otto e Novecento.*

Il pensiero socialista partecipa, in tema di ideali europeisti, alle stesse premesse cosmopolitico-umanitarie e pacifiste, di derivazione settecentesca e illuminista, che compaiono in riformatori e pensatori liberali e democratici, poco distinguendosi sul piano dell'approfondimento critico. Lo scarso realismo politico di tale prospettiva può forse concorrere a spiegare la mancanza d'interesse di Marx e di Engels per essa, benché invece sia da loro sviluppata una forte critica nei confronti dello stato borghese. Tuttavia, vi sono nel pensiero loro e degli eredi due lineamenti teorici, congiunti con l'articolazione della questione nazionale, che si dimostrano a scavalco tra l'Otto e il Novecento in grado di costituire solidi punti di approccio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle problematiche federaliste dell'unità europea, offrendone una configurazione accettabile nel movimento socialista: *a*) l'analisi socioeconomica dell'espansione, considerata necessaria, del capitalismo a livello mondiale e, accanto a questa, degli effetti di tale movimento sulla vita degli stati nazionali; *b*) il bisogno, intrinseco all'internazionalismo proletario, di superare il livello istituzionale dell'ordinamento nazionale, ossia di sciogliere in modo progressivo la "questione nazionale". È questo il terreno sul quale si sviluppa positivamente un tentativo europeista e federalista, nel quale si distinguono Otto Bauer e Karl Renner in Austria, Karl Kautsky ed Eduard Bernstein in Germania, Lev Trockij in Russia e, non da ultimo, alcuni socialisti italiani, come Giuseppe Modigliani e Ugo Guido Mondolfo, riuniti nella "Critica sociale" di Filippo Turati e Claudio Treves (16). Ci si soffermerà qui brevemente sul contributo austromarxista, che ci sembra esser quello più affine all'orientamento federalista.

Gli austromarxisti Bauer e Renner elaborano la loro idea dell'unità europea nel contesto di critica del problema nazionale e all'interno di una concezione della federazione plurinazionale poggiante sull'esistenza di un governo federale politicamente centralizzato e, insieme, dell'esigenza di autonomia culturale e di decentramento amministrativo al livello delle nazionalità. Tale visione federale proviene loro dall'urgenza di dare alle spinte nazionaliste, insorgenti nell'impero plurinazionale asburgico, una soluzione conforme al programma e all'ideologia socialista. In tale contesto pongono anche il problema della futura unità europea. Alle nazioni, in quanto comunità di carattere e di destino, che attraverso la mediazione della lingua, dell'arte e della letteratura divengono comunità di cultura, dev'esser assicurata un'autonoma personalità giuridica da parte e nel contesto del diritto internazionale. Ma, differenziandosi dai nazionalisti, Renner e Bauer non pensano che agli stati nazionali sia da riconoscere una sovranità di tipo assoluto, considerata al contrario il fondamento di una distruttiva anarchia internazionale. La sovranità deve, a loro avviso, appartenere alla federazione pluri-

(16) Su questi temi cfr. più diffusamente C. MALANDRINO, *L'idea dell'unità federale europea e il socialismo marxista (1900-1920)*, in "Trimestre", XXVIII, 1995, nn. 1-2, pp. 23-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazionale regionale e, in prospettiva, all'unione degli stati d'Europa. La legittimazione giuridica della nazione all'interno della comunità internazionale appare, tra l'altro, come l'unico modo di garantire la pace. Una federazione europea e mondiale a carattere pienamente democratico perderebbe, secondo i due austromarxisti, la sua natura violenta e coercitiva.

Un itinerario concettuale parallelo a questo ragionamento giuridico, fondato sui fattori sociali ed economici dell'espansione del capitalismo europeo, conduce i due pensatori austriaci a un analogo risultato. È Bauer a ricordare che la stessa premessa che costituisce la ragione fondamentale della lotta per il socialismo — ossia il gigantesco sviluppo del capitalismo, che al termine del XIX secolo già plasma e comprende le forme essenziali della vita sociale dei paesi europei, americani e delle loro colonie — dà anche motivo per prevedere un avanzamento europeo in senso federale rispetto alla forma dello stato nazionale. Infatti, già nel contesto sociale capitalistico, i diversi stati intrecciano relazioni e traffici sempre più stretti; diventa sempre più impellente una loro regolamentazione valida per tutti, un sistema di diritto riconosciuto e valido al di là delle frontiere dei singoli stati. Ma, a fronte del consolidamento e della moltiplicazione di sempre più stretti collegamenti interstatali, resta insoddisfacente la loro regolazione tramite semplici trattati di diritto internazionale, mettenti capo alla costruzione di uffici, organismi, amministrazioni sovranazionali (come, per esempio, commissioni sanitarie, associazioni telegrafiche, unioni postali, ecc.). Quand'anche, nelle concrete condizioni contemporanee, simili trattati e organizzazioni internazionali possano ancora sanare i bisogni più impellenti di pacifiche e costanti relazioni, resta comunque in quel modo di procedere un'intima contraddizione logico-giuridica, poiché, pensa Bauer, la comunità di diritto internazionale pur possedendo ordinamenti e organi, non risulta costituita essa stessa in quanto persona giuridica. Su tale presupposto, viene tracciata una linea di sviluppo a una forma di socialismo funzionale al processo conducente ai futuri "Stati Uniti d'Europa". Scrive Bauer: "Come lo sviluppo della produzione capitalistica delle merci mise in contatto e legò tra loro isolate dominazioni terriere e città trasformandole in stati moderni, così la divisione internazionale del lavoro nella società socialista creerà, oltre che la comunità nazionale, una forma sociale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di tipo nuovo, uno stato degli stati, nel quale si incorporeranno le singole comunità nazionali. In questo modo gli Stati Uniti d'Europa non rimarranno più un sogno, ma saranno l'inevitabile scopo finale di un movimento che le nazioni da tempo hanno intrapreso e che a opera di forze, già oggi chiaramente visibili, viene potentemente accelerato" (17).

Nella posizione di Bauer e di Renner si evidenzia, in primo luogo, l'affermazione secondo cui la realizzazione del principio di nazionalità attraverso il socialismo deve contemperarsi con l'inserimento delle singole nazioni, in quanto persone giuridiche, in una comunità sovranazionale, verso la quale appare ineluttabile la cessione di una parte di sovranità. Rispetto alla sovranità della futura comunità federale sovranazionale, di conseguenza, le nazioni trattengono solo parte della loro originaria sovranità e una completa autonomia culturale e amministrativa. In tale proposizione è contenuta, a mio avviso, una critica del dogma della sovranità assoluta dello stato nazionale moderno. In secondo luogo, è forte la correlazione tra la realizzazione del socialismo e l'ipotesi dello sviluppo federalista fino alla fondazione degli Stati Uniti d'Europa e, più tardi, nella stessa prospettiva, di uno stato federale mondiale. In margine a questo punto, il processo di federazione europea nasce per gli austromarxisti in modo indipendente — sebbene saldamente interrelazionato — da quello socialista, avendo radici sia nell'esigenza di superare l'anarchia internazionale per evitare conflitti insolubili, sia nei bisogni dinamici delle economie moderne. Da ciò discende l'assunto che le rivoluzioni federale e socialista devono incontrarsi e compenetrarsi per una mutua realizzazione. Infatti, entrambe sono considerate "necessarie" in senso marxista, ovvero subordinate a fattori strutturali socioeconomici. Per questo motivo, Renner e Bauer accentuano il ruolo istituzionale dei futuri "Stati Uniti d'Europa" come istanza principale per la pianificazione economica del continente. Funzionale, infine, all'incontro di tali tendenze storiche e rivoluzionarie è l'abbandono di una concezione troppo angusta della lotta di classe a favore dell'adesione a una tattica basata sulla collaborazione della classe operaia con le forze

(17) Cfr. O. BAUER, *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie*, Wiener Volksbuchhandlung, Wien 1907, pp. 519-520.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

borghesi democratiche, pacifiste e progressiste, anche allo scopo di contrastare meglio l'influenza delle componenti nazionaliste e imperialiste e, quindi, il rischio incombente di una guerra di gigantesche proporzioni.

5. *Sovranità degli stati nazionali contro unità europea? Alcune tesi del primo Novecento.*

La prima guerra mondiale mette a nudo la realtà, nel mondo contemporaneo, della interdipendenza economica delle nazioni. Essa dimostra la perdita di senso delle guerre destinate a rinsaldare supremazie politico-militari, privilegi economici, conquiste territoriali. L'occupazione militare di territori, l'instaurazione su di essi del dominio politico-amministrativo, l'appagamento di anacronistici appetiti dinastici, viene sempre più pagato con altissimi costi per la distruttività delle armi moderne: in una parola, la rovina dei contendenti (18). Sotto il profilo economico l'Europa costituisce ormai un'unità organica e le guerre non sortiscono altro effetto che la distruzione reciproca dei paesi belligeranti. Proprio a partire da questi presupposti, oltreché dalla mancanza di alternative alla guerra di trincea che immobilizza i fronti europei, trova accoglienza favorevole presso le élites democratico-progressiste la proposta fatta dal presidente statunitense Woodrow Wilson l'8 gennaio 1918 nei celebri "14 punti" e sintetizzata nella formula della "pace senza vittoria". Essa si fonda sul riconoscimento dell'eguaglianza di diritto delle nazioni (anche quelle perdenti), rappacificate in un nuovo organismo internazionale, la "Lega della pace", nell'autodeterminazione dei popoli, nella democratizzazione della vita internazionale, nel disarmo, nella libertà dei mari e dei traffici. L'impatto del wilsonismo in Europa, soprattutto in Italia, è enorme e positivo. Dall'attuazione della proposta della Lega o Società delle Nazioni (SdN) le forze politiche e intellettuali liberali, democratiche e socialiste si attendono anche la soluzione dei problemi europei. Sembra finalmente giunto il momento della realizzazione del sogno di tanti precursori, da Saint Simon a Hugo, da Mazzini a Cattaneo: la nascita

(18) Cfr. N. ANGELL, *La grande illusione* (1910), a cura di A. CERVESATO, E. VOGHERA ed., Roma 1913.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli Stati Uniti d'Europa al termine di un processo di consociazione tra le nazioni uscite dalla guerra. Wilson tuttavia — pur avendo progettato la SdN — non riesce a persuadere nel 1919 gli Stati Uniti a farne parte, e questo appare come il primo e più importante (ma non unico) elemento di debolezza di un'istituzione che contrappone, fin dall'inizio, all'ambizione degli obiettivi l'esilità dei mezzi teorici e pratici per farvi fronte.

5.1. *Einaudi: contro il "mito" della sovranità statale.*

La debolezza politica della SdN, in quanto premessa di un passaggio verso l'unificazione europea, è oggetto di una lucida critica da parte di Luigi Einaudi, negli articoli del 1918 apparsi sul "Corriere della Sera" e raccolti nel 1920 nelle *Lettere politiche* con lo pseudonimo di Junius (19). Scienziato e storico insigne dell'economia liberale, Einaudi è altresì tra i critici più lucidi del "dogma" della sovranità statale, teorico del federalismo europeo e di un assetto federale interno dell'Italia (20). Dopo Cattaneo, e prima dell'apertura del ciclo novecentesco delle guerre mondiali, in Italia e in Europa, sono rari i propugnatori dell'idea unitaria europea. E nessuno di loro mostra consapevolezza, come invece possiede Einaudi, della centralità e attualità del problema della sovranità assoluta ed esclusiva degli stati europei, visto come l'ostacolo maggiore ai fini del conseguimento del fine unitario e federale a livello continentale. Un nodo durissimo, da sciogliere secondo Einaudi nel senso dell'attenuazione della sovranità degli stati e del riconosci-

(19) Cfr. le *Lettere politiche di Junius*, Bari, Laterza, 1920, ripubblicate in varie edizioni recenti, cfr. per esempio quella, contenente altresì gli scritti economico-federalisti einaudiani del periodo 1944-1945, curata da M. ALBERTINI: L. EINAUDI, *La guerra e l'unità europea*, Firenze, Le Monnier, 1984.

(20) Sul pensiero politico autonomista e federalista di Einaudi cfr. in part. U. MORELLI, *Contro il mito dello stato sovrano. Luigi Einaudi e l'unità europea*, Milano, Angeli, 1990; C. CRESSATI, *L'Europa necessaria. Il federalismo di Luigi Einaudi*, con un saggio introduttivo di R. FAUCCI, Torino, Giappichelli, 1993; N. BOBBIO, *Luigi Einaudi federalista*, in: *Alle origini del federalismo in Piemonte*, cit., pp. 17-32. Si rinvia inoltre alla presentazione di inediti einaudiani a cura di C. MALANDRINO: L. EINAUDI, *A proposito di autonomie, federalismo e separatismo. Due inediti e un articolo*, Annali della Fondazione L. Einaudi, XXVIII, 1994, pp. 545-567; ID., *Due scritti sulla federazione europea*, ivi, XXIX, 1995, pp. 561-581.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento della parallela sovranità federale europea, considerata come premessa per poter fattivamente accedere alla fase costitutiva degli Stati Uniti d'Europa. Aver compreso a fondo e più volte teorizzato una critica della sovranità dello stato nazionale accentrato — per esempio, nel celebre articolo intitolato *Contro il mito dello stato sovrano* (21) — è forse il maggior titolo d'originalità per il pensatore federalista Einaudi, accanto alle molte osservazioni sulle condizioni economiche necessarie alla realizzazione della futura federazione europea, elaborate proprio a partire dalla critica rivolta al progetto wilsoniano. Einaudi non ne contesta la forza morale, ma l'inadeguatezza nella ricerca e individuazione delle cause vere dei conflitti interstatali e l'inidoneità istituzionale ai fini della fondazione di una reale epoca di pace. Due sono le fonti di riferimento teorico cui si rifà. La prima è il pensiero del *Federalist*, assimilato insieme alla lettura fatta da pensatori federalisti britannici tra Ottocento e Novecento, storici e scienziati politici come Seeley, il Lionel Curtis del *Commonwealth of Nations*, Henry Sidgwick, autore degli *Elements of Politics* (22).

La seconda sorgente d'ispirazione è costituita dallo storicismo tedesco e dalla teoria della ragion di stato (23). Attraverso l'uso combinato di questi due strumenti analitici, il federalismo hamiltoniano e il realismo politico della ragion di stato unito al primato della politica estera, si determina in Einaudi la convinzione che la causa principale della guerra mondiale debba esser ricercata non tanto nei motivi di competizione anarchica sul terreno economico, nell'imperialismo, come affermano le dottrine socialiste marxiste ortodosse, e neppure solo nell'aggressiva politica mondiale del militarismo tedesco. Queste sono concause. La guerra diviene però inevitabile, a suo avviso, per la stessa situazione di divisione europea tra stati nazionali

(21) Cfr. L. EINAUDI, *Contro il mito dello stato sovrano*, in "Risorgimento Liberale", a. 3, n. 2, 3 gennaio 1945, p. 1, è stato riproposto più volte in varie riviste e ripreso nella raccolta einaudiana *Il Buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, a cura di E. ROSSI, Laterza, Bari 1954, pp. 625 ss.

(22) Cfr. L. CURTIS, *The Commonwealth of Nations*, London, Macmillan 1916; H. SIDGWICK, *The Elements of Politics*, London Macmillan, 1891.

(23) Per una introduzione a questi temi cfr. *Politica di potenza e imperialismo. L'analisi dell'imperialismo alla luce della dottrina della ragion di stato*, a cura di S. PISTONE, Milano, Angeli, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la cui volontà di potenza, fondata sul dogma anacronistico e "diabolico" della sovranità assoluta, è la responsabile principale del fallimento dell'equilibrio nel concerto europeo, dell'inevitabile logica guerresca, ed erge una barriera insormontabile all'idea di una "società di nazioni" effettivamente funzionante che, viceversa, esige necessariamente — per poter esistere — il superamento di tale dogma e di una concezione meramente confederale.

Sulla scorta di tale premessa Einaudi distingue acutamente, sul piano teorico, i concetti di "federazione", per la quale rimanda all'esempio della costituzione federale statunitense, e di "confederazione", di cui fa fede la millenaria tradizione europea. La SdN proposta da Wilson secondo Einaudi è apparentata con la seconda. Pertanto sarebbe solo ripetizione di esperienze già fatte e non garantirebbe una pace reale e duratura. Si scioglierebbe invece il tragico nodo delle secolari conflittualità europee soltanto per mezzo dell'unificazione economica, sociale e giuridica del continente, resa improrogabile dal grado di crescita e di integrazione oggettiva conseguite dai paesi che lo compongono. Con un *excursus* storico, Einaudi dimostra che la guerra mondiale è interpretabile come il tentativo ambizioso dell'impero tedesco di edificare con la forza l'unificazione europea. La conclusione, di tipo hamiltoniano, è pertanto la seguente: poiché la ragione strutturale che origina la guerra risiede nella logica politica basata sulla sovranità assoluta ed esclusiva degli stati europei, solo attraverso l'affievolimento di essa nell'unione federale, grazie alla creazione di una sovranità e di un potere statali più elevati (che lascerebbe sempre agli stati membri competenza politico-amministrativa piena sulle materie interne), si raggiungerebbe un'epoca di pace (24). È interessante notare che Einaudi afferma con forza tale posizione di principio anche nel secondo dopoguerra, sostenendo che gli stati europei non possono né devono sfuggire nel momento della ricostruzione alla decisione politica di unirsi subito, nel momento in cui le condizioni storiche e l'omogeneità ideologica delle *élites* dominanti lo permettono,

(24) Occorre ricordare che su una posizione simile si schierano Attilio Cabiati e Giovanni Agnelli con l'opuscolo del 1918 intitolato *Federazione europea o Lega delle Nazioni?*, Fratelli Bocca Ed., Milano-Torino-Roma 1918. Cfr. su questi temi diffusamente anche il vol. cit. *Alle origini dell'europeismo in Piemonte.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto meno nella parte occidentale occupata dagli alleati angloamericani. A suo avviso, le procedure funzionaliste, messe in movimento dal lancio del piano Marshall e destinate nel prosieguo, già nel 1951 con la CECA, alla creazione di comunità economiche intermedie, pur essendo in sé positive forme di cooperazione progressiva, corrono il rischio di essere in realtà scappatoie per eludere in quel momento la scelta federale. Il sistema delle "comunità economiche" avrebbe il suo sviluppo, ma — secondo lo statista di Dogliani, eletto nel frattempo primo presidente della Repubblica — non potrebbe evitare di riportare, in tempi successivi, alle forche caudine della decisione sulle sovranità statali.

La critica federalista di Einaudi alla sovranità statale è vivace anche sul versante infranazionale. Si pensi alla polemica antiaccentratrice, in puro stile cattaneano, sviluppata in articoli come *Via il prefetto!*, il già citato *Contro il mito dello stato sovrano*, *La sovranità è indivisibile?* (25). Il federalista Einaudi, elaborando in simmetria con il livello sovranazionale europeo la critica liberale al dogma dell'intoccabilità della sovranità statalnazionale anche al livello infranazionale, scrive frasi forti come: "Si potrà discutere sui compiti da attribuire a questo o a quell'altro ente sovrano; e adopero a bella posta la parola sovranità e non autonomia, ad indicare che non solo nel campo internazionale, con la creazione di vincoli federativi, ma anche nel campo nazionale, con la creazione di corpi locali vivi di vita propria originaria non derivata dall'alto, urge distruggere l'idea funesta della sovranità assoluta dello stato. Non temasi dalla distruzione alcun danno per l'unità nazionale" (26). Un'unità nazionale che — ribadisce Einaudi — questo sì "è un dogma posto al di fuori di ogni contesa" (27).

In queste posizioni così nette vi è da sottolineare la motivazione e l'inquadramento teorico rigoroso delle autonomie politiche locali all'interno della dottrina federale dello stato e, nel contempo, la loro delimitazione rispetto allo stato nazionale. Einaudi asserisce che alle

(25) Cfr. L. EINAUDI, *Via il prefetto!*, qui cit. dalla riedizione nella raccolta *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, a cura di E. ROSSI, Bari, Laterza, 1954, pp. 58 ss.; *Contro il mito dello stato sovrano*, cit.; *La sovranità è indivisibile?*, in ID., *A proposito di autonomie, federalismo e separatismo*, cit., pp. 565-567.

(26) Cfr. EINAUDI, *Via il prefetto!*, cit., p. 58.

(27) Cfr. L. EINAUDI, *La sovranità è indivisibile?*, cit., p. 567.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regioni storiche italiane — a tutte, non solo a quelle sedi di movimenti particolaristici, centrifughi e perciò future destinatarie di autonomie speciali — dovrebbero esser riconosciute libertà e sovranità comparabili a quelle dei cantoni svizzeri, in un quadro di divisione dei compiti tra stato centrale ed enti locali corrispondenti a criteri federalisti. "Ognuno dei due — afferma Einaudi — deve esser sovrano nella propria materia" (28). Nell'articolo *La sovranità è indivisibile?*, scrive magistralmente: "Come nessuno stato è pienamente sovrano nei rapporti internazionali, ma tutti gli stati debbono assoggettarsi all'intervento altrui negli affari propri interni; così all'interno di ogni cosiddetto stato sovrano non vi è un solo stato; ma gli stati sono parecchi, forse molti, e nessuno di essi è pienamente sovrano, perché la sovranità di ognuno si arresta dinnanzi all'uguale sovranità degli altri e deve con questa convivere" (29). Einaudi parla in proposito di autonomie politiche locali basate sul fondamento di poteri originari comunali e regionali, che sono da considerare originari e non frutto di decentramento politico-amministrativo più o meno ampio. A differenza del modello federale svizzero o statunitense, dove dagli stati o dai cantoni si procede alla costituzione della federazione, occorre in Italia seguire la via inversa. Scrive nel 1946 nella relazione sullo statuto della regione siciliana: "Noi dobbiamo partire da uno stato centralizzato per arrivare a uno stato più sciolto, con funzioni attribuite alle singole regioni" (30). Anticipando di cinquant'anni le discussioni attuali sul principio di sussidiarietà, visto come il criterio dirimente per la distribuzione delle competenze tra le future regioni e il governo centrale in Italia, Einaudi afferma che "il principio informatore della legislazione regionale è dunque che allo stato centrale rimangono attribuite tutte quelle funzioni che esplicitamente non siano state assegnate alle regioni nell'atto in cui queste sono costituite. Compiuta questa distribuzione, stato e regione devono risultare sovrani nell'ambito delle proprie competen-

(28) Cfr. la lettera al cattolico democratico valdostano Paul Alphonse Farinet del 29 maggio 1945 in EINAUDI, *A proposito di autonomie, federalismo e separatismo*, cit., p. 562.

(29) Ivi, p. 565.

(30) Cfr. L. EINAUDI, *Interventi e relazioni parlamentari*, a cura di S. MARTINOTTI DORIGO, Torino, Fondazione L. Einaudi, 1982, vol. II, p. 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ze" (31). Una regola "impolitica" per i tempi, che non trova spazio nella costituzione repubblicana (32).

5.2. *I federalisti della* Federal Union.

La principale visione dell'unificazione europea, coerente coi presupposti del federalismo di critica alla sovranità nazionale, si mostra nella corrente di pensiero sviluppatasi in Inghilterra nella prima metà del Novecento e particolarmente attiva nella presentazione di proprie proposte politiche di federalismo europeo e mondiale negli anni Trenta e Quaranta. Gli autori principali — all'interno di un gruppo più vasto di intellettuali fondatori del movimento denominato *Federal Union* (1938), il cui lavoro influenza statisti come Winston Churchill e Clement Attlee nella fase tra le due guerre mondiali — sono Philip Kerr, poi divenuto Lord Lothian, e l'economista Lionel Robbins (33). Da tale indirizzo viene affermato complessivamente e con chiarezza che nel federalismo europeo si devono inverare un aspetto di valore, la ricerca della pace, e il modello istituzionale dello stato federale. L'originalità del federalismo anglosassone è quindi di saper collegare, seguendo le indicazioni di Seeley, le tradizioni di pensiero kantiana e del *Federalist*. In sostanza, i federalisti inglesi danno concretezza istituzionale al valore della pace nel modello di stato federale, visto come principio generale di organizzazione statale all'insegna della pace nelle relazioni internazionali, dapprima a livello europeo, quindi su scala mondiale. Philip Kerr e Lionel Curtis sono i prosecutori più noti di tale impostazione con gli scritti, da considerare classici del pensiero

(31) *Ibidem*.

(32) Su questi temi rinvio alle considerazioni e ai riferimenti bibliografici contenuti in C. MALANDRINO, *Umberto Terracini alla Costituente: la questione delle autonomie regionali*, "Critica Marxista", 1985, 4, pp. 43-55.

(33) Sulla scuola federalista inglese ved. F. ROSSOLILLO, *La scuola federalista inglese*, in *L'idea dell'unificazione europea tra le due guerre mondiali*, a cura di S. PISTONE, Fondazione L. Einaudi, Torino, 1975, pp. 59-76; *The Federal Idea*, ed. by A. BOSCO, vol. I, *The History of Federalism from the Enlightenment to 1945*, London-New York, Lothian Foundation Press, 1991. Sulla partecipazione socialista al movimento federalista britannico cfr. A. CASTELLI, *Una pace da costruire. I socialisti britannici e il federalismo*, Angeli, Milano 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

federalista, *The Prevention of War*, opera di entrambi, e *Pacifism is not enough (nor Patriotism either)* che invece viene elaborato dal solo Lord Lothian, divenuto personaggio centrale dell'indirizzo federalista inglese negli anni Trenta (34). La sua formazione federalista inizia nel corso dell'elaborazione della nuova costituzione sudafricana (1906), alla scuola del Curtis, e prosegue all'interno del gruppo riunito intorno alla rivista "The Round Table", di cui è direttore dal 1910 al 1916. Assertore in un primo momento della creazione della Società delle Nazioni, se ne dissocia una volta visti i suoi limiti e preso atto dell'assenza degli Stati Uniti d'America e della Russia, gli stati più condizionanti sullo scacchiere mondiale. La riflessione sulla guerra e sulla pace, come già per Seeley, rappresenta anche per Lord Lothian il banco di prova per la definizione della posizione federalista. Nei saggi che compongono l'opera *La prevenzione della guerra*, si passa in rassegna quelle che vengono chiamate le cause "meccaniche" e "psicologiche" delle guerre. Le prime concernono l'oggettivo atteggiarsi degli stati moderni nelle loro relazioni internazionali. In tale ambito, dominato da interessi sovrani, la guerra viene a qualificarsi come il mezzo supremo di autoaffermazione di ciascuno stato attraverso la forza. La conseguenza è l'instaurarsi di un regime di anarchia internazionale. Sul piano della psicologia collettiva, inoltre, "è il culto dell'egoismo nazionale che spinge gli abitanti di ogni stato a limitare il proprio lealismo solamente ai propri concittadini, e che impedisce la crescita di un autentico sentimento cosmopolita, nel dare la precedenza al 'bene comune' dell'umanità rispetto agli interessi particolari di una sua parte" (35). In tale quadro, la pace non può esser che un intervallo tra una guerra e l'altra, l'attesa che riprenda a scorrere il *time-table* prebellico. Ma Lord Lothian non accetta una simile conclusione e ricerca, al contrario, le condizioni attraverso le quali la pace non sia semplicemente "una condizione negativa caratterizzata dalla mancanza di

(34) Ph. KERR-L. CURTIS, *The Prevention of War*, New haven, Yale University Press, 1923; Ph. KERR, *Pacifism is not enough (nor Patriotism either)*, London, Oxford University Press, 1935. Segretario di Lloyd George e diplomatico, Lord Lothian è ambasciatore britannico a Washington nella delicata fase seguita al trattato di Monaco (1938) fino alla morte improvvisa nel '40. Cfr. la riedizione e trad. it. di vari scritti di LORD LOTHIAN, *Il pacifismo non basta*, Il Mulino, Bologna 1986.

(35) Cfr. KERR-CURTIS, *The Prevention of War*, cit., p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guerra", bensì possa diventare "lo stato della società in cui i conflitti politici, economici e sociali sono risolti con mezzi costituzionali sotto il regno della legge, e la violenza o la guerra fra individui, gruppi, partiti o nazioni in contrasto sono proibite e prevenute" (36). A fondare la pace si rivelano inadeguati sia i movimenti pacifisti sia quelli internazionalisti di matrice liberaldemocratica o socialista, poiché non si rendono conto delle radici intime dalle quali nascono i conflitti tra gli stati moderni. L'unica maniera di realizzare lo scopo consiste nella creazione di uno stato che sia superiore agli stati nazionali, ossia una federazione sovranazionale che garantisca l'istituzionalizzazione dei conflitti interstatali e perciò la loro risoluzione per via giuridica. Da quanto detto emerge il dato dell'originalità del federalismo anglosassone di quel periodo, che in sostanza invera concretamente il valore della pace nel modello di stato federale, che costituisce il principio generale di organizzazione statale all'insegna della pace nelle relazioni internazionali, dapprima a livello europeo, quindi su scala mondiale.

Tali aspetti si evidenziano nella concomitante riflessione economica di Robbins, direttore della London School of Economics, la cui opera *The Economic Causes of War*) è tradotta in italiano da Altiero Spinelli e, come lo stesso Spinelli ricorda nella sua autobiografia (37), insieme all'altra pubblicistica federalista inglese influenza grandemente il sorgere del "federalismo europeo". In uno scritto precedente, *Economic Planning and International Order* (1937), Robbins analizza in chiave federalista i fenomeni congiunti alla "grande crisi" e alle risposte che a questa vengono date dal riformismo keynesiano o dalla pianificazione socialista. Pur riconoscendo la necessità di una qualche forma di programmazione economica (anche per il funzionamento del sistema capitalista), di entrambe le soluzioni Robbins critica i limiti derivanti dalla mancanza di consapevolezza teorica del loro operare all'interno della cornice degli stati nazionali, della loro incapacità di cogliere le vere ragioni internazionali della crisi. La

(36) Cfr. LORD LOTHIAN, *Il pacifismo non basta*, cit., p. 167.

(37) Cfr. A. SPINELLI, *Come ho tentato di diventare saggio. I. Io, Ulisse*, Il Mulino, Bologna 1984, pp. 293 e 307. Il volume di ROBBINS, *The Economic Causes of War*, J. Cape, London 1939, tradotto da Spinelli col titolo *Le cause economiche della guerra*, esce per i tipi di Einaudi a Torino nel 1944.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

causa radicale dei conflitti interstatali e delle guerre, scrive Robbins, è "l'esistenza delle sovranità nazionali indipendenti" che sta alla base della "organizzazione politica anarchica del mondo" (38). Il mercato non può funzionare nell'anarchia delle relazioni internazionali, ma neppure la pianificazione (quella democratica più blanda e quella socialista più rigida) può andar al di là di misure valide in politica interna. Mentre, al contrario, nei rapporti internazionali, in conformità al principio del primato della politica estera, sono le esigenze politiche di potenza ad aver l'ultima parola e a imporre decisioni protezionistiche sovente non corrispondenti alle ragioni dell'economia, ma perfettamente conformi agli interessi "sezionali" nazionali e alla ragion di stato che mira alla supremazia militare e, di conseguenza, alla preparazione delle guerre. Il pensiero economico liberale ha, secondo Robbins, sempre eluso questi problemi rimandandone la discussione a momenti di semplice collaborazione internazionale. Ma ciò è insufficiente. In conclusione, si rende necessario pensare all'instaurazione di un genuino sistema federale sovranazionale, europeo e in lunga prospettiva mondiale, che permetta alle economie di risolvere le crisi grazie alla creazione di sedi di effettiva regolazione dei conflitti e di programmazione delle priorità economiche e politiche.

5.3. *Le concezioni federaliste ed europeiste tra antifascismo e Resistenza.*

Durante la tempesta della seconda guerra mondiale, il dibattito europeista e federalista riprende nell'ambito dei movimenti di Resistenza contro il nazismo e il fascismo sorti in vari paesi, in particolare in Gran Bretagna, Francia, Olanda, Belgio, Germania e Italia (39). In tutte queste realtà, la discussione sfocia in modo generalmente

(38) Cfr. il volume che raggruppa e ripubblica i cit. scritti di L. Robbins, *Il federalismo e l'ordine economico internazionale*, a cura di G. Montani, Il Mulino, Bologna 1985, p. 180.

(39) Cfr. per una introduzione tematica e bibliografica W. Lipgens (a cura di), *Documents on the History of European Integration*, vol. I, *Continental Plans for European Union 1939-1945*, de Gruyter, Berlin-New York, 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concorde nella critica radicale del carattere monolitico che la sovranità statale ha raggiunto nei modelli totalitari nazifascisti e nella rivendicazione dell'obiettivo dell'unificazione federale europea come via d'uscita dalla distruzione del continente.

Con riferimento all'Italia, occorre sottolineare che tale riflessione deve molto all'elaborazione specifica di varie personalità e di movimenti antifascisti in esilio e, in modo particolare negli anni Trenta, alla critica dello stato moderno portata avanti in connessione ai temi dell'autonomia, del federalismo, e dell'obiettivo dell'unità europea da Giustizia e Libertà e, con grande preveggenza politica, da Carlo Rosselli (40). In estrema sintesi, nella sua polemica *Contro lo stato* (41), che cerca di dare un senso unitario al dibattito a più voci svoltosi in Giustizia e Libertà dal 1932 al 1934, Rosselli espone la tesi che lo stato dittatoriale moderno mostra d'essere l'inevitabile conclusione, in determinate condizioni, dello statalismo e che in esso non vi è posto per un umanesimo libero. Ciò pone una seria ipoteca sul paradigma costituzionale moderno (42), che sembra confluire nella "statolatria" e, ciò facendo, mostra la corda sia per ciò che concerne la capacità di accordare il consenso dei cittadini alle forme liberaldemocratiche statali, sia per quanto attiene alla reale efficacia nel garantire la pace a livello internazionale. Secondo Rosselli è questo il senso della critica alla "teoria metafisica dello stato", anche dalle indicazion emergenti dalle posizioni di autori quali Leonard T. Hobhouse e Georges Gurvitch (43). Di conseguenza, abbozza una visione nuova e positiva di una diversa forma e di un diverso processo creatore di statualità nel corso di una appassionata discus-

(40) Su ciò si rinvia a C. MALANDRINO, *Socialismo e libertà. Autonomia, federalismo Europa da Rosselli a Silone*, Angeli, Milano 1990, pp. 125-150. Cfr. anche *Carlo e Nello Rosselli. Socialismo liberale e cultura europea*, a cura di A. LANDUYT, "Quaderni del Circolo Rosselli", 1998, n. 11.

(41) Cfr. l'articolo di pari titolo in "Giustizia e Libertà", 21 settembre 1934.

(42) Sulla crisi attraversata dal paradigma costituzionale moderno rinvio, oltre che alla letteratura cit. in premessa, alle considerazioni finali di M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna 1999; cfr. anche M. DOGLIANI, *Costituzione*, in *La politica ritrovata. Voci per un dizionario*, a cura di C. MALANDRINO, Editori Riuniti, Roma 1999, pp. 35-49.

(43) Cfr. L. T. HOBHOUSE, *The Metaphysical Theory of the State: a Criticism*, Allen and Unwin, London 1918; G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Librairie di Récueil Sirey, Paris 1932; ID., *Le temps présent et l'idée du droit social*, Vrin, Paris 1932.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione con l'anarchico Camillo Berneri, scrivendo un vero e proprio manifesto politico per un federalismo plurimo, istituzionale e sociale, infranazionale e sovranazionale, italiano ed europeo, che va ben oltre i limiti meschini di un ristretto "federalismo territoriale" o regionale dai contorni micronazionalisti (44).

Tale riflessione, personale e collettiva, influenza i movimenti antifascisti che si segnalano negli anni Quaranta per le posizioni di critica alla sovranità statale e di nuove proposte europeiste, verificabili in un arco di posizioni che va dal Partito d'Azione alla sinistra socialista. In modo specifico ci si occuperà qui di Silvio Trentin e degli autori del *Manifesto di Ventotene*, Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi.

---

(44) Cfr. C. Berneri-C. Rosselli, *Discussione sul federalismo e l'autonomia*, "Giustizia e Libertà", 27 dicembre 1935. Si riportano di seguito i passi salienti del "manifesto" rosselliano: "1) [...] Per Giustizia e Libertà il federalismo politico e territoriale è un aspetto e un'applicazione del più generale concetto di autonomia a cui il nostro movimento si richiama: cioè di libertà positivamente affermata per i singoli gruppi, in una concezione pluralistica dell'organizzazione sociale; 2) [...] La regione storica, utile ai fini politici amministrativi, può diventare mortifera a fini economici e culturali, la regione agricola non coincidendo con la regione storica, la regione industriale variando da industria a industria, e quasi sempre superando i confini dello stesso stato federale. Perciò, anche in tema di regioni, pluralismo, elasticità; 3) [...] Specie dopo il fascismo, anziché rivalutare la patria regionale bisognerà sforzarci di superare o allargare la patria nazionale in cui si asfissia, facendola coincidere con la nozione di patria umana o umanità, espressione dei valori essenziali a tutti gli uomini indipendentemente dal sangue, dalla lingua, dal territorio, dalla storia; 4) [...] Gli organi vivi dell'autonomia non sono gli organi burocratici, indiretti, in cui l'elemento coattivo prevale, ma gli organi di primo grado, diretti, liberi, o con un alto grado di spontaneità, alla vita dei quali l'individuo partecipa direttamente o che è in grado di controllare [...]; 5) [...] È partendo da queste istituzioni nuove o rinnovate, legate fra loro da una complessa serie di rapporti, e la cui esistenza dovrà esser presidiata dalle più larghe libertà d'associazione, di stampa, di riunione, di lingua, di cultura, che si arriverà a costruire uno stato federativo orientato nel senso della libertà, cioè di una società socialista federalista liberale; 6) [...] Il concetto di autonomia deve valere non solo per il domani ma anche per oggi; non solo per la costruzione, ma anche per la lotta che dovrebbe condursi secondo questi criteri: autonomia alla base, cioè iniziativa dei gruppi locali in Italia e all'estero e federazione al centro, cioè alleanza rivoluzionaria". Al problema specifico di una federazione europea Rosselli dedica numerosi articoli e riflessioni profetiche rimaste inedite, incentrate sull'esigenza dello sviluppo di un nuovo "patriottismo europeo", sulle quali si rinvia, per economia di discorso, a Malandrino, *Socialismo e libertà*, cit., pp. 143-150.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5.3.1. *Trentin: una nuova visione pluralista di fronte alla "crisi" del diritto e dello stato.*

Nel contesto sopraddetto, una tra le più originali e compiute critiche federaliste alla sovranità dello stato è rappresentata dall'opera di Silvio Trentin, la cui elaborazione inizia nei primi anni Trenta in collegamento con l'analoga riflessione di Giustizia e Libertà e di Carlo Rosselli sui temi dell'autonomia, del federalismo e dell'unità europea. Giunge a maturità con il trattato sulla *Crise du droit et de l'État* (1935) e culmina nelle opere scritte nel corso della seconda guerra mondiale e pubblicate postume (45). In particolare mi riferisco al libro *Stato-Nazione-Federalismo* (redatto all'inizio del 1940, ma pubblicato nel 1945) e a *Liberare e federare,* edito postumo nel 1972 (46). Analizzando e contestando la parabola statalnazionale e monocentrica di uno stato moderno provvisto dell'attributo della sovranità assoluta, configurante più forme di governo, ma sempre consistente un unico centro di potere decisivo fatalmente autoritario, Trentin contrappone un modello multipolare e pluralista, sia sul piano istituzionale sia su quello sociale, capace di coniugare libertà e giustizia senza peraltro escludere il requisito dell'efficacia della sua azione. Trentin chiama la sua concezione "socialismo federalista" e, come tale, integrale in senso proudhoniano. Esso costituisce l'eterodosso ed eclettico punto d'arrivo, durante gli anni della seconda guerra mondiale, di una indagine critica serrata, storica e teorica, della concezione dello stato nazionale centralista. In tal senso, il libro *Stato-Nazione-Federalismo* si può definire, citando Bobbio, "una storia dello stato moderno, raccontata attraverso le vicende della monarchia francese, della rivoluzione francese, della formazione degli stati nazionali durante il secolo XIX, con particolare riguardo al processo di unificazione della nazione italiana [...] Una storia delle dottrine che ne accompagnano la crescita e ne giustificano la natura di ente sovrano, cioè dotato di un potere sommo che non

(45) Cfr. S. TRENTIN, *La crise du droit et de l'État*, Paris-Bruxelles, L'Eglantine, 1935. Per un'introduzione al pensiero autonomista e federalista di Trentin cfr. MALANDRINO, *Socialismo e libertà*, pp. 151-176.

(46) Cfr. S. TRENTIN, *Stato-Nazione-Federalismo*, prefazione di M. DAL PRA, La Fiaccola, Milano 1945; *Liberare e federare*, in *Scritti inediti*, a cura di P. GOBETTI, Guanda, Parma 1972, pp. 187-278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riconosce al di sopra di sè nessun altro potere" (47). È su questa forma di stato che s'appunta la critica di Trentin. Il quale, da giurista, sente il bisogno di confessare autocriticamente d'esser stato anch'egli "vittima di una deformazione professionale assai diffusa fra i giuristi e troppo penetrato ancora dei pregiudizi di un insegnamento eccessivamente rispettoso delle forme pure del diritto", per cui si è indotti a credere all'esistenza ed all'autorità di una sedicente legge regolatrice dell'evoluzione degli istituti giuridico-politici dei popoli moderni, il cui enunciato tenderebbe a dar rilievo al fatto che "il tipo di stato semplice unitario attua il più perfetto equilibrio (assicurandone la più razionale coordinazione) fra le forze sociali coesistenti nel medesimo territorio e costituisce perciò la mèta fatale verso cui è giocoforza debbano a poco a poco gravitare, nel loro graduale assestamento, le varie particolari forme di organizzazione adottate nella pratica delle diverse società politiche" (48).

Trentin dà così espressione, abbandonandolo, a quel feticismo delle stato nazionale unitario, sostanzialmente centralista, che definisce una forma di "statolatria" tipica di molti esponenti democratici della sua generazione. Da tale presa di coscienza consegue la decisione di colmare la lacuna dimostrata nella prima opposizione antifascista e di procedere verso una nuova concezione filosofica dello stato e del diritto. Impresa compiuta grazie agli studi condotti in Francia a partire dal ricordato contributo di Georges Gurvitch, nel quadro del pluralismo giuridico e alla luce dell'ispirazione del pensiero proudhoniano (ma occorre ricordare che i riferimenti di Trentin sono più vasti e vanno dallo spiritualismo realista e istituzionalista del giurista francese Maurice Hauriou, ai cultori del *droit naturel* Francois Geny e Julien Bonnecase senza dimenticare infine il marxismo più o meno eterodosso di autori come Rosa Luxemburg e Leone Trockij). Attraverso queste vie Trentin si familiarizza con l'impostazione pluralista dei problemi dello stato e della politica, in qualche modo riformulanti lo schema pattizio giusnaturalista e capaci di dare più ampio respiro ai diritti degli individui unitamente alla dimensione del gruppo e delle comunità intermedie poste tra

(47) Cfr. l'*Introduzione* di N. Bobbio a Trentin, *Federalismo e libertà (1935-1943)*, vol. IV delle *Opere scelte*, Marsilio, Venezia 1987, p. XXIX.

(48) Cfr. Trentin, *Stato-Nazione-Federalismo*, cit., pp. 114-115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'individuo e lo stato. Da tale acquisizione discende il ripudio della visione neoassolutizzante del fascismo, che Trentin preveggentemente chiama "totalitaria" (49). A questo proposito occorre sottolineare che il giurista veneto è da considerare tra i primi critici del totalitarismo, del quale denuncia il sorgere, le incarnazioni e i tratti fondamentali riflessi nello stato nazionale ferreamente centralizzato, unitario, unico creatore della norma positiva e dei valori giuridico-politici. Di qui anche la ricerca di una diversa e nuova concezione, intimamente federalista, dello stato e della politica, che traduce in teoria giuridica un nuovo paradigma costituzionale (il quale, pur partendo da una critica al fascismo, è inteso come superamento anche del modello liberaldemocratico tradizionale) al quale non è stata riservata finora la debita attenzione.

In *Stato-Nazione-Federalismo* Trentin ripercorre, partendo dal processo di disgregazione dell'universalismo medievale, le tappe della formazione e dello sviluppo dello stato nazionale accentrato moderno, facendo riferimento alla storia di Francia, Germania e Italia. Egli mette in rilievo il fatto che all'affermazione dello stato centralizzato fa da contraltare una persistente tensione pluralista e autonomista. La vittoria va però alla tendenza unitaria e centralista, dapprima con la forza dell'assolutismo dei prìncipi, in un secondo momento sotto il vessillo della "nazione" — una nazione intesa da Trentin nell'accezione di mito aberrante di élites vogliose di autorealizzazione — e della "democrazia" giacobina; infine grazie alla violenza delle dittature fasciste e comuniste. C'è un filo che lega tutte queste forme di potere statale, pur nella grande differenza di motivazioni. La rivoluzione borghese del 1789 e quella socialista del 1917 consolidano, secondo Trentin, la struttura accentrata dello stato finendo per soffocare le aspirazioni di ceti, gruppi, classi all'autonomia, in contraddizione con le stesse ideologie liberali e socialiste che ne proclamano il mantenimento. Lo stato monocentrico (contro cui

(49) I passi che si potrebbero citare sono numerosi, a partire dal primo scritto trentiniano dedicato all'analisi critica del fascismo, *L'aventure italienne. Légendes et réalités*, Paris, PUF, 1928 (oggi in trad. it. nel vol. V *delle Opere scelte*, a cura di A. VENTURA, 1988, pp. 21-23). Sulla specificità della caratterizzazione neoassolutistica e tirannica dello Stato fascista, quintessenza secondo Trentin dello Stato nazionale centralista e autoritario, cfr. C. MALANDRINO, *Morale e politica nell'antifascismo e nella Resistenza. Silvio Trentin "monarcomaco"?*, in "Il Ponte", settembre 1994, pp. 50-66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'antifascista veneto recupera la tensione morale e politica della scuola federalista risorgimentale italiana di Cattaneo) passa, quasi in eredità, dall'assolutismo alle democrazie contemporanee, grazie soprattutto al processo di "universalizzazione" e di rafforzamento del principio dello stato unitario monocentrico, inoculato nel principio di nazionalità, operato dall'idealismo tedesco e poi fatto proprio dai maggiori filoni ideologici ottocenteschi, fino alla consacrazione dell'unità come legge suprema di organizzazione della vita sociale e di uno specifico mito unitario nel corso della "grande guerra". Questo è il motivo principale per cui, conclude Trentin, nell'intervallo tra le due guerre mondiali si verifica facilmente il passaggio dalla democrazia liberale alla dittatura in numerosi paesi e, comunque, grazie al quale le tendenze reazionarie si dilatano in tutta l'Europa. Nello stato nazionale monocentrico, unitario e autoritario, è infatti riposta la radice più profonda della tirannide. Lo stato nazista è solo "l'espressione più estrema del monocentrismo integrale" (50). Altrimenti detto: "È nello stato totalitario che lo stato unitario rinviene la sua ultima e più compiuta espressione". Compito della rivoluzione — tale è per Trentin la Resistenza, rivoluzione morale, politica, istituzionale e sociale — sarebbe perciò non di eliminare alcuni regimi dittatoriali e totalitari, ma di estirpare la stessa mala pianta dello stato nazionale unitario all'insegna della parola d'ordine dell'"autonomia": "Autonomia, cioè: emancipazione brutale da tutte le superstizioni a lungo intrattenute dalla menzogna nazionalistica: affrancamento definitivo dalla macchina-simbolo [...]" dello stato-Leviatano (51). Questa è la condizione per rompere il ciclo perverso della storia dei singoli paesi europei e dell'Europa vista come insieme. Del resto, nel trattato sulla *Crisi del diritto e dello stato* Trentin chiarisce che ogni forma e livello di società esige un'organizzazione statale infra- e sovranazionale. Egli chiama "stato particolare" quello corrispondente al piano della società nazionale. Lo "stato particolare", ordinatore della "coesistenza delle autonomie", è da lui concepito come un gradino verso lo "stato universale", al quale incombe l'organizzazione della società universale, cioè mondiale. L'integrazione tendenziale dello stato particolare nell'univer-

(50) Cfr. TRENTIN, *Stato-Nazione-Federalismo*, cit., p. 153.
(51) Ivi, p. 207.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sale non pregiudica l'esistenza del primo in quanto "ordine d'integrazione parziale", non godente però degli attributi d'assolutezza sovrana conferitigli dall'ideologia statal-nazionale (52).

Il fulcro dell'interesse trentiniano in *Liberare e federare* è riposto nella delineazione dei caratteri dello stato e della società postrivoluzionari, rispetto ai quali Trentin non si limita all'enunciazione di principi ideali, ma elabora *Abbozzi* (53) costituzionali relativi a Francia e Italia, che nelle sue intenzioni dovrebbero espletare la loro efficacia nei dibattiti di una prevedibile futura assemblea costituente. Il nuovo stato dovrebbe configurarsi come "ordine degli ordini" — e da questa definizione emerge con evidenza il suo carattere multipolare in luogo del monocentrismo. Trentin aggiunge che se esso volesse realizzare un progresso sul piano dell'affrancamento dell'individuo e della salvaguardia della dignità della persona, non potrebbe esser altro che "federalista, nel senso proudhoniano della parola". Ovvero federalismo politico e federalismo sociale "agricolo-industriale" (54).

Nell'*Abbozzo di un piano tendente a delineare la figura costituzionale dell'Italia al termine della rivoluzione federalista in corso di sviluppo* (redatto poco prima di morire nel 1944 e pubblicato postumo nel 1972) Trentin, pur tra scontate macchinosità e farra-

---

(52) Importanti ispiratori di Trentin ai fini dell'elaborazione della critica dell'anacronismo e dell'illusorietà della sovranità statal-nazionale nella prospettiva dell'unità federale europea sono due autori, peraltro assai distanti tra loro (il che dimostra la capacità eclettica di Trentin di servirsi, ai fini della costruzione del suo sistema, delle fonti più disparate): il giurista italiano Pietro Bonfante, autore durante e dopo la "grande guerra" di articoli europeisti sulla salveminiana "Unità", e il TROCKIJ della *Storia della rivoluzione russa.* Di Bonfante Trentin cita vari scritti, di cui quello più attinente la problematica della crisi dello stato è *Europa*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XIII, 1933, n. 1, pp. 1-4. Sull'influenza di Trockij insiste il maggior biografo di Trentin, F. ROSENGARTEN, *S. Trentin dall'interventismo alla resistenza*, Milano, Feltrinelli, 1980, *passim*. Trentin utilizza la traduzione francese della *Histoire de la révolution russe*, Paris, Rieder, 1933, di Trockij. Sulla rilevanza di Trockij per l'evoluzione di una linea di pensiero federale ed europeista nel comunismo internazionalista cfr. MALANDRINO, *L'idea dell'unità federale europea e il socialismo marxista (1900-1920)*, cit., pp. 23-49.

(53) Cfr. S. TRENTIN, *Ebauche de la figure constitutionnelle de la France à l'issue de la révolution en cours de développement*, in ID., *Scritti inediti*, cit., pp. 279-294 e il consecutivo *Abbozzo di un piano tendente a delineare la figura costituzionale dell'Italia al termine della rivoluzione federalista in corso di sviluppo*, ivi, pp. 295-318.

(54) Cfr. TRENTIN, *Liberare e federare*, cit., pp. 237-238.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ginosità tipiche di un lavoro a tavolino non soggetto a ulteriori affinamenti, cerca di dare traduzione normativa e istituzionale a tali indicazioni. Non è qui possibile darne un'illustrazione, ma basti dire che il primo dei "princìpi generali" stabilisce l'identità italiana di "Repubblica federale" e di "membro fondatore della Repubblica europea". Ciò dimostra la convinzione trentiniana di dover porre l'Italia sul cammino della costruzione dell'unione europea — vista come coordinamento federale delle realtà nazionali — in luogo della "balcanizzazione" prodottasi dopo la prima guerra mondiale e risorgente dalle ceneri dei blocchi postbellici.

In conclusione, nella teoria trentiniana il presupposto sostanziale del carattere multipolare del sistema pluralista intacca il dogma della sovranità dello stato, che perde gli attributi di astrattezza e di assolutezza, nonché di monocentrismo, tipici della concezione dello stato nazionale moderno, per depotenziarsi e diffondersi (ma non eliminarsi) in varie istanze interne ed esterne. Questo fatto mette il pensiero di Trentin in sintonia con le correnti più avanzate del pensiero giuspubblicistico contemporaneo che da tempo raccomandano la trasformazione del modello costituzionalistico (55).

---

(55) Mi pare che su una strada vicina al modello multipolare, autonomista e federalista europeo di Silvio Trentin si pongano alcune considerazioni di filosofia politica premesse da GUSTAVO ZAGREBELSKY al suo denso saggio di diritto costituzionale intitolato *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992. Delineando il passaggio dallo stato di diritto ottocentesco allo stato costituzionale contemporaneo, Zagrebelsky sottolinea l'esistenza di una tendenza che definisce della "mitezza costituzionale" in un sistema caratterizzato dal pluralismo dei valori e quindi dall'esigenza della loro coesistenza e del loro compromesso a livello costituzionale. Contrapponendosi alla visione socialdarwinista e/o schmittiana di una liberisticamente "illimitata competizione" delle merci, delle idee, della politica, degli uomini, di una "rivalità distruttiva delle piccole identità collettive", egli assegna viceversa a una "convivenza mite, costruita sul pluralismo e sulle interdipendenze e nemica di ogni ideale di sopraffazione" il compito di accompagnare l'umanità nel terzo millennio. A tal fine, il prezzo da pagare è appunto visto, sul piano dei modelli costituzionali, nella "revisione del concetto classico di sovranità interna ed esterna [...] nell'integrazione del pluralismo nell'unica unità possibile [che] deriva anche dall'esigenza di abbandonare quella che si potrebbe dire la sovranità di un principio politico unico dominante, dal quale si possano deduttivamente trarre tutte le articolazioni esecutive concrete alla stregua del principio di esclusione del diverso, secondo una logica dell'aut-aut, dell'"o dentro o fuori". La coerenza 'semplice' del tipo di stato nazionale monocentrico e sovrano che si otterrebbe in questo modo non potrebbe essere la legge fondamentale intrinseca del diritto costituzionale dell'epoca presente che è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5.3.2. *Il Manifesto di Ventotene: Spinelli e la strategia costituzionale del "federalismo europeo".*

Il momento cruciale per l'affermazione dell'indirizzo teorico "federalista europeo" è dato dalla fondazione, su proposta di Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, del Movimento Federalista Europeo (MFE) a Milano, nell'agosto 1943, e del suo organo periodico vicino al Partito d'Azione, "L'Unità Europea". Spinelli e Rossi, politicamente collocatisi nell'alveo liberalsocialista influenzato da GL e da Carlo Rosselli (56), debitori del pensiero federalista di Einaudi e attraverso lui collegati al federalismo classico di matrice anglosassone della *Federal Union*, ribadiscono una critica severa e definitiva al dogma della sovranità assoluta degli stati, tanto più nella forma esasperata e degenerata dei totalitarismi, punto d'arrivo della "crisi della civiltà moderna". Essi distinguono nell'analisi il fatto che la *summa potestas superiorem non recognoscens* sorge prima della formazione degli stati nazionali, ma storicamente diviene causa necessaria di contrapposizioni irrisolvibili e distruttive solo dopo la sua fusione con la concezione nazionalista dello stato-potenza: "La sovranità assoluta degli stati nazionali ha portato alla volontà di dominio di ciascuno di essi [...] Questa volontà di dominio non potrebbe acquetarsi che nella egemonia dello stato più forte su tutti gli altri asserviti [...] Gli stati totalitari sono quelli che hanno realizzato nel modo più coerente l'unificazione di tutte le forze, attuando il massimo di accentramento e di autarchia, e si sono perciò dimostrati gli organismi più adatti all'odierno ambiente internazionale" (57). Eugenio Colorni, curatore della prima edizione del *Ma-*

"piuttosto quella dell'et-et e che contiene perciò delle promesse multiple per il futuro". Di ZAGREBELSKY cfr. anche le illuminanti riflessioni nella *Presentazione* del volume (da lui curato) *Il federalismo e la democrazia europea*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1994, pp. 9-23.

(56) Cfr. in proposito C. MALANDRINO, *Il federalismo europeo in Ernesto Rossi*, in *Il federalismo tra filosofia e politica*, a cura di U. COLLU, Fondazione C. Nivola - Centro per la filosofia italiana, Nuoro-Roma, 1998, pp. 341-366.

(57) Cfr. A[LTIERO] S[PINELLI] e E[RNESTO] R[OSSI], *Problemi della Federazione Europea*, Roma, Movimento italiano per la federazione europea, 1944, consultabile in varie edizioni e ora in quella anastatica promossa dal Consiglio Regionale del Piemonte, cfr. SPINELLI-ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, a cura di S. Pistone, Celid, Torino 2001, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nifesto di Ventotene (58), scrive conseguentemente nell'introduzione che l'idea centrale dell'opera consiste nella consapevolezza che la "contraddizione essenziale, responsabile delle crisi, delle guerre, delle miserie e degli sfruttamenti che travagliano la nostra società" è "l'esistenza di stati sovrani, geograficamente, economicamente, militarmente individuati, consideranti gli altri stati come concorrenti e potenzialmente nemici, viventi gli uni rispetto agli altri in una situazione di perpetuo *bellum omnium contra omnes*". Di qui l'esposizione del nucleo essenziale del discorso del *Manifesto*, il cosiddetto *préalable* "federalista europeo", incentrato sulla "definitiva abolizione della divisione dell'Europa in stati nazionali sovrani" (59). Solo questo passaggio prioritario consentirebbe l'intrapresa in Europa di veritiere politiche di progresso sociale, economico, culturale. Secondo Spinelli e Rossi, "la linea di divisione fra partiti progressisti e partiti reazionari cade ormai non lungo la linea formale della maggior o minore democrazia, del maggior o minore socialismo da istituire, ma lungo la sostanziale nuovissima linea che separa quelli che concepiscono come fine essenziale della lotta quello antico, cioè la conquista del potere politico nazionale — e che faranno, sia pure involontariamente, il gioco delle forze reazionarie lasciando solidificare la lava incandescente delle passioni popolari nel vecchio stampo e risorgere le vecchie assurdità — e quelli che vedranno come compito centrale la creazione di un solido stato internazionale, che indirizzeranno verso questo scopo le forze popolari e, anche conquistato il potere nazionale, lo adopereranno in primissima linea come strumento per realizzare l'unità internazionale" (60). Il nuovo ordinamento federale dovrebbe esser tale da lasciare a ogni singolo stato "la possibilità di sviluppare la sua vita nazionale" nel modo più adatto al grado e alla peculiarità della sua civiltà, ma limitandone la sovranità al fine di sottrarre i mezzi di realizzazione dei particolarismi egoistici.

Sulla base di tali princìpi Spinelli e il MFE, da lui presieduto e guidato fino agli inizi degli anni '60 (tranne una breve parentesi nel

(58) Su ciò cfr. più ampiamente MALANDRINO, *Socialismo e libertà*, cit., pp. 177-184.

(59) Cfr. SPINELLI-ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, cit., p. 21.

(60) Ivi, p. 15 e p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

biennio 1946-47), si impegnano in una lotta dalle alterne fasi e vicende, il cui dato comune è possibile ritrovare proprio nell'obiettivo di una costituzione federale europea elaborata da un organo parlamentare costituente e non da una conferenza diplomatica di stati sovrani, ritenuta capace solo di produrre risultati di tipo confederale (61). Da tale decisione la contrapposizione del metodo "costituzionale" del "federalismo europeo" (al cui sostegno si intende mobilitare l'europeismo diffuso a livello popolare con l'iniziativa denominata "Congresso del Popolo Europeo") ai metodi del confederalismo e del funzionalismo comunitario (62), che porta alla sconfitta, dovuta anche a una sottovalutazione delle potenzialità dell'integrazione sovranazionale avviata con la CEE. Una sottovalutazione ammessa e spiegata negli anni Sessanta dallo stesso Spinelli e, in modo forse più chiaro, da Mario Albertini (63).

6. *La critica federalista nel secondo Novecento: sparizione, obsolescenza o trasformazione della sovranità?*

Nella seconda metà del Novecento si enucleano posizioni che, pur rientrando agevolmente nel paradigma definito ai paragrafi 2 e 3 per ciò che riguarda il riferimento alla crisi della sovranità statale, mettono in luce approcci sempre più diversificati rispetto alla constatazione o meno della persistenza di un potere sovrano nello stato nazionale e/o in quello federale. Ciò accade, in modo particolare, quando si applichi questo discorso alla realtà europea. Alcuni autori giungono alla conclusione che la sovranità sia obsoleta, decada o

(61) Su SPINELLI cfr. E. PAOLINI, *A. Spinelli. Appunti per una biografia*, Il Mulino, Bologna 1988. Cfr. inoltre gli interventi spinelliani raccolti a cura di M. ALBERTINI, *Il progetto europeo*, Il Mulino, Bologna 1985. Cfr. inoltre l'interessante sintesi di ALBERTINI, *L'unificazione europea e il potere costituente*, "Il Politico", 1986, ora consultabile in ID., *Nazionalismo e federalismo*, Il Mulino, Bologna 1999, pp. 289-306. Sull'attività del movimento dei "federalisti europei" cfr. L. LEVI-S. PISTONE, *Trent'anni di vita del MFE*, Angeli, Milano 1973; S. PISTONE (a cura di), *I movimenti per l'unità europea*, vol. I *1945-1954*, Jaca Book, Milano 1992; vol. II, *1954-1969*, Università di Pavia, Pavia 1996; A. LANDUYT- D. PREDA, *I movimenti per l'unità europea 1970-1986*, 2 voll., Il Mulino, Bologna 2000.

(62) Su questo punto ved. MALANDRINO, *L'idea dell'unità europea*, cit., pp. 28-32.

(63) Cfr. l'introduzione di S. PISTONE al testo di SPINELLI, *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, Il Mulino, Bologna 1989, pp. 22-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

addirittura sparisca nel passaggio allo stato federale. Altri pensano invece a un affievolimento, a una diminuzione, che tuttavia non mette in questione l'effettivo permanere di una sovranità condivisa fra i livelli infranazionale, nazionale e federale sovranazionale.

6.1. *Il "federalizing process" di Friedrich: la sovranità impossibile.*

Carl Joachim Friedrich rientra nel novero dei maggiori storici e politologi che hanno indagato tra primo e secondo Novecento il problema del federalismo, visto non solo come specifica forma organizzativa e istituzionale dello stato, ma anche in relazione ai modi di espressione politica della vita comunitaria e sociale (64). Non a caso, tra i suoi primi oggetti di ricerca compare l'analisi della concezione simbiotico-federativa di Johannes Althusius di cui, nell'introduzione alla riedizione della *Politica* da lui curata nel 1932, si mette in rilievo il ruolo fondativo per il federalismo moderno (65). Per Friedrich il federalismo è prima di tutto un fatto di organizzazione e di equilibrio degli interessi, di conformazione del potere politico in una determinata comunità e, di conseguenza, una specifica forma di governo.

Friedrich appartiene alla cerchia di quegli autori che ripensano criticamente alla parabola dello stato moderno centralizzato e sovrano iniziata nel Cinquecento. Egli sottolinea il fatto che la concezione della sovranità assoluta, indivisibile, semplificatrice delle complessità sociali, teorizzata soprattutto da Hobbes, caratterizza il farsi iniziale di questo tipo di stato che, dopo aver toccato l'apogeo tra il Seicento e l'Ottocento, ha cominciato a declinare di fronte al ravvivarsi delle articolazioni del tessuto comunitario interno e all'esplodere distruttivo delle contraddizioni internazionali nel sistema europeo (poi mondiale) degli stati. Giunto al termine del suo orizzonte storico, lo stato moderno deve lasciar spazio a un ordina-

(64) Cfr. l'edizione italiana dei più pregnanti passaggi della complessiva opera di C. J. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, a cura e con introduzione di S. Ventura, Il Mulino, Bologna 2002.

(65) J. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata*, Herbornae Nassoviorum, Corvinus, 1614, riedita. a cura e con introduzione di C. J. Friedrich, Cambridge, Harvard University Press, 1932.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento istituzionale più dinamico e libertario delle relazioni tra le comunità politiche. Queste si collocano a più livelli: locale, regionale, nazionale e sovranazionale, interagendo continuamente tra loro. È dunque necessario che a una configurazione statica, centralizzata e autoritaria, dei loro rapporti se ne sostituisca una flessibile, evolutiva, policentrica, cooperativa. Scrive Friedrich: "Il mondo contemporaneo prende significativamente forma secondo i complessi modelli di interazione tra questi diversi tipi di comunità. Federalismo, regionalismo e decentralizzazione hanno visto accrescere la loro importanza come modi possibili di trattare le questioni politiche risultanti da questo processo di interazione" (66). Friedrich ricorda che il federalismo si distingue dal regionalismo o dalla decentralizzazione — elementi insopprimibili di una formazione federale che, però, possono anche rappresentare soltanto misure amministrative destinate a rendere più funzionale il governo di uno stato non federale —, per la sua capacità di portare in primo piano i dati politici originari e costitutivi delle relazioni fra le comunità, nel senso che presuppone sempre "un accordo tra eguali per agire unitamente su specifiche questioni di politica generale" (67). Il criterio che definisce il tratto "federale" di uno stato è pertanto "l'esistenza di rappresentanti, effettivamente separati, delle diverse componenti, allo scopo di partecipare al processo di legiferazione e di dar forma alla politica pubblica". Il federalismo è perciò definibile come la formulazione di un processo che si sviluppa nei due sensi, dissociativo e associativo, rispetto all'operare tradizionale dello stato moderno: da un lato decentralizzando e federalizzando le sue componenti all'interno, da un altro lato creando un centro di potere politico federale tra le comunità sovranazionali: "Il federalismo è anche, e forse soprattutto, il processo di federalizzazione di una comunità politica; cioè il processo attraverso il quale un certo numero di comunità politiche separate entrano in una organizzazione comune per raggiungere soluzioni, adottare politiche comuni; e all'opposto, il federalismo è anche il processo attraverso il quale

(66) Cfr. C. J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, A. Praeger Publishers, New York 1968 (cit. nella trad. it. di B. CARUSO-L. CEDRONI, *Federalismo. Antologia critica*, Scuola superiore della Pubblica Amministrazione, Roma 1995, p. 455).

(67) Ivi, p. 458.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una comunità politica unita si differenzia in un tutto federalmente organizzato. Le relazioni federali sono per natura relazioni in continuo mutamento" (68). È nella logica intrinseca di un siffatto organismo federale, sottoposto a un costante divenire che ridefinisce gli assetti raggiunti, composto di membri tra loro autonomi, che nessuno di essi sia sovrano. E infatti, sostiene Friedrich, "alcun sovrano può esistere in un sistema federale". È un errore anche pensare che possa sussistere una sorta di sovranità residua e limitata delle componenti, poiché l'idea stessa della sovranità "significa indivisibilità". Ciò che prende il posto della sovranità — e dunque rappresenta l'immagine del potere cui spetta "l'ultima parola" — è da Friedrich definito "il potere costituente" che realizza l'accordo dei singoli e delle comunità per fondare lo stato federale (69).

Fanno parte del processo e del modello federalizzanti varie fasi di sviluppo, da quello confederale della "lega" a quello finale di una vera e propria federazione statuale. L'esperienza decisiva ai fini dell'elaborazione del concetto moderno di federalismo è, anche per Friedrich, quella della formazione della costituzione federale americana e della stesura del *Federalist* (70), che rendono chiaro il passaggio dallo stadio confederale a quello federale, sebbene tale problema non venisse da parte dei convenzionali di Filadelfia posto dottrinalmente (come fecero poi autori europei, in particolare tedeschi e italiani), ma pragmaticamente. Ciò che fa fare il salto di qualità nel "nuovo" federalismo è l'esistenza di una doppia e contestuale cittadinanza, ossia "l'idea che in un sistema federale di governo ogni cittadino appartenga a due comunità, quella del suo stato e quella della nazione; che questi due livelli di comunità debbano essere nettamente distinti e che ognuno di essi debba essere provvisto del proprio governo; e che nella strutturazione del governo della comunità più estesa gli stati componenti debbano giocare un preciso ruolo nella loro qualità di stati" (71). Da ciò conseguono l'organizzazione delle competenze fiscali, la divisione dei poteri "sovrani" (che invero

(68) Ivi, p. 459.

(69) *Ibidem*.

(70) Cfr. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, cit., p. 278 ss. e 291-300.

(71) Ivi, p. 297.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non sono più tali) su un livello duale, ecc. È interessante notare che Friedrich afferma, discutendo la posizione degli antifederalisti americani e quella successiva di J. C. Calhoun, sostenenti il diritto sovrano degli stati membri nei confronti dell'Unione con l'argomento della "indivisibilità della sovranità", che l'esperienza della costituzione americana trascendeva proprio tale "usurata dottrina della sovranità" (72). Allo stesso modo, pensa Friedrich, sono pericolose per il federalismo le tendenze centralizzatrici emergenti nelle esperienze concrete dei paesi federali, dagli USA alla stessa Confederazione Elvetica, perché delineanti un nuovo zoccolo duro di sovranità centralista.

Da quanto detto, in conclusione, emerge una certa indefinitezza della sovranità nel nuovo contesto delineato da Friedrich, e più in generale dei caratteri istituzionali specifici del sistema federale, e ciò ha attirato critiche sul suo modello. Alcuni, in particolare aderenti al "federalismo europeo", pensano infatti che porre l'accento sui processi storico-sociali alla base della crisi dello stato moderno è necessario per riconoscere la ragione profonda della necessità dell'avvento di sistemi federali sempre più allargati, ma aggiungono che ciò nondimeno tale approccio, perseguito fino al punto di sostenere la tesi della sparizione della stessa idea di sovranità statale, può far perdere il senso del ruolo delle istituzioni nella storia. In particolare, come conseguenza della negazione della trasformazione della sovranità, resta sullo sfondo in Friedrich la distinzione qualitativa tra federazione e confederazione acquisita dalla teoria federalista (73). Ciò può causare omissioni, fraintendimenti, se non errori, nella prospettiva comparativa dei diversi processi federativi. Un esempio si può riconoscere nel modo in cui Friedrich considera il caso europeo. Egli scrive che l'esperimento delle "comunità" economiche supera le iniziali e sterili diatribe tra federalisti e confederalisti tra gli anni '40 e '50, che si sviluppano a suo parere polemicamente e dogmaticamente intorno a un impossibile trasporto (Friedrich equipara il progetto "costituente" di Spinelli a un "sogno") (74) sul piano europeo del modello federale americano. In realtà l'Europa comu-

(72) Ivi, pp. 300-301.
(73) Cfr. L. Levi, *Il pensiero federalista*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 110.
(74) Cfr. Friedrich, *L'uomo, la comunità l'ordine politico*, cit., p. 331.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nitaria passa, nell'epoca descritta da Friedrich tra gli anni '50 e '60, dalla fase della comunità funzionale con tratti confederali a quella dell'unione sempre più stretta con vincoli federali. La difficoltà e lentezza del processo, dimostrata tra l'altro dall'assenza dell'istituto di una cittadinanza comune, in quel periodo ancora non prevista nei trattati, non impediscono a Friedrich di affermare: "Il processo in atto mira alla costruzione di un sistema federale. Sebbene ancora nelle prime fasi, questo processo sta guadagnando velocità, ed è divenuto esplicito attraverso la costituzione di diverse comunità con obiettivi specifici — la Comunità del carbone e dell'acciaio, l'Euratom, la Comunità economica europea (il Mercato comune)" (75). In definitiva, Friedrich valuta poco le difficoltà ineliminabili del trapasso dalla tappa comunitaria e confederale a quella federale vera e propria; tende a trascurare il conflitto di interessi e di opinioni che si genera allorché si pone in Europa il problema del riconoscimento costituzionale di un assetto statuale, che non si può produrre spontaneamente, ma solo per consapevole decisione politica degli stati membri sotto la pressione di forze e circostanze eccezionali.

6.2. *Il federalismo come "grand design": Elazar e le sovranità diffuse e condivise.*

Daniel Judah Elazar patrocina in molti scritti, tra cui importanti *Exploring federalism* e *Federalism as a grand design* del 1987 (76), una visione del federalismo fondata sulla sua qualificazione come "rivoluzione", come "piano grandioso" destinato a offrire soluzioni locali, sovranazionali e mondiali adeguate alle domande politico-istituzionali scaturenti dalla crisi dell'epoca postmoderna. L'epoca moderna — dispiegatasi dalla metà del Seicento alla metà del Novecento — è caratterizzata soprattutto dall'operare dei suoi attori principali, "gli

(75) Ivi, p. 263.

(76) Cfr. D. J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987 (qui cit. nella trad. it. curata da L. M. BASSANI, *Idee e forme del federalismo*, Edizioni di Comunità, Milano 1995); ID., *Federalism as a Grand Design. Political Philosophers and the Federal Principle*, ed. by D. J. ELAZAR, University Press of America, Lanham 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stati sovrani reificati e centralizzati", o altrimenti detto, "gli stati nazionali", che si sono ridotti ad assomigliare sempre più al mitico "letto di Procuste" (77), il ladro ucciso da Teseo famoso per adattare le vittime alle misure del suo letto, tagliando via le parti corporali in eccesso. Allo stesso modo gli stati nazionali sovrani sacrificano in questi tre secoli le componenti minoritarie — etniche, linguistiche, autonomistico-territoriali o d'altro genere — non conformi alla loro immagine ideale di nazionalità, d'altronde non corrispondente quasi mai a un rapporto naturale, oggettivo e pacifico, col territorio occupato. La postmodernità è l'epoca che contrassegna il declino di questa forma statale di fronte all'incapacità di governare le difficoltà insorgenti dal risveglio etnico e dalle esigenze autonomiste sul piano interno, dalle conflittualità interstatali a livello sovranazionale, dai nuovi problemi ambientali e tecnico-scientifici sul piano mondiale. Nell'epoca postmoderna, secondo Elazar, si assiste di conseguenza allo sviluppo di nuovi assetti istituzionali di governo che "si sono mossi simultaneamente in due direzioni: creare unità politiche sia più grandi che più piccole per fini differenti, ottenendo così vantaggi economici o strategici, e conservare allo stesso tempo la comunità originaria, per meglio soddisfare le esigenze di diversità etnica. Tutti questi assetti presuppongono l'idea di più governi che esercitano il potere sullo stesso territorio. Questa idea, che costituisce il nucleo dell'invenzione americana del federalismo, [è] un'eresia per i padri europei dello stato nazionale moderno" (78). In effetti, in questi termini Elazar ribadisce l'ineluttabilità della critica radicale alla concezione della sovranità statalnazionale elaborata all'inizio dell'età moderna da Bodin o da Hobbes. Scrive: "Quindi il principio federale rappresenta un'alternativa (e un radicale attacco) alla moderna idea di sovranità. Quest'ultima [è] diventata così connaturata al modo di ragionare che perfino le discussioni del federalismo furono espresse in termini di sovranità, particolarmente nel XIX secolo, tanto che ne è risultata una inevitabile distorsione del concetto di federalismo. Nell'epoca postmoderna, tuttavia, la nozione di sovranità statuale è diventata obsoleta" (79). Tale conce-

(77) ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, cit., p. 184.
(78) Ivi, p. 185.
(79) Ivi, p. 90.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione della postmodernità, che non implica il ritorno a posizioni premoderne, privilegia l'interesse verso pensatori e istituzioni sociali che sono stati emarginati dal trionfo dello stato moderno. Compito della rivoluzione federalista sarà di portare a termine il *grand design*, i cui fondamenti teorici sono concepiti nell'ambito dell'antica teologia federale biblica e, attraverso la sua modernizzazione e secolarizzazione, applicati all'epoca postmoderna, nel rispetto però di quelle esigenze giustificate di centralizzazione e di efficienza del potere avanzate dalla modernità. In estrema sintesi, la rivoluzione federalista dovrà realizzare "la concentrazione del potere e dell'autorità in grandi e attivi governi generali, diffondendo allo stesso tempo l'esercizio del potere in modo da dare a molti, se non a tutti gli strati della società, una quota di governo costituzionalmente garantito" (80): quindi governo federale, sui piani nazionale e transnazionale, e autogoverno locale in un quadro di eguaglianza politica.

Il federalismo, che Elazar definisce con accenti suggestivi come "il sistema di relazioni politiche capace di comprendere molte cose (*comprehensive*), che si misura con la combinazione di autogoverno e di governo partecipato avente alla base una matrice di poteri costituzionalmente diffusi" (81), ha sempre una portata politica che supera — pur accettandoli al suo interno — sia la nozione meramente amministrativa del decentramento burocratico, sia i limiti di una concezione costituzionale e democratica dello stato. In buona sostanza, s'identifica con una visione generale che plasma l'insieme delle relazioni umane nella prospettiva della realizzazione di questo "disegno grandioso", che altro non è se non l'ordine mondiale incardinato sulla pietra angolare federale. La "comprensività" appare tra le caratteristiche fondamentali del federalismo elazariano. Nel senso che tutti gli aspetti della vita sociale e politica risultano intimamente contrassegnati dal "patto" federale di natura teologico-biblica. Non a caso due autori di tale indirizzo, uno all'inizio dell'età moderna, uno alla fine, il calvinista Althusius il primo, lo scrittore e filosofo Martin Buber il secondo, sembrano esserne gli emblematici punti di riferimento. Dell'anarco-federalismo di Buber, Elazar sot-

(80) Ivi, p. 216.
(81) Cfr. ELAZAR, *Federalism as a Grand Design*, cit., p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tolinea l'intima connessione con il protofederalismo althusiano, trasparente in particolare nell'opera *Sentieri in Utopia* (1950), dove è rilevabile la relazione di identità stabilita tra il sistema di "comunità autonome" da lui teorizzato come nuovo fondamento della società e le "consociazioni cooperative" (82) così simili alle consociazioni althusiane. Come Althusius è il precursore dell'idea federale premoderna — sostiene Elazar —, Buber può esser riconosciuto come l'ultimo pensatore moderno che annuncia il federalismo postmoderno. Su tale appoggio ideale, il progetto federalista intende creare serie di blocchi o di cellule autogovernantisi ai differenti livelli statalsociali, dai più bassi e piccoli ai più elevati e grandi, dalle comunità locali alle federazioni interregionali e sovranazionali, fino alla repubblica federale mondiale.

Pragmaticamente Elazar concede che in tale processo (così come nella più generale matrice federale) possano coesistere forme confederali e federali vere e proprie (83). Le forme confederali e cooperative ai vari livelli con le quali costruire le istituzioni transnazionali e globali possono esser concepite comunque come un passo in avanti verso il federalismo mondiale, purché si dimostrino in grado di dare risposte alle tre grandi domande emergenti dalla globalizzazione in termini di sicurezza, integrazione economica e protezione dei diritti umani. Ancora una volta, quel che a lui sembra dirimente, è prender atto dell'apertura dell'epoca postmoderna a causa della crisi irreversibile della forma dello stato moderno connotato come "modello Vestfalia" e godente dell'attributo di sovranità esclusiva. Crisi che non significa sparizione a più o meno breve termine, bensì il declino di questa forma statale di fronte all'incapacità di governare le difficoltà insorgenti dal risveglio etnico e dalle esigenze autonomiste sul piano interno, dalle conflittualità interstatali a livello sovranazionale, dai nuovi problemi ambientali e tecnico-scientifici sul piano mondiale.

Nel mondo postmoderno — conformemente alla parola d'ordine "*from statism to federalism*" e sulla scorta di una tendenza

(82) Cfr. Buber (1967), p. 171-172.

(83) Cfr. D. J. ELAZAR, *Constitutionalizing Globalization. The Post-modern Revival of Confederal Arrangement*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham-Boulders-New York-Oxford 1998, p. 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generalizzata, concreta ed evidente, al confederalismo, di cui Elazar rintraccia e descrive numerosi esempi — i modelli istituzionali dovranno andare incontro al modello federale, inteso in un senso ampio ed elastico, che ammette anche forme confederali, pur restando il suo nucleo teorico fondativo quello derivante dal *Federalist*, che per Elazar si rivela però più adatto a contesti continentali di maggiore omogeneità culturale e storica. Quel che importa, sostiene Elazar, è rispettare "la combinazione di scelte costituzionali, di progetto e di costruzione istituzionale al fine di metter insieme gli Stati esistenti e le associazioni transnazionali in maniera federalista, ossia per combinare l'autogoverno con il governo condiviso, in modo da garantire che il governo condiviso sia confinato solo a quelle funzioni assolutamente necessarie o chiaramente più utili per i governi e i popoli coinvolti" (84). Ciò significa costruire ai livelli sovranazionali, transnazionali e globali, sedi e momenti politici e istituzionali permanenti di centralizzazione e/o di decentramento dei poteri che non siano in alternativa, ma coordinati e congruenti a scopi comuni. Solo così sarà possibile, per Elazar, far voltar pagina alla storia dell'umanità passando dalle dominazioni mondiali orientate al profitto di brutali interessi economici, dalle aggressioni nazionali e dalle guerre sanguinose, a un ordine globale democratico basato sulla più larga estensione del principio federale della condivisione del governo.

Il caso europeo dimostra per Elazar la fondatezza di queste idee. Solo dopo l'apertura dell'epoca postmoderna e l'obsolescenza della concezione della sovranità statale "il mito dello stato nazionale cede il passo", e anche in Europa si può avviare il processo di integrazione che deve esser concepito a suo avviso lungo un asse di sviluppo, logico e storico, confederale-federale, visto anche come lotta tra le posizioni politiche a tali termini collegate negli anni '80 e '90 culminanti nell'approvazione del Trattato di Maastricht (85). La formula funzionalistica dell'integrazione comunitaria, che prevale

(84) Ivi, p. 3.

(85) Ivi, pp. 111-124. Elazar afferma, però, in modo non esatto che l'Unione Europea è formalmente una confederazione dal 1994, ossia dopo Maastricht. In realtà, elementi confederali sussistono già prima nella fase prevalentemente comunitaria, che a sua volta persiste nell'*acquis communautaire* anche dopo Maastricht e connota peculiarmente il primo pilastro del modello dell'Unione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'inizio degli anni '50 dopo la sconfitta del progetto federalista, ha dunque secondo Elazar lo scopo storico di evitare in origine che l'unificazione europea sia avvertita come una minaccia per gli stati membri, di creare una base valida di sempre più intima integrazione economica e istituzionale, ma ha in definitiva innescato un movimento oggettivo di più lungo respiro e di più alte ambizioni.

Preso atto della concretezza ed elasticità della concezione elazariana sullo specifico problema europeo, occorre però notare che anche in essa, come in quella di Friedrich, viene trascurato il problema del passaggio "costituzionale" al vero e proprio momento federale.

6.3. *Hallstein: federalismo sovranazionale comunitario.*

Una critica teorica alla concezione della sovranità emerge altresì — contrariamente a quel che in genere si pensa — nell'ambito del pensiero comunitario, sovranazionale e funzionalista, nel corso della concreta costruzione dell'Europa unita nella seconda metà del Novecento. Tale elaborazione, collegata al pensiero federalista, non è stata finora sottoposta ad approfonditi studi, per cui è rimasta in ombra, ma val la pena riprenderne brevemente alcuni lineamenti attraverso l'opera di Walter Hallstein, primo presidente della Commissione CEE (86).

Hallstein è tra i principali sostenitori della creazione di un mercato comune visto come luogo di un'integrazione orizzontale, cioè globale e non settoriale, delle economie europee. Con questa idea egli supera la presunta angustia istituzionale dell'iniziale impostazione funzionalista. Tuttavia, è da chiedersi su quali basi teoriche, prospettive e finalità ultime Hallstein poggi la sua visione generale e, di conseguenza, la sua strategia di presidente della Commissione CEE. Per rispondere a questi interrogativi è necessario rifarsi alla

(86) Per un esame della figura e dell'attività di Hallstein si rinvia a C. MALANDRINO, *Oltre il compromesso del Lussemburgo. W. Hallstein e la crisi della "sedia vuota" (1965-66)*, Working Paper n. 27 del Dipartimento POLIS dell'Università del Piemonte Orientale, Alessandria, marzo 2002. Per un quadro di riferimento generale sulla storia dell'integrazione europea cfr. B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948-2000*, Il Mulino, Bologna 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua considerazione complessiva del processo d'integrazione europea e dei compiti storici che le si pongono (87), per rilevare preliminarmente che le convinzioni del presidente della Commissione non si fondano su una speciale fede politico-dottrinaria. Da buon giurista dell'economia internazionale, il cui abito mentale lo porta a considerare le cose dal punto di vista del diritto e della prassi, Hallstein è incline a un rapporto pragmatico con le teorie politiche. Non è dunque da ritrovare come punto iniziale del suo pensiero un riferimento esplicito al filone dottrinale federalista europeo di matrice francese, svizzera, italiana, e neppure alla tradizione tedesca che, partendo dallo storicismo di Friedrich Meinecke, considerato nella fase matura di autocritica del nazionalismo germanico, attraverso la rielaborazione di Ludwig Dehio, prende espressione finale negli innovativi progetti europeisti fatti conoscere da Walter Lipgens (88). Se si vuol capire il peculiare convincimento europeista e federalista di Hallstein, bisogna piuttosto partire dall'intuizione ch'egli ha del destino della Germania e dell'Europa uscite distrutte dalla seconda guerra mondiale. Nell'inevitabile orizzonte atlantico, l'amicizia con gli Stati Uniti e l'integrazione definitiva della nuova Germania nell'Europa occidentale sono i due paletti attraverso i quali soltanto può passare, a suo avviso, la prospettiva unificatrice del continente europeo. Ciò è a maggior ragione vero dopo il piano Marshall e la fondazione dell'Organizzazione Europea di Cooperazione Economica (1948, OECE), che costituisce la prima concreta esperienza di

(87) Cfr. W. HALLSTEIN, *United Europe: Challenge and Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1962; ID., *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Econ, Düsseldorf 1969 (trad. ital. *Europa federazione incompiuta*, Rizzoli, Milano 1970); ID., *Europäische Reden*, a cura di T. OPPERMAN e J. KOHLER, Stuttgart 1979. Di particolare interesse appaiono tre discorsi tenuti il 4 dicembre 1964 presso il Royal Institute of International Affairs "Chatam House", il 19 febbraio all'Institut für Weltwirtschaft dell'Università di Kiel (cfr. la trad. ital. intitolata *I problemi reali dell'integrazione europea*, Istituto di Scienze politiche, Torino) e il 25 marzo 1965 presso il British Institute of International and Comparative Law. È stato rilevato con ragione che l'insieme dei tre discorsi forma una sorta di "credo" dello Hallstein europeista.

(88) Cfr. LIPGENS (a cura di), *Documents on the History of European Integration*, cit.; S. PISTONE, *Federico Meinecke e la crisi dello stato nazionale tedesco*, Giappichelli, Torino 1969; ID., *Ludwig Dehio*, Guida, Napoli 1977; ID. (a cura di), *La Germania e l'unità europea*, Guida, Napoli 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decisioni istituzionalmente concordate tra i governi impegnati nella ricostruzione.

Il problema centrale dell'Europa è, secondo Hallstein, di risolvere definitivamente il conflitto franco-tedesco. A tale scopo, l'attuazione del piano Schuman (che peraltro, si noti *en passant*, è collimato nel lungo periodo all'obiettivo degli Stati Uniti d'Europa) è considerata il primo passo nella giusta direzione dell'unificazione europea. Tuttavia, negli anni Sessanta, Hallstein tende a differenziarsi sul piano teorico dal funzionalismo monnetiano, accentuando da un lato l'influenza possibile sul processo europeo dell'autoctona tradizione federalista tedesca, dall'altro facendo notare la graduale trasformazione della sfera del "politico", che il processo di unificazione europea a suo parere necessariamente comporta. In realtà, Hallstein giunge a considerare l'unità europea come "la sfida e l'opportunità" politiche a tutto tondo che lo spirito del tempo pone ai popoli liberi, al fine di trasformare gradualmente in meglio — ossia in senso modernizzatore e democratico — il vecchio mondo delle relazioni internazionali tra potenze dotate di sovranità assoluta. Egli esprime la convinzione che la necessità per gli stati nazionali di lavorare insieme in modo comunitario produrrà non solo la forma pacifica di coesistenza e di integrazione economica, ma anche il nuovo tipo di *zoon politikon* capace di intendere la dimensione politica a livello nazionale e sovranazionale. Per argomentare l'avanzata delle nazioni europee verso l'unità egli riprende la teorizzazione fatta da Alexis de Tocqueville ne *La democrazia in America*, quasi a unire — in controtendenza rispetto all'arrembante gollismo degli anni '60 — la cultura francese con la realtà statunitense. Quattro temi annunciati da Tocqueville, divenuti altrettanti dati di fatto alla metà del Novecento, gli sembrano di bruciante attualità: *a*) la crescita dell'interdipendenza delle nazioni e l'impossibilità per esse di restare estranee l'un l'altra a causa del *b*) progresso tecnico-industriale e *c*) dello sviluppo delle comunicazioni; infine, quarto tratto vieppiù imposto dalla piena realizzazione dei primi tre, *d*) la dominazione del mondo da parte di stati-giganti, come l'America e la Russia. Di fronte a tale evoluzione globale, che mette all'ordine del giorno l'esigenza di nuove forme di cooperazione interstatale pacifica, continua, stabile ed efficiente, l'organizzazione politica del mondo, e segnatamente dell'Europa, resta purtroppo negativamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ancorata a un sistema di stati sovrani retti sull'anacronistico reticolo delle tradizionali relazioni internazionali di potenza.

Di qui il valore dell'iniziativa Monnet-Schuman, che supera nella costruzione comunitaria le finalità confederative mettenti capo al Consiglio d'Europa del 1949. Il dato realmente innovatore della Comunità istituita nel 1951, e in generale delle comunità funzionaliste, è visto da Hallstein nel loro carattere "sopranazionale". È questo aspetto delle nuove istituzioni comunitarie che le mette potenzialmente in grado di superare i loro limiti settoriali, e fa credere a Hallstein che, *necessariamente*, dall'integrazione economica settoriale si passerà gradualmente a una integrazione allargata orizzontalmente a tutta l'economia dei paesi membri, dall'unità economica a quella politica (89). Il termine "sopranazionale" — in quanto esponente dell'esigenza di creare un centro di direzione continentale, democratica, politica ed economica, stabile ed efficiente focalizza correttamente l'attenzione su una delle più importanti caratteristiche dell'esecutivo della CECA, l'Alta Autorità, e poi delle Commissioni della CEE e dell'Euratom: "I loro nove membri — scrive Hallstein — una volta nominati, sono completamente indipendenti dagli stati, ed è vietato a essi sollecitare o accettare istruzioni da loro. La loro responsabilità è solo nei confronti della Comunità vista come un tutto" (90). Ciò implica, per Hallstein, che una parte del potere decisionale degli stati è sottratto loro e usato da un'autorità sopranazionale, in embrione di tipo federale (91), con finalità che superano le singole ottiche e i ristretti interessi nazionali. In particolare, tale carattere sarebbe rivestito dopo il trattato di

(89) Cfr. HALLSTEIN, *Europa federazione incompiuta*, cit., p. 97: "Discorrendo ci è piaciuto paragonare il complesso della costruzione europea con un razzo a tre stadi: unione doganale — unione economica — unione politica. Il paragone non era privo di efficacia retorica, ma era inesatto teoricamente e praticamente. In realtà l'elemento politico è presente fin dall'inizio (già nell'unione doganale, almeno nella forma della politica doganale, cioè di una parte importante della politica commerciale), e a maggior ragione l'unione economica si presenta essenzialmente come una fusione di politiche". È evidente che il gradualismo hallsteiniano è inquinato da una venatura meccanicistica di fondo che, tra l'altro, è all'origine della sconfitta patita nel conflitto con de Gaulle nel 1965. Tale difetto tattico non toglie però valore alla visione complessiva delle esigenze e delle conseguenze della costruzione di un'Europa federale.

(90) Cfr. HALLSTEIN, *United Europe*, cit., p. 21.

(91) Ivi, p. 64: "Within their limits, they follow a federal pattern".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fusione degli esecutivi dell'aprile 1965 (applicato nel 1967) dalla Commissione CEE, germe di un futuro governo europeo, di cui il presidente esalta le tre funzioni di "motore", "custode" e "mediatore" riconosciutele dal trattato di Roma del 1957. Funzioni che nulla hanno a che fare con la creazione di una "eurocrazia" non legittimata dal voto popolare e lontana dai paesi membri. In realtà, anche per Hallstein, a torto identificato come il capo della nuova genìa di euroburocrati, la logica comunitaria non è finalizzata a "stabilire una lontana tecnocrazia governante a colpi di ukase da un qualche Cremlino sopranazionale" (92), bensì a dare corpo e realtà agli obiettivi dei trattati (che secondo Hallstein mettono in essere una vera e propria normativa "costituzionale" (93) di nuovo tipo) e alle decisioni politico-legislative prese dal Consiglio dei ministri su proposta della Commissione stessa. Proprio il monopolio di proposta della Commissione è visto quale tratto qualificante del suo potere, simbolo del potenziale profilo di 'governo europeo' (94). In tale prospettiva è da collocare la battaglia del presidente per dare maggiore efficienza e fluidità ai processi decisionali europei, allargando gradualmente anche l'area di incidenza del voto a maggioranza nel Consiglio, già previsto dal Trattato CEE per la terza fase del periodo transitorio, e restringendo fino al minimo l'uso del voto all'unanimità, ossia della possibilità del veto da parte degli stati membri, per i soli casi eccezionali in cui venga effettivamente messa in questione la loro sovranità in materia di vitale importanza. E questo è uno dei nodi che vengono al pettine nella crisi della "sedia vuota" del 1965.

In realtà, i paesi che scelgono l'integrazione delle economie attraverso l'unione doganale, la libertà di movimento delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali, non decidono soltanto — secondo Hallstein — di realizzare un mero fatto giuridico-econo-

(92) Ivi, p. 22.

(93) Cfr. HALLSTEIN, *I problemi reali dell'integrazione europea*, cit., p. 6: "Il Trattato di Roma [...] è la nostra 'legge fondamentale'".

(94) In questo senso è da interpretare il gesto di far stendere un tappeto rosso nella sede di Bruxelles, un segno di distinzione usato per le massime autorità di uno stato, e quindi da usare anche per onorare il carattere sovranazionale e potenzialmente statuale del nuovo potere europeo, cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 141.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mico, ma si danno il compito, in modo forse non del tutto consapevole per alcuni dei firmatari (ben chiaro però per Schuman e Monnet), di dar vita anche a una forma politica nuova capace di influenzare fortemente la vita degli stati coinvolti e il più vasto mondo. Sotto il profilo teorico, l'integrazione comunitaria è considerata da Hallstein come una "rivoluzione incessante", a un tempo, della scienza economica e della scienza politica. Riprendendo la teoria dell'economista James Meade a proposito delle unioni economiche interstatali, afferma che quando alcuni stati mettono in comune delle funzioni economiche, avviene un trapasso di poteri economico-politici molto più forte da questi all'istanza sopranazionale (95). Analogamente, quando nel caso della CEE lo stesso trattato istitutivo prevede elasticamente un certo numero di eventualità per politiche congiunte nei campi della politica agricola, sociale, monetaria, finanziaria e fiscale, nella concorrenza, nei trasporti e nel commercio estero, "la logica dell'integrazione economica non solo guida all'unità politica attraverso la fusione degli interessi, ma anche implica l'azione politica in se stessa" (96). Non c'è nulla infatti, ribadisce Hallstein, di più politico e connesso con la sovranità degli stati della fissazione dei tassi di cambio e della politica monetaria (97). Non a caso, fin dall'inizio il processo d'integrazione economica europea fa emergere l'esigenza dell'allargamento alla politica, fallito per responsabilità francese nel caso della CED e della CEP, ma dalla stessa Francia gollista riproposto con il "piano Fouchet" in modo attenuato e coerente con criteri confederali. In proposito, Hallstein mette in guardia sul fatto che la discussione sulla necessità di una cooperazione politica "organizzata" (anche nei termini confederali di marca gollista) non può sovrapporsi o andar a scapito dell'integrazione esistente, ovvero delle istituzioni comunitarie, ma semplicemente risultare un approfondimento federale di quel tipo di

(95) Cfr. J. MEADE, *Problems of Economic Union*, London 1953, cit. in HALLSTEIN, *United Europe*, cit., pp. 64-65.

(96) Ivi, p. 65.

(97) È da notare che lo stesso Mario Albertini riconosce l'acutezza dell'osservazione di Hallstein che "la Comunità economica [era] un fatto politico, perché ciò che [era] messo in comune [era] il controllo politico di alcuni aspetti dell'attività economica", cfr. M. ALBERTINI, *L'unificazione europea e il potere costituente*, in ID., *Nazionalismo e federalismo*, cit., p. 292.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unificazione. La costruzione dell'Europa, in quanto "federazione incompiuta", non può pertanto esser prodotto di automatismi economico-burocratici, di cui delegare il controllo ad agenti privi di coscienza politica, ma deve risultare l'opera congiunta di diversi organi politico-istituzionali legittimati dai trattati a discutere e a decidere con coraggio sui problemi della graduale unificazione, tenendo conto delle sfide provenienti dal mondo più vasto della competizione tra l'oriente comunista e totalitario e l'occidente della libertà, tra nord sviluppato e sud arretrato.

6.4. *L'indirizzo "federalista europeo". Albertini e il MFE: inadeguatezza del confederalismo e del gradualismo nel problema della "costituzionalizzazione" dell'Unione europea. Una rivalutazione della sovranità e del "popolo europeo".*

La linea di pensiero sviluppata negli anni '50 e '60 in opuscoli e interventi da Spinelli (98) ha, sul piano teorico e pratico, uno svolgimento successivo in Mario Albertini. Filosofo della politica nell'Università di Pavia e presidente del MFE fino alla morte avvenuta nel 1997, Albertini è — dopo Spinelli — la figura di maggior rilievo del federalismo in Italia. Il suo principale contributo consiste nella critica della concezione dello *stato nazionale*, che funge altresì da premessa per la sistematizzazione data nel libro *Il federalismo* (99). Qui il federalismo è connesso strettamente all'aspetto di valore kantiano, la pace, e a uno di struttura istituzionale, lo stato federale, visto come superamento dello stato nazionale, sia dal punto di vista infranazionale sia da quello sovranazionale. Esso è legato infine a un aspetto storico-sociale, riposante sull'offuscamento degli antagonismi di classe e nazionali nonché allo sviluppo del pluralismo sociale e istituzionale. In tale visione, l'unione europea è una tappa inter-

(98) Cfr. A. SPINELLI, *La mia battaglia per un'Europa diversa*, Lacaita, Manduria 1979; ved. inoltre gli scritti raccolti a cura di S. PISTONE: A. SPINELLI, *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, cit.; A. CHITI BATELLI, *L'idea d'Europa nel pensiero di A. SPINELLI*, Lacaita, Manduria-Bari-Roma, 1989; L. LEVI (a cura di), *A. Spinelli and Federalism in Europe and in the World*, Angeli, Milano 1990.

(99) Cfr. M. ALBERTINI, *Lo Stato nazionale*, Il Mulino, Bologna 1960; ID., *Il federalismo. Antologia e definizione*, Il Mulino, Bologna 1979. Su ALBERTINI cfr. F. TERRANOVA, *Il pensiero politico di M. Albertini*, Giuffrè, Milano 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

media e necessaria del processo che porterà alla federazione mondiale (100).

Il punto centrale del programma indicato da Albertini, fin dall'inizio degli anni Sessanta, si fonda nella implementazione della trasformazione del processo d'integrazione europea, avviata sulla scorta dei criteri funzionalisti di Jean Monnet, in quello della costituzione di una unione politica, che scaturirebbe dalla crisi necessaria in cui la prima si verrebbe a trovare per la prevedibile mancanza di volontà dei governi nazionali di rinunciare alle proprie prerogative sovrane. Il punto di partenza è nel pensiero albertiniano la critica dell'idea di nazione e del modello dello stato nazionale. L'idea di nazione, plausibile come fatto culturale (autoidentificazione linguistica, storico-tradizionale, ecc.), è illusoria e mistificante dal punto di vista del suo collegamento (a torto ritenuto intrinseco) col modello dello stato nazionale. Quel che Albertini rifiuta è, oltre a ciò, che la nazione incapsulata nello stato diventi una sorta di classificatore e di massimo divisore politico di quell'unità più vasta che è "l'intero genere umano". Perché in quanto tale, essa si trasforma in causa di scontri vieppiù distruttivi. La cultura della nazione, in questo senso creatrice dei nazionalismi, si oppone alla cosmopolita "cultura dell'unità del genere umano" che sottende come orizzonte la visione federalista. L'ideologia nazionale eleva artificiosamente a dato originario l'appartenenza nazionale e la categoria dello stato-nazione, rafforzando le tendenze nazionaliste che corrompono le ideologie tradizionali, liberaldemocratiche, socialiste o comuniste: "La nazione è il criterio con il quale è organizzato politicamente il genere umano, dunque dovrebbe essere la prima idea con la quale fare i conti" (101). Appare necessario ad Albertini tale passaggio per arrivare a una chiara visione dei compiti del presente. È in Europa, "sede storica del modello nazionale", che occorre vincere la battaglia cruciale sulla via della federalizzazione dell'intero pianeta. A tal fine s'impone la preventiva trasformazione

(100) Tutti questi motivi del pensiero albertiniano sono riproposti in due volumi di scritti (pubblicati dagli anni Sessanta in poi) editi nel 1999 dal Mulino (Bologna) a cura di N. Mosconi, intitolati l'uno *Nazionalismo e federalismo*, l'altro *Una rivoluzione pacifica.*

(101) Cfr. Albertini, *Il federalismo*, cit., p. 299.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturale, ovvero il passaggio da una concezione nazionale a una cosmopolita e federale. In ciò risiede la sostanza dell'aspetto storico-sociale cui si lega il federalismo. La negazione della ideologia nazionalista, e l'affermazione in suo luogo di un modo di vedere e di agire federalista, non rappresenta altro che l'inveramento del valore kantiano della pace che, in quanto verità di ragione, appartiene già al patrimonio genetico del federalismo. Il "federalismo europeo", come ideologia rivoluzionaria, deve quindi porsi l'obiettivo di modificare la struttura sulla quale si regge il sistema politico attuale: lo stato nazionale. Non per negarlo totalmente, ma per superarlo condizionandone e depotenziandone la sovranità all'interno delle strutture supernazionali, di cui la federazione europea rappresenta la tappa decisiva, e la federazione mondiale il risultato finale.

In coerenza con gli insegnamenti di Spinelli e di Albertini, il movimento dei "federalisti europei", che operano in modo coordinato in Italia e negli altri paesi del vecchio continente, conduce da vari decenni battaglie ideologiche e politiche per l'istituzione della federazione europea attraverso un passaggio costituente e costituzionale (102). In questa sede, però, non interessa l'aspetto pratico, quanto soprattutto accennare ai tratti teorici più recenti dell'elaborazione "federalista europea" in merito alla critica della sovranità nazionale e alla determinazione dei caratteri costituzionali della auspicata federazione europea. Su questi temi si impegnano da decenni studiosi e militanti che danno voce a vari organi di stampa e a riviste, tra cui "L'Unità Europea", "Il Federalista", "Piemonteuropa", "The Federalist Debate" (103).

Le argomentazioni dei "federalisti europei" si appuntano oggi

---

(102) Come afferma S. Pistone nell'introduzione alla cit. edizione anastatica di SPINELLI-ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, p. XI, "il MFE ha in effetti costantemente conseguito con una incrollabile coerenza la creazione di un vero e proprio stato federale europeo (che avrebbe dovuto comprendere progressivamente l'intera Europa) e la convocazione di una assemblea costituente europea democraticamente rappresentativa come metodo insostituibile per giungere effettivamente all'unificazione irreversibile dell'Europa".

(103) Cfr. in particolare: *Fine della politica?*, "Il Federalista", XXXVIII, 1996, n. 2, pp. 86-90; F. ROSSOLILLO, *Dall'unione alla federazione: l'Europa e la questione dello Stato e della sovranità*, "L'Unità Europea", XXVI, 2000, nn. 321-322, pp. 26-27; S. PISTONE, *Sovranità europea*, "Piemonteuropa", XXV, 2000, n. 3, pp. 1-3; ID., *Dopo l'introduzione dell'euro, una Costituzione federale europea*, ivi, XXVI, 2001, n. 3, pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul riconoscimento che il metodo "gradualistico" — espressione che sottintende il richiamo sia alle posizioni funzionalistico-comunitarie da Jean Monnet in poi, sia a quelle di tipo confederalista —, ha definitivamente esaurito il proprio compito nei riguardi dello sviluppo ulteriore dell'Unione Europea con la realizzazione della moneta unica, ed è divenuto un freno paralizzante nel processo di unificazione. La tematica della crisi dello stato nazionale, riproposta sostanzialmente nelle forme teorizzate da Spinelli e Albertini e attualizzata alla luce dell'aggravamento causato dai processi di globalizzazione, mette in luce la necessità di un salto di qualità che sia tale da portare, tramite un passaggio costituente, a un vero e proprio stato federale europeo prima che l'allargamento previsto ai paesi dell'Est e del Mediterraneo, e le sempre più urgenti esigenze di governo democratico continentale, non conducano anche alla disgregazione del tessuto comunitario dell'Unione e alla sua degenerazione in una sorta di mera unione di libero scambio e di imbelle "società delle nazioni".

L'erosione della "sovranità nazionale", pur se accresciuta secondo i "federalisti europei" dall'interdipendenza economica e militare a livello globale, non è accompagnata da un accrescimento di "sovranità europea". Sicché la sovranità nazionale non è affatto "evaporata" in una sorta di "*multilevel governance*", ma resta prerogativa degli stati nazionali, i quali cercano di guidare e sfruttare i processi di progressiva eliminazione delle barriere nazionali ai fini di un recupero imprevedibile di influenza a livello sovranazionale (104). I "federalisti europei", sfumando i toni della condanna a tutto tondo del dogma della sovranità esclusiva e illimitata dello stato nazionale precedentemente affermata in un diverso contesto da Spinelli e Albertini, denunciano piuttosto con preoccupazione il fatto che tale critica doverosa abbia in taluni autori portato paradossalmente alla denuncia della scomparsa della sovranità *tout court*. Con la conse-

---

10-12; *For a Federal European Constitution*, "The Federalist Debate", XIV, 2001, n. 2, pp. 23-32.

(104) Conferma questa tesi, almeno dal punto di vista della riappropriazione di poteri da parte degli stati, T. Börzel, *Föderative Staaten in einer entgrenzten Welt*, in *Föderalismus*, a cura di A. Benz e G. Lehmbruch, cit., p. 369; di diverso e opposto avviso è G. Marramao, *L'Europa dopo il Leviatano. Tecnica, politica, costituzione*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza stato*, cit., pp. 119-144.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guenza di far mettere in secondo piano che invece la sovranità — se correttamente intesa e condivisa — svolge compiti irrinunciabili di ordinamento, mantenimento e sviluppo sociale e civile. Essa ha pur sempre la funzione di legittimare i processi decisionali a livello legislativo e di governo, di escludere cadute nell'anarchia, di fondare in democrazia la certezza del diritto e della solidarietà tra i cittadini (105). Non alla distruzione della sovranità statale occorre mirare, ma alla sua diversa dislocazione tra istanze europee e nazionali, nell'epoca in cui la forma "stato-nazione" manifesta crescenti incapacità di intervento a livello continentale e globale. In tal senso è da intendere il superamento dello stato-nazione. Viceversa, chi sostenga l'avvenuta distruzione della sovranità in assoluto, in realtà rischia di farsi paladino subordinato dell'unico "sovrano" nazionale capace di interventi globali, ossia degli Stati Uniti d'America.

Lungi pertanto dall'accettare "il declino della statualità" (106), il nodo da sciogliere è ancora sempre quello dell'alternativa tra federazione e confederazione (107): "trasferire la sovranità" dagli stati nazionali alla federazione europea significa accrescere e trasformare qualitativamente l'embrione federale già presente nel tessuto comunitario dell'Unione Europea, che deve esser dotata di vera sovranità federale, cosa che prevede la condivisione di questa con gli stati nazionali. Lo stato federale europeo non dovrà essere un "superstato", perché anzi "esso avrà caratteristiche diverse ed originali rispetto ai sistemi federali finora realizzati, perché si tratta, per la prima volta nella storia, di federare stati nazionali storicamente consolidati e un continente caratterizzato da un pluralismo (che è una grandissima ricchezza da tutelare e valorizzare) culturale, linguistico, religioso, economico-sociale che non ha eguali nel mon-

(105) Cfr. PISTONE, *Dopo l'introduzione dell'euro, una Costituzione federale europea*, cit., p. 11, "La sovranità, intesa come potere di decidere in ultima istanza (e implicante il monopolio della forza legittima), è in realtà la condizione della validità e dell'efficacia del diritto e quindi il presupposto della possibilità stessa di impegnarsi per il conseguimento del bene comune".

(106) Cfr. PISTONE, introd. alla cit. edizione anastatica di SPINELLI-ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, p. XIX.

(107) Cfr. PISTONE, *Dopo l'introduzione dell'euro, una Costituzione federale europea*, cit., p. 11: "La dicotomia federazione-confederazione mantiene intatta la sua validità".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

do" (108). Pertanto federalismo decentrato e sussidiarietà sono le risposte ai timori di accentramento statalista a livello europeo. Si tratterebbe in sostanza di fondere taluni aspetti dei modelli duale e cooperativo del federalismo. Requisiti fondamentali della federazione europea dovranno essere: 1) competenza esclusiva in materia di moneta, difesa e politica estera; 2) competenza concorrente su tutte le altre materie in base al principio di sussidiarietà; 3) trasformazione del Consiglio dei ministri nella camera territoriale degli stati e sua privazione della competenza legislativa esclusiva; 4) competenza legislativa piena al Parlamento europeo, che la eserciti su un piano di parità con la Camera degli stati; 5) trasformazione del Consiglio europeo nella Presidenza collegiale dell'Unione; 6) trasformazione della Commissione nel governo dell'Unione, nominato dalla Presidenza collegiale e responsabile di fronte al Parlamento; 7) estensione del processo decisionale a maggioranza, tranne che in particolari materie di rilevanza costituzionale; 8) esclusione del diritto di secessione. Di particolare importanza è, secondo i "federalisti europei", la procedura costituente — in luogo di quella intergovernativa finora seguita — per arrivare a cogliere tale obiettivo. Non è da escludere infine che, di fronte a insuperabili resistenze euroscettiche, si renda necessaria la combinazione di due momenti successivi: la creazione di un "nucleo federale" ristretto, convivente con l'Unione Europea più larga, nell'attesa che grazie a un'adeguata strategia che contemperi iniziative politiche con clausole e formule già sperimentate (*opting out*, geometrie variabili, cooperazioni rafforzate (109) si creino le condizioni per l'ingresso degli altri paesi nella federazione.

I "federalisti europei" si rendono conto che un simile obiettivo non è realizzabile senza che si crei un presupposto forte di legittimazione finora mancante, ovvero un "potere costituente" che non può provenire da operazioni di ingegneria costituzionale o da inter-

(108) Cfr. PISTONE, introd. alla cit. edizione anastatica di SPINELLI-ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, p. XVIII. Sugli aspetti socio-economici del progetto "federalista europeo" cfr. *Federalismo fiscale: una nuova sfida per l'Europa*, a cura di A. MAJOCCHI e D. VELO, Padova 1999; *Il governo dell'economia in Europa e in Italia*, a cura di G. MONTANI e D. VELO, Milano 2000.

(109) Cfr. *L'Europa a geometria variabile: transizione verso l'integrazione*, a cura di P. MAILLET e D. VELO, L'Harmattan Italia, Torino 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

venti governativi dall'alto. Occorre invece uno sviluppo inedito di un'identità collettiva europea che superi il minimo denominatore comune, culturale o economico, costruito nei secoli e nell'esperienza comunitaria, e si qualifichi in senso politico e sociale al fine di determinare un consistente e sufficiente senso di appartenenza. Insomma, si pone — non da oggi, ma dai tempi di Spinelli e Albertini — il problema della definizione di un "popolo europeo" (110). Questo fu ed è compreso dai massimi dirigenti del MFE prevalentemente nel senso sociologico e storico-politico di "una comunità di cittadini che [sono] gravemente danneggiati nei loro interessi materiali e nelle loro esigenze ideali dalla crisi storica degli stati nazionali sovrani (i quali devono essere considerati illegittimi perché ormai strutturalmente incapaci di perseguire efficacemente i compiti — benessere economico, sicurezza, libertà — in funzione dei quali sono stati costruiti) e che [aspirano], sia pure confusamente, al superamento di questa situazione attraverso l'unità europea" (111). Non potendosi esprimere tale aspirazione nei limiti strutturali e procedurali nazionali, il compito dei "federalisti europei" è pertanto "di creare degli strumenti di azione politica sopranazionale in grado di permettere al popolo europeo di prendere coscienza della necessità di costruire la federazione europea attraverso il metodo costituente e di far valere questa volontà al di fuori dei

(110) Albertini, in particolare, ha dedicato, sulla scorta della base teorica di critica allo stato nazionale costruita nei suoi libri più importanti, scritti e iniziative costanti nel tempo alla chiarificazione del concetto (e al "censimento") del popolo europeo, cfr. tra gli altri M. ALBERTINI, *La nascita del popolo europeo*, in "Europa federata", 25. 1. 1956, ora in ID., *Una rivoluzione pacifica. Dalle nazioni all'Europa*, cit., pp. 85-90; *L'Europe des états, l'Europe du marché commun et l'Europe du peuple fédéral européen*, "Il Federalista", IV, 1962, 2, pp. 187-193; *Il censimento volontario del popolo federale europeo*, "Il Giornale del censimento", 1966, 3, ora in ID., *Una rivoluzione pacifica*, cit., pp. 145-152; *L'identità europea*, "Il Federalista", XIX, 1977, 3, pp. 180-183; *L'Europa sulla soglia dell'Unione*, ivi, XXVIII, 1986, 1, pp. 25-37; *Un progetto di manifesto del federalismo europeo*, ivi, XXXIV, 1992, 1, pp. 71-89; *La strategia della lotta per l'Europa*, ivi, XXXVIII, 1996, 1, pp. 55-67. Per la ricostruzione della questione del "popolo europeo" nell'esperienza del MFE cfr. l'*Introduzione* di S. PISTONE alla ristampa anastatica del periodico spinelliano "Popolo Europeo", 1958-1964, a cura della Consulta Europea del Consiglio Regionale del Piemonte, Industria grafica ed Editoriale, Torino 2001, pp. 9-25.

(111) Ivi, p. 15. Cfr. anche PUBLIUS, *Una Costituzione federale per l'Europa*, "Il Federalista", XLII, 2000, 3, p. 302.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condizionamenti prodotti dalle istituzioni politiche nazionali" (112). Il "popolo europeo", in tale accezione, è identificabile dunque potenzialmente con tutti i cittadini europei (europeismo organizzabile), a partire però dall'avanguardia dei più consapevoli eurofederalisti che mobilità il corpo grosso di coloro che non hanno "coscienza" di esserlo (europeismo organizzato, ovvero, con le parole di Albertini, "il popolo europeo ha la realtà dell'azione politica dei federalisti che hanno capito" (113). È evidente, da tale impianto, la connotazione movimentista e ideologica che tradisce sfumature di una sorta di "leninismo europeista", nel senso dell'avanguardia cosciente che dirige e organizza la spontaneità, aspetto che d'altra parte è connesso con la formazione originaria del primo fondatore del MFE.

In coerenza con quanto detto si realizza l'impegno a mobilitare, tramite campagne propagandistiche (a partire dall'iniziativa, poi fallita, del Congresso del popolo europeo (114) mirante a ottenere legittimità democratica e peso politico indispensabili per forzare i governi alla convocazione della costituente europea) e referendarie negli anni '60 e '70. Un movimento che trova nuova motivazione, anche sul piano ideale, dall'obiettivo dell'elezione diretta del Parlamento europeo raggiunto nel 1979, una tappa che conferisce visibilità inedita a una sorta di soggetto politico parzialmente rappresentativo, l'insieme degli elettori europei, che sembra dare maggiore concretezza al discorso del "popolo europeo" (115). In conclusione, la concezione "federalista europea" del "popolo europeo" si pone nei limiti della costruzione di un movimento sempre più vasto e capace di maturare nel frattempo, grazie alla mobilitazione e all'azione di chiarimento e di propaganda ideologica e politica, "un vincolo di identità politica, sociale, culturale e il senso di appartenenza e di identificazione con un organismo comune avvertito come tale e al cui sviluppo si sentano partecipi" (116). Di qui lo sviluppo

(112) *Ibidem*.

(113) Cfr. ALBERTINI, *La nascita del popolo europeo*, cit., p. 90.

(114) Cfr. C. ROGNONI VERCELLI, *Il Congresso del popolo europeo*, in *I movimenti per l'unità europea 1954-1969*, cit., pp. 373-398.

(115) Cfr. le interessanti considerazioni di G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma 2001, pp. 77-99.

(116) Cfr. U. MORELLI, *La Costituzione europea: il modello federalista*, in *Diritti e*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necessario di un *ethos* condiviso, la creazione di un *demos* a partire dal dato consistente del corpo elettorale europeo da uniformare tramite l'istituzione di un unico sistema elettorale e dall'estensione dei diritti di cittadinanza, e di un *ethnos* che si consolidi grazie al dialogo interculturale, scambi scolastici, programmi televisivi comuni, ecc. Tutto ciò, però, è ritenuto possibile solo a seguito dell'istituzione di un livello di statualità europea che è conseguenza dell'approvazione di una costituzione continentale: non esiste un prima e un dopo, vi è un processo circolare, "stato e popolo nascono insieme". Come d'altra parte, si afferma, è avvenuto nel processo di formazione degli stati nazionali nell'Ottocento.

Da questa ricostruzione, per quanto succinta, si comprende come sia ben presente (e condivisibile) nella posizione "federalista europea" la visione progressiva del "popolo europeo" sotto il profilo sociologico, storico-politico, ideologico e movimentistico. A essa manca, però, un'impostazione e una soluzione convincente sul piano della giustificazione filosofico-giuridica e istituzionale, ai fini della legittimazione del soggetto del potere costituente europeo. Tale carenza non è casuale, ma corrisponde a una più generale aporia caratterizzante il pensiero federalista (tranne alcune eccezioni, come Trentin) rispetto alla problematica europea. Ciò si riflette sulle difficoltà, che gli vengono poste in quanto paradigma positivo di superamento effettivo della sovranità statalnazionale, dall'esistenza di forti identità nazionali e strutture statali che si oppongono tenacemente a passaggi decisivi in direzione di un livello solido di federalità europea.

7. *L'approdo federale derivante dal "paradigma comunicativo" di Habermas.*

Proprio l'aporia sopraddetta nella posizione eurofederalista a proposito della fondazione e della definizione teoriche del "popolo

---

costituzione nell'Unione Europea. La Carta dei diritti nell'ottica del costituzionalismo europeo, a cura di G. ZAGREBELSKY, Laterza, Roma/Bari 2002, p. 49. Ringrazio S. Dellavalle per avermi dato la possibilità di consultare questa pubblicazione ancora in bozza provvisoria. Cfr. anche L. LEVI, *Quali istituzioni per l'Europa? Modelli costituzionali a confronto*, in *L'Unione Europea e le sfide del XXI secolo*, a cura di U. MORELLI, Celid, Torino 2000, pp. 191-214. Sullo sviluppo storico dell'identità europea cfr. H. MIKKELI, *Europa. Storia di un'idea e di un'identità*, Il Mulino, Bologna 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

europeo", e della conseguente lacunosità nel processo teorico di legittimazione di un "potere costituente" europeo, fa apprezzare il tentativo di critica alla sovranità dello stato-nazione e di elaborazione federaleuropeista proveniente dalla filosofia habermasiana della comunicazione e dell'approccio discorsivo. Non voglio affermare che Habermas sia inquadrabile nella tradizione di pensiero federalista. Tuttavia, soprattutto nelle opere dell'ultimo decennio (117), il filosofo francofortese chiarendo bene quali limiti incontri lo stato nazionale — nell'epoca della sua crisi — dalla doppia contestazione mossagli dal multiculturalismo all'interno e dalla globalizzazione all'esterno, arriva a chiedersi se all'interno di tale forma politica esista ancora oggi "la possibilità di coniugare "nazione dei cittadini" e "nazione etnica", ordine giuridico e cultura popolare" (118). Di qui procede ad affermare la necessità di un non impossibile allargamento della democrazia, oltre i confini dello stato nazionale, nella federazione europea (119). Questo approdo certamente lo colloca, pur con la sua peculiare argomentazione, in una posizione convergente con l'europeismo federalista. A mio avviso, il suo impegno si rivela particolarmente prezioso nel contrastare l'euroscetticismo ricorrente in merito al problema del superamento del deficit democratico europeo e dell'individuazione di un legittimo e

(117) Cfr. in particolare tra gli scritti più recenti: J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992 (trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPA, Guerini, Milano 1996); *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1996 (trad. it. *L'inclusione dell'altro*, a cura di L. CEPPA, Feltrinelli, Milano 1998); *Die Postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1998 (trad. it. *La costellazione postnazionale*, cit.); *Si, voglio una Costituzione per l'Europa federale*, 2000, in *http://www.caffeeuropa.it/attualita/112 attualitahabermas.hatml; Warum braucht Europa eine Verfassung?*, 2001, in *http://www.zeit.de/2001/27/Politik/200127-verfassung-lang-html* (trad. it. *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in *Diritti e costituzione nell'Unione Europea. La Carta dei diritti nell'ottica del costituzionalismo europeo*, cit., pp. 63-79). Sul rapporto tra tale concezione e le dimensioni dell'etica, della morale e del diritto cfr. anche L. CEPPA, *Pluralismo etico e universalismo morale in Habermas*, "Teoria politica", 1997, n. 2, pp. 97-112.

(118) Cfr. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 130.

(119) Cfr. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, cit., p. 63: "In effetti, la sfida non consiste tanto nell'invenzione di qualcosa di nuovo, ma piuttosto nella conservazione delle grandi conquiste dello stato nazionale europeo anche oltre le frontiere della nazione e in un altro formato".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coerentemente fondato soggetto costituente europeo, appunto il "popolo europeo". Per illustrare tale opinione, vorrei qui utilizzare, in proposito, l'interessante e originale chiave di lettura del contributo filosofico-politico habermasiano proposta da Sergio Dellavalle in relazione al problema del superamento del concetto esclusivo di cittadinanza statalnazionale, in collegamento con la problematica della "costituzionalizzazione" europea (120). Nel libro di Dellavalle si può seguire l'elaborazione comparata degli elementi concettuali del "paradigma comunicativo" — che vi si fa sfruttando un ingegnoso schematismo che contrappone i tre paradigmi fondamentali delle idee di nazione, cittadinanza e popolo: "l'olistico" (121), "l'individua-

(120) S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Giuffrè, Milano 2002.

(121) Scrive Dellavalle, ivi, che, secondo l'approccio olistico (discusso alle pp. 94-175), "il popolo nella sua totalità rappresenta un'entità ontologicamente diversa e assiologicamente superiore rispetto alla somma degli individui che lo compongono" (p. 10). Di conseguenza alla base del modello olistico dev'esserci "una base comunicativa condivisa" di valori sostantivi tra cui centralità assume la nazionalità, che i suoi sostenitori "identificano erroneamente in forma esclusiva con la comunità linguistica che sta alla base della nazione — quale presupposto non neutrale per lo svolgersi corretto dei processi deliberativi che contraddistinguono la democrazia" (p. 11). Ne consegue l'opposizione euroscettica, "nostalgica" o "capziosa" (p. 201) a sviluppi europei che oltrepassino la soglia di una confederazione di nazioni ("Europa delle patrie") in direzione di una unità federale. Di qui la contrarietà a che si parli di "potere costituente europeo". In merito cfr. anche la discussione tra D. GRIMM (*Una costituzione per l'Europa?*) e J. HABERMAS (*Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*) ne *Il futuro della costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER, Einaudi, Torino 1996, pp. 339-376.

In realtà, va fatto un appunto alla trattazione riservata da Dellavalle al "paradigma olistico" nel passo che riguarda la pretesa dell'esistenza di un'effettiva e completa unità sostanziale identitaria a livello nazionale e della conseguente "comunicazione nazionale". Nel senso che Dellavalle concede troppo a tale asserzione. È vero che il fondamento di questa è più rilevabile, benché con limiti storici visibili, in stati come la Germania o la Francia. Esso è, però, posto in seria discussione a partire dalla seconda metà del Novecento in stati come il Belgio e, in misura minore, in Italia o in Spagna, da parte degli orientamenti ideali e dei movimenti che si rifanno alle minoranze o alle forti identità regionali, alle cosiddette "nazioni senza stato". Sul problema dell'identità nazionale italiana formano, per esempio, un interessante contrappunto le due opere che, con diversa ottica, metodologia e argomentazione, si pongono fino a oggi come il punto iniziale e finale di tale riflessione: cfr. G. BOLLATI, *L'italiano*, Einaudi, Torino 1983; E. GALLI DELLA LOGGIA, *L'identità italiana*, Il Mulino, Bologna 1998. Da più parti si afferma la rimessa in questione delle "identità nazionali", per "decostruirle" nelle componenti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

listico" (122) e, appunto, il "comunicativo" —, e delle conseguenze della sua applicazione all'idea della costituzione europea. La tesi di Dellavalle è che il paradigma habermasiano è in grado di far superare i limiti sostanziali o formali degli altri due, ed è capace di rispondere positivamente all'esigenza fondamentale "di individuare un'arena specificamente europea, la quale soddisfi i criteri di una comunicazione autenticamente politica, senza per questo dover ricadere sui contenuti dell'identità culturale degli stati-nazione o pretendere di creare — o riscoprire — un'improbabile omogeneità europea" (123). In sostanza, secondo Dellavalle, il "paradigma comunicativo" fornisce le basi concettuali per separare in modo coerente il momento dell'interazione politica da quello dell'identità nazionale, culturale e religiosa, ovvero la nazionalità dalla cittadinanza, rendendo possibile il processo di creazione di un soggetto, di un'iden-

---

regionali etnico-storiche e ulteriormente restringerne la portata a fini politici. Su ciò si sono ampiamente espressi anche pensatori federalisti come Elazar e Albertini. Per un'informazione introduttiva a questo complesso problema — che non è possibile approfondire in questa sede — si rinvia a: A. MELUCCI, M. DIANI, *Nazioni senza stato. I movimenti etnico-nazionali in Occidente*, Loescher, Torino 1983; A. CHITI BATELLI, *La dimensione europea delle autonomie e l'Italia*, Angeli, Milano 1984; *Letture su stato nazionale e nazionalismo*, a cura di L. LEVI, Celid, Torino 1995; *Nazionalismi e conflitti etnici nell'Europa orientale*, a cura di M. BUTTINO e G. RUTTO, Feltrinelli, Milano 1997 (di cui si segnala il contributo di C. LIERMANN, *Intellettuali e questione nazionale in Germania oggi*, pp. 51-64).

(122) Scrive DELLAVALLE, ivi, che, secondo l'approccio individualistico (discusso alle pp. 176-205), "l'insieme socio-politico altro non è che la somma ordinata dei singoli che lo costituiscono" (p. 10). Secondo tale concezione, che vede nella convivenza socio-politica una questione di mera opportunità, priva di dimensione assiopoietica, uno sviluppo istituzionale verso l'unificazione europea, ovvero verso la creazione di un grado di sovranazionalità europea, reso necessario dallo sfaldamento della statualità tradizionale, "va considerato come positivo nella misura in cui ottimizza le possibilità di benessere dei singoli" (p. 11). È connaturato a tale approccio, estrinsecantesi nella formazione di una "teoria della sovranazionalità", l'insufficiente "riflessione sulle condizioni di legittimità delle istituzioni europee, la quale non può limitarsi alla garanzia del maggior numero possibile di opzioni per i singoli, bensì deve basarsi sulla consapevole investitura da parte di una cittadinanza europea chiamata a esercitare il suo potere sovrano". Se pur dunque i sostenitori dell'approccio individualistico danno supporto concettuale alla formazione di un "potere costituente europeo", ciò avviene "al prezzo di un grave impoverimento della dimensione normativa della legittimità del potere politico" (*ibidem*).

(123) Ivi, p. 203.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tità e di una sfera di attività politica finalizzati alla produzione di una costituzione unitaria europea non confliggente con le esigenze nazionali.

In estrema sintesi, il "paradigma comunicativo" afferma che l'individuo, "visto come inserito in una rete di interazioni le quali si estendono su tutta la sua sfera esperienziale e nelle quali si realizza la sintesi tra il momento dell'individualità autoreferenziale e quello dell'appartenenza sociale" (124), grazie alla sua razionalità teleologica e alla strategia comunicativa — che gli impone di confrontarsi con gli altri sui fini e sui contenuti dell'agire attraverso un discorso che, per realizzarsi positivamente, dev'esser rispettoso, tollerante, pronto a riconoscere pari dignità e validità agli argomenti altrui — può raggiungere una verità consensualmente definita attraverso l'uso del "principio del miglior argomento". Questa concezione delle relazioni interpersonali, non escludente terzi in nome di chiusure nascenti da appartenenze religiose, cultural-linguistiche o d'altro tipo, né tendente alla massimizzazione del vantaggio individuale (perciò sfuggente ai limiti intrinseci dei primi due paradigmi), può esser applicata pragmaticamente nell'ambito della politica, della morale e dell'etica ottenendo risultati più o meno soddisfacenti. Il punto cruciale, però, secondo Dellavalle, sta nel fatto che il "paradigma comunicativo" consente di distinguere chiaramente il "codice" interattivo che presiede ai vari tipi di "comunicazione" pratica, ovvero politica, morale ed etica. Per cui, sottolinea Dellavalle, "proprio questa attenzione nel tenere rigorosamente distinti i discorsi che, seppur storicamente sovrapposti, procedono concettualmente sulla base di codici diversi, ci permette di applicare con profitto il paradigma comunicativo alla questione del costituzionalismo europeo e, in particolare, alla tematica dell'articolazione teorica dei fondamenti di quello che potrebbe esser definito un "potere costituente europeo"" (125).

Poste tali premesse, nella prospettiva della creazione di una fonte di legittimità per il soggetto europeo, si rende possibile svincolare nella sfera dell'etica (che risponde alla domanda generale "come vogliamo vivere?") il piano dell'integrazione di determinati

(124) Ivi, p. 206.
(125) Ivi, p. 210.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gruppi e subculture nazionali e infranazionali da quello dell'astratta integrazione politica, che riguarda in modo uniforme tutti i cittadini di un aggregato più vasto. Mentre sul primo piano avviene l'interazione tra i membri di una comunità unita da valori sostantivi (fede religiosa, tradizioni culturali, appartenenze linguistiche, ecc.), sul secondo si sviluppa il confronto tra semplici cittadini per determinare consensualmente — pur sempre nel rispetto dei valori predetti — le forme della convivenza politica, che si traducono nei valori che presiedono alle formule del diritto a partire dalle norme costituzionali, e nelle istituzioni con queste coerenti. Tale distinzione rende possibile scindere la specificità dell'aspetto nazionale da quella dello stato di diritto, l'appartenenza culturale dalla cittadinanza. Rispetto allo stato nazionale, che storicamente invece ha mescolato inestricabilmente questi due piani, ciò implica un'inversione radicale di marcia (ma non un suo superamento, se con tale termine si intende la sua sparizione). In realtà, come afferma Habermas, quel che è sempre più impellente fare — nella situazione di avanzante multiculturalità e in un'Europa che vuole mandar avanti il processo di unione sempre più intima previsto nei preamboli dei trattati comunitari — è proprio la separazione della miscela perversa di interazione politica e culturale, di identità, di appartenenze nazionali e cittadinanza politica, al fine di arrivare a definire un "popolo" di cittadini svincolato da legami prepolitici. Gli individui del "paradigma comunicativo", impegnati nell'interazione pragmatica sul piano etico, giungono così in ultima istanza a costituire un "insieme di cittadini di una collettività politica, […] cittadini dello stato democratico di diritto […], autori delle leggi, nei confronti delle quali, in quanto destinatari delle medesime, sono tenuti all'obbedienza" (126). Il cemento che unisce un siffatto "insieme popolare" non può naturalmente essere l'olistico patriottismo nazionale, ma il "patriottismo costituzionale" e, nella fattispecie, un patriottismo costituzionale europeo (127). A questo genere di "popolo" appartiene anche

(126) Ivi, p. 216.

(127) Una lettura critica dell'analisi habermasiana, specie in relazione all'argomentazione del concetto di "patriottismo della costituzione" si ha in G.E. Rusconi, *Se cessiamo di essere una nazione*, Il Mulino, Bologna 1993, pp. 126-135. Di Rusconi, il quale, pur con ricorrenti riflessioni tendenzialmente scettiche, afferma di credere alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'identità del "popolo europeo", da cui può scaturire un nuovo potere costituente. Scrive Dellavalle: "Grazie alla distinzione concettuale tra la dimensione dell'integrazione politica dei cittadini e quella dell'appartenenza culturale, etnica e nazionale, diventa cioè possibile ipotizzare una sfera politica europea, sostenuta dalle istituzioni di una crescente società civile integrata, il cui codice comunicativo consista nella formulazione e legittimazione delle norme che già oggi coinvolgono tutti i cittadini europei in quanto tali" (128). E verrebbe, per questa via, sanato il deficit democratico che affligge le istituzioni create nel corso del processo di costruzione comunitaria e confederale dell'Unione Europea. In conclusione, l'elaborazione habermasiana sarebbe l'unica capace di fornire "una base normativamente accettabile all'individuazione di un potere costituente specificamente europeo" (129). In conformità con essa, l'Unione Europea sarebbe considerata alla stregua di uno stato federale sovranazionale, dotata di una propria specie di sovranità con proprie istituzioni democratiche scaturenti dalla legittimazione del "popolo dei cittadini europei". In effetti Habermas ha sostenuto e sostiene con forza l'opzione federale europea all'interno di quella che chiama la "costellazione postnazionale" nell'epoca della globalizzazione.

8. *Un nuovo paradigma "federalista-comunicativo" funzionale all'unità statale europea?*

L'interessante punto di vista habermasiano riproposto da Dellavalle, nell'indicare l'idoneità del "paradigma comunicativo" in funzione della "costituzione" europea attraverso il "popolo europeo" inteso come potere costituente (130), mi pare del tutto condi-

---

possibilità del costituirsi di un *demos* europeo a seguito dell'intensificazione della comunicazione sovranazionale, cfr.: *Patria e repubblica*, Il Mulino, Bologna 1997, pp. 84-93; *Cittadinanza e costituzione*, in *Identità culturale europea*, a cura di L. PASSERINI, La Nuova Italia, Firenze 1998, pp. 133-153; *Appartenenza e cittadinanza tra dimensione nazionale e dimensione europea. Intervista*, in *Interviste sull'Europa*, a cura di A. LORETONI, Carocci, Roma 2001, pp. 121-136.

(128) *Ibidem*.

(129) Ivi, p. 217.

(130) Già nelle pagine introduttive (p. 11), Dellavalle afferma che "soltanto l'apparato concettuale che [il paradigma comunicativo] mette a disposizione permette

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

visibile per i federalisti, soprattutto per le risposte che dà alle argomentazioni sottostanti ai paradigmi "olistico" e "individualistico". Spiace però che esso sembri escludere un ruolo concorrente della critica federalista su problemi sui quali — con differenti approccio e metodologia — essa si confronta da molto tempo prima di Habermas. Proprio il fatto che lo scritto di Dellavalle (ma anche l'opera di Habermas) manchi di un serio confronto con la problematica federalista più tipica e tradizionale, dovrebbe indurre a riflettere se ciò non avvenga anche per responsabilità del federalismo, inteso come movimento intellettuale prima ancora che politico. In effetti, spesso vengono avanzate al federalismo (specie a quello "europeo") obiezioni di varia natura e non sempre giustificate. Per esempio, si dice che esso si misurerebbe con un paradigma tradizionale e superato della sovranità, con ciò volendosi intendere che la trasformazione (o la presunta sparizione) in corso delle sovranità statali avrebbe messo fuori gioco altresì le critiche mosse all'interno di un apparato categoriale imperniato sulla coppia federazione-confederazione, che si appunta in modo forte sulla critica della sovranità unitaria, assoluta ed esclusiva dello stato moderno. Si avrebbe pertanto un conseguente "spaesamento" per tutta la posizione "federalista europea". Si dice, poi, che sul "popolo europeo" questa oscillerebbe in misura eccessiva tra i due poli del "dover essere" e del movimentismo ideologico. Per usare una terminologia weberiana, si potrebbe tradurre tale critica affermando che il "federalismo europeo" si fonderebbe più su un'"etica della convinzione" che non su un'"etica della responsabilità". Tali critiche si manifestano in modo ancor più marcato allorché si toccano i temi della costituzione europea intesa in senso forte e pieno. Anche in questo caso, l'entrata in crisi del paradigma costituente tradizionale trascinerebbe con sé anche le posizioni che vedono in un modello federale europeo incentrato sul parlamento e sul governo responsa-

---

infatti di differenziare sufficientemente i modi d'essere del singolo, spiegandone l'appartenenza non contraddittoria a diverse realtà: alla comunità culturale e/o nazionale, alla collettività politica e all'insieme di tutti gli esseri umani. Distinguendo tra l'appartenenza culturale e/o nazionale e quella politica, il paradigma comunicativo dischiude la possibilità di definire con precisione una sfera specificamente europea dell'interazione politica, la quale va al di là della comunicazione nazionale, senza per questo coincidere riduttivamente con la mera tutela prepolitica degli interessi del *bourgeois*".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bile il superamento del deficit democratico dell'Unione. Si tratta di obiezioni complesse, di cui occorre tener conto, anche se talora ingenerose e ingiustificate. Si potrebbe rispondere con vari argomenti. Per esempio, che in verità oggi si assiste piuttosto a un inopinato recupero di poteri da parte degli stati nazionali dopo la lunga fase della divisione del mondo in blocchi contrapposti; che la perdita di senso del paradigma costituente tradizionale, con tutto quel che ne consegue, è un fenomeno ben chiaro sia a pensatori federalisti integrali come Rosselli e Trentin, sia a "federalisti europei" come Spinelli. E rimandare alla lettura e alla riflessione su questi autori. Ma sarebbero polemiche sterili che non aiuterebbero nell'opera di costruzione di un'Europa unita.

Tutto ciò premesso, perciò, ci si dovrebbe domandare se non sia plausibile e auspicabile una ridefinizione della critica federalista alla sovranità statalnazionale, ferme restandone le finalità generali, ai fini dell'implementazione della sua funzionalità rispetto alla tematica europeista. Penso che ciò si possa produrre a partire dall'elaborazione di un nuovo paradigma federalista, più specifico e più coerente, quindi più condivisibile sul piano teorico anche da cerchie più larghe, che riformuli e sfrutti adeguatamente i motivi ricavabili dalla letteratura presentata in questo saggio e li rielabori coniugandoli con il "paradigma comunicativo", che non appare, tutto sommato, così distante. Il paragrafo che segue è perciò dedicato a questo tentativo teorico, nel presupposto evidente che non vi sia inconciliabilità tra l'impianto "comunicativo" e quello federalista, come d'altra parte dimostra l'approdo teorico-politico del pensiero di Habermas.

Parto dalla premessa, enunciata al paragrafo 2., che l'archetipo federalista sia dato dalla convergenza nell'analisi delle esperienze qualificanti della modernità — tanto in quella sovrastatale centripeta del *Federalist* che in quella del federalismo infranazionale centrifugo rinvenibile nella vicenda del girondinismo e, per esempio, nelle teorie anticentraliste di Proudhon e Cattaneo — di diverse correnti di pensiero che però possono esser ricondotte a una teoria unitaria, peraltro tentata nell'Ottocento dallo stesso Proudhon nello scritto *Du principe fédératif* (131). Il contesto teorico generale che tutte le ricomprende è quello del contrattualismo giusnaturalista moderno,

(131) Su ciò si rinvia a MALANDRINO, *Federalismo*, cit., pp. 11-57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come si può constatare dalle teorie dei padri della costituzione federale americana, di cui è stata dimostrata in modo convincente la filiazione dalle concezioni teologico-federali dei primi coloni americani (132). A mio avviso l'impianto federalista che se ne può desumere è singolarmente vicino a quello "comunicativo", e ciò può spiegare la confluenza delle specifiche proposte sul piano europeo. Vediamo allora come si può configurare tale fondazione federal-comunicativa.

La radice semantica delle parole "federale" e "federalismo" si trova nel vocabolo latino "*foedus*", che significa alleanza, trattato, patto, convenzione. Fin dalle origini, constatabili nella cultura latina e tramandate in quella europea occidentale, il fenomeno federale s'incardina sul concetto di un rapporto politico convenzionale e pattizio basato sulla reciproca fiducia (*fides*) dei contraenti e non sulla forza. In linea di principio, è la fede liberamente e mutualmente data che crea un'organizzazione comune e obbliga i membri di tale alleanza, più o meno durevole, a comunicarsi prestazioni, aiuto, diritti. Come è visto l'individuo capace di *foedus* e di *fides*? È un individuo-soggetto (persona individuale o gruppo formato da individui distinti con interessi comuni) che è identificabile esclusivamente dalla sua propensione e capacità positiva di contrarre e sottoscrivere un patto di fiducia con altri individui-soggetti. Ciò esclude che possa esser concepito soltanto come una monade chiusa in sé o prevalentemente egoista, poiché deve poter entrare in contatto con altri interlocutori e intrattenere rapporti in cui concede e riceve fiducia allo scopo di sottoscrivere il patto. A tal fine è necessario un confronto dialogico nel corso del quale sono portati in discussione gli argomenti migliori da entrambe le parti e, al termine, con la sottoscrizione del patto, vi sarà un riconoscimento del risultato su una base di rispetto reciproco: il *foedus* crea una comunità politica di eguali godenti pari dignità e riceventi pari soddisfazione

(132) Cfr. C. S. McCoy, *Die Bundestradition in Theologie und politischer Ethik. Anmerkungen zum Verständnis von Verfassung und Gesellschaft der USA*, in *Konsens und Konsoziation in der politischen Theorie des frühen Föderalismus*, a cura di G. Duso, W. Krawietz e D. Wyduckel, Duncker & Humblot, Berlin 1997, pp. 29-46; Id. e J. W. Baker, *Fountainhead of Federalism. Heinrich Bullinger and the Covenantal Tradition,* Louisville (Kentucky), Westminster/J. Knox Press, 1991; C. Malandrino, *Teologia federale*, "Il Pensiero politico", XXXII, 1999, n. 3, pp. 427-446.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli interessi. In tal senso è anche una comunità che vive nel segno della libertà e della giustizia.

Mi pare che la figura teorica così delineata possa suffragare una immedesimazione tra l'individuo-soggetto federativo e quello "comunicativo", nel senso almeno che sia possibile affermare che il primo è necessariamente anche coincidente con il carattere "comunicativo" del secondo, mentre non si può dire altrettanto del secondo, che non necessariamente deve predisporsi alla sottoscrizione di un patto federale per conseguire il suo scopo. Va da sé che l'individuo-soggetto federativo non è contenibile nell'approccio individualistico (ed è evidentemente lontanissimo da quello olistico). Infatti l'individuo "individualistico", nel suo impianto egoista, può avere generica propensione a stipulare patti politici, ma non ha predisposizione determinata al "patto di fiducia" federale e all'ingresso in intense e fruttuose relazioni comunitarie, mentre tale caratteristica è centrale per l'individuo federativo. L'individuo-soggetto federativo è teleologico nel suo agire in quanto vuol raggiungere lo scopo di una vita comunitaria e sociale grazie al patto, che rappresenta il suo strumento di iniziativa strategica. La razionalità teleologica e strategica dell'individuo-soggetto federativo si attua dunque attraverso un confronto necessariamente verbale (la comunicazione argomentata di volontà al fine della giustificazione delle intenzioni e della legittimazione delle forme del patto) ed extraverbale (le relazioni personali in senso lato, le procedure del patto stesso, ecc.). In conclusione: l'individuo-soggetto federativo è necessariamente un soggetto che comunica al modo habermasiano, nel senso che, come scrive Dellavalle, "mira al raggiungimento di un accordo condiviso tra tutti i cointeressati, sulla base di un confronto aperto sui fini e sui contenuti dell'agire" (133). Rispetto ai limiti messi in mostra dal "paradigma comunicativo" sul piano politico interno e internazionale (134), però, quello federalista può forse intervenire con maggiore efficacia sulla prassi politica, grazie alla ricchezza pragmatica della teoria federalista dello stato (che si traduce anche, e soprattutto, nella teoria dello stato federale), a partire appunto dall'esperienza americana fino a quelle ottocentesche e novecente-

(133) Cfr. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo?*, cit., p. 208.

(134) Ivi, pp. 208-209 e 221-225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sche, europee e globali. Ciò dimostra la maggiore pertinenza del punto di vista federalista rispetto ai temi in discussione e la sua migliore applicabilità. Non a caso è cresciuto enormemente, come dimostra Elazar, il numero degli stati inquadrabili in maggior o minor misura nel contesto istituzionale federale. Il patto federale, infatti, non neutralizza gli interessi diversi, ma al contrario è concepito per unire le diversità rispettandole, trovando un compromesso elastico, modificabile nello spazio e nel tempo, accettabile da coloro che intendono partecipare all'unione tra eguali. Il cemento che unisce i membri del patto federale non può esser altro che un forte patriottismo repubblicano e costituzionale. Il *foedus* è la premessa della "carta" in cui vengono fissati valori e princìpi fondamentali, diritti e doveri, che stanno alla base del patriottismo federativo-costituzionale.

Gli individui-soggetti federativi esplicano la loro attività nei vari livelli di esistenza che coincidono con diversi piani di aggregazione sociale e politica, legandosi ai valori culturali e sostantivi specifici di ognuno di questi, pur rimanendo capaci di esperienze plurali e di appartenenze plurali. Dal loro vario e necessario entrare in rapporti pattizi su ognuno di tali livelli si genera una pluralità di patti federali, e di popoli federali, dai quali promana nel contempo una pluralità di poteri costitutivi (o "costituenti") federali infranazionali, nazionali e sovranazionali (135). Di qui scorre la sorgente di legittimazione po-

(135) D'altra parte una simile considerazione della cittadinanza in relazione al formarsi delle sovranità condivise sta alla base dell'approccio del federalismo moderno derivante dall'esperienza americana, cfr. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, cit., p. 297: "[Il concetto nuovo di federalismo] poggia sull'idea che in un sistema federale di governo ogni cittadino appartenga a due comunità, quella del suo stato e quella della nazione; che questi due livelli di comunità debbano esser nettamente distinti e che ognuno di essi debba essere provvisto del proprio governo; e che nella strutturazione del governo della comunità più estesa gli stati componenti debbano giocare un preciso ruolo nella loro qualità di stati". Cfr. anche ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, cit., pp. 34-35: "In effetti il significato profondo della soluzione federale americana fu quello di escogitare un modo di eludere il problema della sovranità esclusiva degli stati [...] Invece di accettare le concezioni europee del XVI secolo dello stato sovrano, gli americani considerarono che la sovranità appartenesse al popolo. Le varie unità di governo — federali, statali e locali — potevano esercitare solo poteri delegati. Così era possibile che il popolo sovrano delegasse i suoi poteri al governo generale e a quelli costitutivi senza incappare, di norma, nel problema di quali di essi possedesse la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

litica per ognuna delle forme statuali costituibili, corrispondenti ai rispettivi livelli di interazione politica. Gli individui-soggetti federativi sono considerabili pertanto nella sfera individuale-personale e in relazione ai gruppi di appartenenza già costituiti e legittimati: sono i "cittadini" presi singolarmente che, unitisi in popolo per una decisione esclusivamente politica, grazie a un patto "costituzionale" divengono in determinati periodi e contesti milanesi e parigini; piemontesi e bavaresi; italiani, francesi e tedeschi, ecc.; infine europei. Tutto ciò avviene senza che siano privati della genetica capacità di appartenere identitariamente ai gruppi-soggetti locali, regionali, nazionali o sovranazionali. Dal loro variegato complesso promana il "popolo" europeo, ovvero l'insieme di tutti questi individui-soggetti federativi, che si può concepire come "potere costituente" della futura federazione europea (136).

Posto che sia accettabile tale impianto teorico, l'obiezione può riguardare il posto e il ruolo che deve esser comunque detenuto

---

sovranità, eccetto che nel campo delle relazioni internazionali". Per popolo Elazar intende il "popolo federale" formato dall'unione dei cittadini-soggetti federativi. Tale circostanza è ricordata da Levi nel saggio introduttivo (*La federazione: costituzionalismo e democrazia*) alla cit. riedizione del *Federalista* del 1997, p. 36, laddove ricorda l'affermazione del deputato James Wilson nella Convenzione della Pennsylvania di ratifica della Costituzione federale: "Il supremo potere risiede nel popolo come fonte del governo… Esso può distribuirne una parte… ai governi degli stati e un'altra al governo degli Stati Uniti".

(136) Credo che non sia corretto, per le ragioni dette alla nota 121, contrapporre in assoluto la concretezza dei popoli fondati sull'identificazione nazionale all'astrattezza del "popolo europeo" nella definizione qui enunciata. In realtà, alcuni popoli nazionali europei (si pensi al Belgio) hanno un carattere di concretezza sostantiva non molto superiore a quello di un ipotetico popolo europeo. Ma anche altri (pochi) popoli di più sicure tradizioni e identità nazionali, come quelli francese e tedesco, subiscono negli ultimi decenni una contestazione crescente da parte delle originarie componenti minori etnico-culturali e dalle nuove immigrazioni di diversa cultura che chiedono di integrarsi e di contare politicamente. Per tutti gli stati nazionali vale sempre più in ultima istanza il ricorso al "plebiscito" soggettivistico di Renan. Ma mi chiedo: che cosa impedisce a un analogo "plebiscito" pensato in forma prevalentemente politica di applicarsi al caso europeo (magari in forma di referendum cui sottoporre un'eventuale carta costituzionale europea)? Quale ostacolo si pone al "popolo europeo" — nel più grande contesto globale — a concepirsi come costituito su una solidarietà fondata "sul sentimento dei sacrifici già fatti e di quelli che si è disposti a fare", sul passato di guerre dalle quali si vuol fuggire per sempre e sul presente dell'integrazione economica, sul consenso e sul "desiderio espresso chiaramente di continuare la vita in comune"?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dagli stati nazionali, che sono ancor oggi i soggetti aventi il maggior peso (se non esclusivo) in termini di identità nazionale e poteri sovrani in Europa. È evidente che non è ammissibile, per la natura stessa del paradigma appena enunciato, alcuna ipotesi di emarginazione o superamento degli stati nazionali, così come delle realtà regionali o locali. È anzi da supporre l'arricchimento dei loro aspetti etnico-culturali e sociali, nel mantenimento di precisi poteri nazionali di decisione di ultima istanza (penso, per esempio, al potere di grazia), e di competenze politico-amministrative per tutto ciò che attiene al territorio e alla popolazione di ognuno secondo un'ampia realizzazione del principio di sussidiarietà. Credo che il paradigma federalista-comunicativo testé tracciato possa ammettere agevolmente tutto ciò. Ma nel presupposto necessario del venir meno dell'esclusività e dell'assolutezza della sovranità nazionale, in quanto il paradigma federalista-comunicativo: *a*) proclama l'intangibilità dei valori e degli interessi sostantivi propri di ciascun livello di aggregazione socioculturale, purché naturalmente questi siano posti in modo da evitare che qualcuno di loro si trovi in conflitto irrimediabile sul piano politico con quelli di qualche altro livello di appartenenza; *b*) afferma la cittadinanza contestuale e plurale, quindi non crea subordinazione gerarchica tra le differenti forme in cui essa si esprime; *c*) sottolinea l'esigenza di un patriottismo costituzionale sia al livello nazionale che al livello europeo, lasciando campo libero allo sviluppo di patriottismi culturali, nel presupposto ammissibile che i secondi non si pongano in conflittualità con i primi; *d*) attesta, attraverso la teoria dello stato federale, che agli stati nazionali sia dato un ruolo di primo piano sia nella fase di costituzione della federazione europea con una presenza diretta, sia nella fase di istituzionalizzazione a regime, attraverso il modello parlamentare bicamerale e la costituzione di una Camera degli stati dotata di ampi poteri legislativi e di controllo politico. Del pari, il paradigma federalista comunicativo non si pone in contrasto irresolubile con le esigenze rappresentate nelle ipotesi di *multilevel systems of government*, in quanto può contemperare il contributo di partecipazione e direzione della cosa pubblica proveniente da vari soggetti pubblici e privati, statali e non, ai vari livelli di governo della statualità federale infra- e sovranazionale, pur mantenendo i caratteri di maggior

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definitezza istituzionale e di bilanciamento e separazione dei poteri sui piani verticale e orizzontale che gli sono propri (137).

Se il paradigma federalista-comunicativo qui abbozzato può risultare plausibile, ci si deve domandare in quale relazione si ponga con la tradizionale critica federalista alla sovranità dello stato nazionale e con la prospettiva di una costituzione federale europea. La prima risposta è che in entrambi i casi è possibile l'utile integrazione tra il nuovo e il vecchio paradigma. In effetti, è intrinseca al nuovo una concezione relativizzante e pluralistica delle sovranità statuali ai vari livelli, considerato il presupposto dell'esistenza di realtà statuali infra- e sovranazionali. Rispetto al vecchio, inoltre, il nuovo paradigma sopra delineato dà maggior concretezza e individualità al soggetto e al processo costituenti europei con l'indicare precisamente, in accordo col "paradigma comunicativo", l'identità di un possibile "popolo europeo" connotato politicamente e non affermato sulla scorta di asserzioni meramente prepolitiche di natura etnico-culturale, morale, ideologica o movimentistica.

---

(137) In questo senso mi pare che vadano a vuoto le critiche riprese da G. MARRAMAO, *L'Europa dopo il Leviatano. Unità e pluralità nel processo di costituzionalizzazione*, "Teoria politica", XVII, n. 2, 15-16 dicembre 2000, pp. 51-52 (sulla scorta, tra gli altri, di G. AMATO, *L'originalità istituzionale dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Un passato che passa? Germania e Italia tra memoria e prospettiva*, Atti del Seminario internazionale organizzato dal Comune di Roma in collaborazione con il Goethe Institut e la Fondazione Basso, Roma novembre 1996, raccolti a cura di G. Preterossi, intr. di G. Marramao, Roma, pp. 81-91 e 106-109) nei confronti di una pretesa "megasovranità europea" nell'ipotesi di una trasformazione in senso federale dell'UE. Al contrario, il modello federale nasce per assicurare, attraverso la condivisione delle sovranità una certezza istituzionale a livello di governo centrale insieme alla difesa delle diversità e dei rispettivi poteri dei componenti. Quanto al richiamo che Marramao fa alle analogie tra fase precedente il "modello Westfalia" e il prossimo futuro possibile della *multilevel governance*, vorrei precisare che è proprio questo il punto (risolto però in senso federalista) già segnalato da molti anni a questa parte da un pensatore come Elazar nel suo discorso su premodernità e postmodernità (cfr. *supra* par. 6. 2), ripreso da Th. Huglin nei suoi scritti althusiani e da ultimo nel libro *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Waterloo (Ontario), W. Laurier University Press, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ENZO CANNIZZARO

IL PLURALISMO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO EUROPEO E LA QUESTIONE DELLA SOVRANITÀ

1. Regole di conflitti nell'ordinamento dell'Unione europea. — 2. Pluralismo di ordinamenti e pluralismo all'interno di un ordinamento. — 3. Il monismo giuridico e la questione della sovranità. — 4. La trasformazione del concetto di sovranità: la sovranità istituzionale. — 5. *Segue.* La separazione dei poteri e la questione della sovranità normativa. — 6. Sovranità normativa e competenza normativa. — 7. La sovranità normativa come capacità di produzione giuridica. — 8. La sovranità come norma di soluzione dei conflitti. — 9. La sovranità normativa come autodeterminazione dell'ordinamento giuridico. — 10. La nozione normativa di sovranità in una prospettiva sistematica. — 11. Considerazioni conclusive.

1. *Regole di conflitti nell'ordinamento dell'Unione europea.*

Fra le caratteristiche dell'ordinamento europeo nei suoi rapporti con i preesistenti ordinamenti degli Stati membri, vi è l'assenza di una regola generalmente accettata di soluzione dei conflitti. Per meglio dire, questa assenza si nota solo per certi tipi di conflitti, mentre per altri la dinamica istituzionale ha consentito l'emergere di norme e pratiche comuni sia all'ordinamento dell'Unione che a quelli dei suoi Stati membri.

I conflitti fra norme comunitarie dotate di effetto diretto e norme legislative degli Stati membri sono ad esempio risolti attraverso una regola che ammette una soluzione univoca sia nell'ordinamento comunitario che in quelli degli Stati membri, ed impone al giudice l'applicazione delle prime e la disapplicazione delle seconde. Per la verità, questa conclusione è solo parzialmente corretta, in quanto si ha piuttosto un effetto identico, che fa però seguito all'applicazione di diverse regole di conflitto nei vari ordinamenti (1).

(1) Si veda la ricostruzione della regola rispettivamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (v. la sentenza *Simmenthal*, 9 marzo 1978,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Agli effetti pratici, tuttavia, quel che emerge è che l'effetto dell'applicazione di tali diverse regole conduce al medesimo risultato, il che può dar l'impressione che la regola sia la medesima.

Ma per altri tipi di conflitti, è chiaro non solo che le regole di soluzione sono diverse, ma che esse possono anche portare ad un risultato diverso. In questo caso occorre allora rassegnarsi a concludere che il conflitto non ammette una soluzione valida per qualsiasi prospettiva giuridica. Quando, ad esempio, le Corti costituzionali degli Stati membri si riservano il potere di sindacare la legittimità di atti normativi comunitari alla luce dei valori fondamentali del proprio ordinamento, esse non fanno che applicare una regola di soluzione dei conflitti che discende dalla propria Costituzione e la cui applicazione può produrre effetti irrimediabilmente incompatibili con quelli prodotti dalla regola di soluzione propria dell'ordinamento comunitario (2). Così anche quando il giudice interno rivendichi il proprio potere di negare applicazione ad una norma dell'Unione, ritenendo che essa sia stata adottata chiaramente al di fuori della sfera delle competenze attribuite a tale ente, esso non fa che applicare una regola di soluzione dei conflitti che ha validità solo nell'ambito del proprio ordinamento nazionale (3). In ambedue i casi la regola di soluzione dei conflitti propria dell'ordinamento dell'Unione è ben diversa, sia dal punto di vista procedurale che da

causa 106/77, in *Racc.*, 1978, p. 629 ss.), e nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali (v. la sentenza della Corte costituzionale italiana nella sentenza *Granital*, 8 giugno 1984, n. 170, e l'ordinanza della Corte costituzionale tedesca del 9 giugno 1971).

(2) Si vedano le sentenze della Corte costituzionale italiana nei casi *Frontini*, 27 dicembre 1973 n. 183, e *Fragd*, 21 aprile 1989 n. 232, e il celebre *Maastrichtsurteil* della Corte costituzionale tedesca del 12 ottobre 1993.

(3) Questa possibilità è stata prospettata nella sentenza della Corte costituzionale tedesca relativa alla legittimità costituzionale del trattato di Maastricht, menzionata sopra, nonché nella sentenza della Corte suprema danese del 6 aprile 1998, relativa anch'essa alla costituzionalità del trattato di Maastricht. Essa è stata recentemente ribadita dalla Corte costituzionale tedesca; v. in particolare la sentenza del 7 giugno 2000 che ha chiuso la complessa controversia relativa alla legittimità costituzionale del regolamento che aveva stabilito un mercato comune delle banane; controversia che è sembrata a lungo poter originare un conflitto radicale fra ordinamento costituzionale tedesco e ordinamento comunitario. La Corte ha peraltro evitato di trarre le conclusioni di questa regola e pervenire quindi ad una dichiarazione di incostituzionalità del diritto comunitario.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quello sostanziale, in quanto questo ordinamento appresta un proprio apparato giurisdizionale al quale è affidato il potere esclusivo di valutare la validità di atti comunitari nonché un proprio parametro di norme fondamentali rispetto ai quali tale giudizio va effettuato. Né mancano altri esempi di conflitti che non ammettono una soluzione univoca.

In una valutazione di tipo empirico, si potrebbe tracciare una distinzione fra conflitti del primo e conflitto del secondo tipo. I primi sono conflitti a basso contenuto valutativo, rispetto ai quali, generalmente, gli Stati membri ammettono una competenza esclusiva dell'ordinamento dell'Unione a dettare le regole di soluzione. I secondi sono invece conflitti nei quali si riflettono interessi e valori fondamentali, ovvero nei quali si riflette la capacità espansiva di un ordinamento a danno dell'altro, per i quali sembra indicata la formula dei conflitti di sovranità. Rispetto ai secondi, quindi, non solo gli ordinamenti degli Stati membri rifiutano di riconoscere la competenza esclusiva dell'Unione a disciplinarne l'esito; essi anzi, espressamente, si riservano il potere di disciplinarli, eventualmente in contrasto con le regole dell'Unione. Analizzando le regole di soluzione dei conflitti, nei loro reciproci rapporti, si può quindi osservare un fenomeno che emerge invero anche adottando un diverso punto di osservazione: gli ordinamenti degli Stati membri assumono, rispetto all'ordinamento dell'Unione, un atteggiamento che non è ispirato né ad una completa autonomia, né ad una completa integrazione. Essi cioè ammettono che l'Unione disciplini i conflitti fra norme dei diversi ordinamenti, ma solo fino ad un certo livello di intensità; si riservano invece di disciplinare autonomamente conflitti ad alto livello valutativo (4).

(4) Né il rilievo di questa osservazione diminuisce per il fatto che, al di là delle dichiarazioni di principio, un conflitto vero e proprio non si sia mai prodotto in quanto sia la Corte di giustizia che le Corti nazionali hanno utilizzato strumenti atti ad evitarne l'insorgere. Questo vuol dire, infatti, che il conflitto si è realmente prodotto, ma non è stato risolto attraverso regole di carattere giuridico, bensì attraverso regole di carattere politico. D'altra parte, proprio l'esistenza di diverse regole di soluzione di conflitti, atte a produrre soluzioni diverse ed incompatibili fra loro, finisce con il connotare il sistema, per modo che, al fine di evitare di produrre un conflitto dall'esito imprevedibile, i diversi attori del gioco istituzionale possono essere indotti ad operare comportamenti diversi da quelli che verrebbero presumibilmente adottati in un sistema di diverso tipo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche senza entrare nei dettagli tecnici di tale situazione, è chiaro che essa caratterizza un certo modo d'essere dell'ordinamento giuridico dell'integrazione europea. Per esso sembra appropriata la definizione di ordinamento pluralista, dato che esso è connotato dall'esistenza di una pluralità di punti di vista nell'ambito dei quali un determinato conflitto normativo può trovare soluzione, e, quindi, dall'assenza di una prospettiva unica, che assicuri una soluzione valida per tutto l'ordinamento (5).

L'ordinamento europeo appare come un ordinamento tendenzialmente pluralista in quanto al suo interno vi sono conflitti che vengono risolti in maniera diversa a seconda che ci si ponga nella prospettiva dell'ordinamento centrale o degli ordinamenti decentrati. Ciò non vuol dire, beninteso, che per ciascun conflitto di questo tipo vi sarà una paralisi dei meccanismi normativi e istituzionali, ma solo che non vi è una regola giuridica generalmente ammessa per la soluzione di essi. La soluzione può invece essere ricercata, e di fatto ciò è quello che avviene, attraverso l'applicazione di altri tipi di regole: in particolare, quando insorgono conflitti di questo tipo, essi vengono risolti attraverso dinamiche di tipo politico e istituzionale.

2. *Pluralismo di ordinamenti e pluralismo all'interno di un ordinamento.*

Il carattere pluralista dell'ordinamento dell'Unione riflette un particolare modo d'essere di tale ordinamento, insuscettibile di essere spiegato nell'ambito delle normali dinamiche ordinamentali dei sistemi di natura statuale. Il fatto è che i rapporti fra gli ordinamenti degli Stati membri non appaiono essenzialmente di tipo convenzionale, come accade nelle forme classiche di confederazione, né, d'altro lato, essi sono completamente spiegabili in uno schema concettuale di tipo federale, nel quale l'ordinamento centrale abbia completamente assorbito la sovranità dei suoi Stati membri.

Da un punto di vista storico non vi è dubbio che l'Unione sia un

(5) Ho utilizzato questo termine nello scritto *A Pluralist Constitution for a Pluralist Legal Order*, in *FIDE - XX Congress*, vol. I, a cura di Slynn e Andenas, London, 2002, p. 267 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ordinamento derivato da quello degli Stati membri, i quali infatti l'hanno istituito mediante un accordo internazionale. Da un lato, quindi, tale ordinamento svolgerebbe le sue vicende nell'ambito dell'ordinamento internazionale, e sarebbe soggetto alle regole di soluzione dei conflitti tipiche di esso; d'altro lato, il trattato istitutivo è stato reso esecutivo negli ordinamenti degli Stati membri attraverso un meccanismo di tipo normativo che costituisce il fondamento giuridico della sua osservanza. In questo ambito, l'ordinamento dell'Unione troverebbe quindi limite nelle potenzialità giuridiche dell'atto che ne assiste l'attuazione.

A queste prospettive, tuttavia se ne aggiunge una ulteriore. Secondo una visione accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (6), infatti, l'accordo originario costituirebbe solo il fondamento storico di un ordinamento che si sarebbe successivamente affermato per forza propria, assorbendo così, in una prospettiva federalista, gli ordinamenti degli Stati membri. Nei confronti di essi, quindi, l'ordinamento dell'Unione costituirebbe un ordinamento di carattere originario, e detterebbe proprie regole di conflitto atte a sostituire quelle di diritto internazionale o quelle del diritto interno degli Stati (7).

Ora, il fatto è che ciascuna di tali prospettive è dotata di una sua validità, e la questione del carattere originario o derivato dell'ordinamento dell'Unione sembra quindi una tipica questione priva di significato giuridico, che cioè non ammette una soluzione univoca. Peraltro, mentre ciascun ordinamento, quello dell'ordinamento dell'Unione e quello degli Stati membri, rivendicano un proprio potere di determinare autonomamente la soluzione dei conflitti di sovra-

(6) Si veda, fra le prime, la celebre sentenza *Van Gend en Loos*, 5 febbraio 1963, causa 26/62, in *Racc.*, 1963, p. 1 ss.

(7) Questa ricostruzione non è peraltro una novità nel panorama del pensiero scientifico intorno al carattere originario degli ordinamenti federali. Questi indubbiamente, qualora formati a seguito di un processo di aggregazione di Stati in precedenza sovrani, traggono la propria origine da un accordo fra Stati sovrani, e non costituirebbero mai, in senso storico, ordinamenti originari. Di qui l'idea, che si è sviluppata già in relazione al processo di aggregazione federale degli Stati tedeschi nella metà del XIX secolo, che l'atto istitutivo costituisce solo in senso storico il fondamento giuridico del nuovo ordinamento, che si sarebbe da esso sviluppato per forza propria, affrancandosi quindi dalla volontà dei suoi fondatori. Cfr., ad esempio, ZORN, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlin, Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1895, p. 72 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nità, e con ciò affermano quindi la propria originarietà, d'altra parte, essi si presuppongono reciprocamente ed ammettono anzi un intreccio delle proprie dinamiche normative ed una ricostruzione giuridicamente unitaria delle rispettive vicende. Essi non appaiono quindi né ordinamenti pienamente autonomi né ordinamenti pienamente integrati. Inoltre, il loro rapporto appare singolarmente rovesciato rispetto a quello tipico di un ordinamento composto, nel quale i singoli ordinamenti godono di autonomia nell'ambito di sfere di competenza predeterminate dall'ente sovrano. Questo afferma la propria sovranità proprio attraverso il potere di determinare autoritativamente, e di tutelare attraverso propri meccanismi di garanzia, l'ampiezza delle sfere di competenza di ciascun ente.

La definizione dell'ordinamento dell'Unione europea come ordinamento pluralista appare quindi assai singolare nella esperienza giuridica contemporanea, nell'ambito della quale il concetto di pluralismo viene solitamente impiegato al fine di definire rapporti giuridici fra ordinamenti e non già rapporti giuridici all'interno di un ordinamento.

3. *Il monismo giuridico e la questione della sovranità.*

Nell'evoluzione del pensiero giuridico, l'idea di un ordinamento pluralista nel senso delineato sopra sembra assolutamente nuova. Inutilmente se ne cercherebbe menzione in quella sintesi del pensiero pluralista tracciata da Santi Romano nel saggio su "L'ordinamento giuridico" (8), ambiziosamente dedicato a classificare in maniera analitica i vari possibili nessi che si possono stabilire fra un ordinamento generale e i vari ordinamenti parziali che lo compongono.

Il fatto è che, nel pensiero giuridico contemporaneo, il carattere monista di un ordinamento giuridico assume valore dogmatico. Un ordinamento è necessariamente monista nel senso che esso definisce l'unica prospettiva giuridica nella quale trovano soluzione i conflitti fra le singole norme di esso. E ciò, si badi, vale sia per gli ordinamenti "semplici", che, a maggior ragione, per gli ordinamenti "composti". Anzi, la definizione di ordinamento composto è possibile

(8) *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, Sansoni, 1946.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logicamente solo a patto che tutti gli ordinamenti che concorrono alla sua formazione ammettano una soluzione univoca dei conflitti interordinamentali, generalmente quella che assicura priorità alle norme e alle procedure dettate dagli ordinamenti centrali.

Questo concetto sembra espresso nella nozione di sovranità intesa in senso normativo, come unitarietà concettuale di un ordinamento (9).

Intesa in questo senso, la nozione di sovranità rischia tuttavia di smarrire la sua utilità in un ordinamento, quale quello europeo, che si connota appunto per l'assenza di unitarietà concettuale, e per la mancanza di un organo dotato del potere di determinare autoritativamente la sfera di competenza di ciascuna istituzione dell'ordinamento e, per questa via, di assicurare una soluzione univoca dei conflitti giuridici.

Questa conclusione induce quindi a chiedersi se effettivamente il concetto di sovranità sia necessariamente legato all'idea dell'unitarietà concettuale degli ordinamenti statali; se cioè vi sia una connessione necessaria fra Stato e ordinamento giuridico, tale che non siano pensabili forme di organizzazione del potere politico al di fuori del modello statalistico. La questione sarà esaminata, nel presente scritto, in una dimensione prevalentemente logica. Ci si chiederà, in altri termini, quali siano i motivi per i quali il concetto di sovranità, sorto per indicare essenzialmente rapporti di tipo politico, abbia vista trasformata la propria essenza concettuale fino ad assumere un contenuto di tipo giuridico. Ci si chiederà quindi se la nozione di sovranità normativa, intesa come unitarietà giuridica di un ordinamento, sia una nozione di tipo formale, inerisca cioè necessariamente all'esistenza di un determinato ordinamento, ovvero se si tratti di una nozione di tipo storico, se cioè la sovranità

(9) Il concetto è espresso, con consueta forza sintetica da ZORN, *Das Staatsrecht* …, cit., p. 68: "Allerdings wird diese staatsrechtliche Konstruktion im letzen Ende immer zu der Alternative: Staat oder nicht Staat gedrängt". E immediatamente dopo: „Die beiden Begriffe Bundesstaat und Staatenbund aber unterscheiden sich dadurch, daß ersterer ein Staat ist, letzterer nicht, dass ersterer ein einheitliche Persönlichkeit, letzterer ein Verein mehrerer Persönlichkeiten ist". Sul processo che ha portato all'identificazione fra sovranità e personalità dello Stato e per una discussione delle conseguenze teoriche di tale identificazione, cfr. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 241 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abbia assunto carattere normativo nell'ambito di una determinata esperienza giuridica ed allo scopo di soddisfare esigenze storicamente contingenti.

Non sarà invece trattato l'ulteriore questione di vedere in quale senso invece la nozione di sovranità possa acquistare rilievo nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea.

4. *La trasformazione del concetto di sovranità: la sovranità istituzionale.*

Al di là di episodici riferimenti ad un concetto normativo di sovranità, tale concetto viene consapevolmente affermato nel contesto della più generale opera di teorizzazione dell'identità fra Stato e ordinamento giuridico. Uno dei momenti emblematici di tale operazione è certamente l'evoluzione del pensiero giuspubblicista che si è sviluppata in Germania nella seconda parte del XIX secolo. Pur se analoghi percorsi concettuali sono propri anche di altre tradizioni giuridiche, non vi è dubbio che l'analisi relativa all'evoluzione concettuale che ha accompagnato il sorgere del nuovo Stato federale tedesco è quella che consente con maggior nitore di seguire la trasformazione del contenuto del concetto di sovranità. Conviene quindi seguire questa evoluzione, sia pure per grandi linee e senza dare all'analisi un improprio significato storiografico, avendo cura di segnalare le varie tappe nelle quali essa si è dipanata.

Nella sua dimensione classica, la sovranità, concepita in funzione di assicurare carattere di originarietà e di autonomia agli Stati nazionali nei confronti delle pretese universalistiche imperiali, ha mantenuto una spiccata connotazione istituzionale. Si trattava quindi di un concetto essenzialmente politico, che assicurava al nuovo sovrano un affrancamento da forme di sudditanza nei confronti dell'imperatore, e, a sua volta, assicurava un solido titolo di supremazia nei confronti del mondo feudale. Utilizzando categorie contemporanee, il concetto di sovranità è stato elaborato al fine di monizzare il potere politico del sovrano rispetto al precedente pluralismo istituzionale, sottraendolo a qualsiasi forma di interferenza, sia dall'alto, dalle pretese universalistiche, che dal basso, dalle pretese centrifughe di autonomia dei poteri feudali. Di conseguenza, il concetto di sovranità, sorto per descrivere l'assolutezza e la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

supremazia del potere regio, vedeva le sue vicende legate per secoli a quelle della monarchia assoluta.

Questa origine storica del concetto di sovranità spiega perché da esso rimaneva estraneo il diverso concetto di monismo normativo. Vi sono per lo meno due spiegazioni per ciò: innanzitutto, nell'ambito delle prime monarchie assolute ciò che conta è assicurare al sovrano il predominio politico, e non anche il monopolio della produzione normativa. Per un certo tempo, infatti, la sovranità istituzionale del sovrano convisse pacificamente con il pluralismo normativo che caratterizzava i rapporti giuridici nella società da esso governata (10). Ma anche quando l'assolutismo regio finì con l'assorbire la funzione di produzione giuridica, mai peraltro compiutamente, l'esigenza di una nozione che indicasse distintamente l'unitarietà dell'ordinamento giuridico non venne avvertita. Ciò per la semplice ragione che la nozione di sovranità istituzionale, con la caratteristica di onnicomprensività ed illimitatezza che vi era insita, finiva con l'assorbire completamente ogni altro aspetto. Nell'ambito di un'organizzazione statale priva di una interna articolazione di poteri, quindi, la nozione di sovranità continuò ad essere una nozione propria del pensiero politico, identificata con la pienezza, l'illimitatezza, l'unitarietà concettuale del potere.

5. Segue. *La separazione dei poteri e la questione della sovranità normativa.*

La prima grande sfida alla nozione di sovranità, e l'esigenza di una distinzione concettuale fra la dimensione istituzionale e quella normativa, è venuta quindi con il processo di dissoluzione del potere assoluto del sovrano e con la distribuzione delle funzioni statali fra più organi o enti di governo, ciascuno dotato di una propria autonomia costituzionale. È questo il momento in cui si avverte

(10) Alla ricostruzione del pluralismo normativo medievale appare dedicata nella sua interezza l'opera di GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, Laterza, 1995; si veda specialmente a p. 223 ss. Su questi temi, cfr. inoltre COSTA, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, Bari-Roma, Laterza, vol. I; SORDI e MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, Laterza, 2001; LATINI, *Il privilegio dell'immunità*, Milano, Giuffrè, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'esigenza di assicurare, al di là della distribuzione dei poteri, un momento di sintesi nella gestione del potere politico che eviti una frantumazione dell'unitarietà concettuale dello Stato.

Questo processo di trasformazione, peraltro ha assunto una connotazione diversa nell'ambito delle varie tradizioni giuridiche. In Francia e negli Stati Uniti la dottrina prospettò inizialmente una concezione pluralista della sovranità, in relazione al processo di distribuzione dei poteri, a favore di una pluralità di organi o livelli di governo, nel senso di considerare titolare di poteri sovrani ciascun organo statale, per poi tuttavia immediatamente passare ad identificare l'essenza della sovranità non nell'esercizio di singoli poteri, ma nella sintesi del potere politico. Di qui l'idea, sopravvissuta fino ai giorni nostri, che i singoli poteri vengono esercitati dagli organi che ne sono titolari non in nome proprio, ma nel nome del popolo o dell'unità personificata che fa capo allo Stato (11).

Una diversa e più marcata connotazione normativa ha invece caratterizzato l'evoluzione del pensiero che ha accompagnato il processo di aggregazione federale in Germania. Possiamo, per comodità espositiva, riconoscere tre diverse fasi. Una prima è rappresentata dal riconoscimento dell'esistenza di sfere di competenza costituzionalmente garantite come l'affermazione di un modello di sovranità ripartita. Una seconda che tende ad affermare che non la competenza, ma la competenza a determinare l'ampiezza delle rispettive sfere di competenza distribuite ai vari organi o livelli di governo, rappresenta l'essenza della sovranità. Una terza che, attraverso un processo ulteriore di astrazione, tende a considerare l'articolazione delle competenze come una modalità del potere di autodeterminazione dell'ordinamento giuridico, potere nel quale, finalmente, verrebbe identificata la sovranità concepita come capacità giuridica illimitata.

Di tale evoluzione concettuale, e dei suoi riflessi nella giuspubblicistica tedesca fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, conviene allora dar conto, sia pure per cenni sintetici, e con l'avver-

(11) Si veda, per tutti, la celebre affermazione di Madison contenuta nel Federalista no. 46, (1787/88), "The federal and state Governments are in fact but different agents and trustees of the people, instituted with different powers, and designated for different purposes".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenza che essa, come sovente accade, non ha proceduto per via lineare, ma attraverso un tortuoso percorso nel quale si possono scorgere ravvedimenti e fughe in avanti, sul quale hanno pesato i dati istituzionali e politici, e, non ultima, la profondità di pensiero dei principali protagonisti.

6. *Sovranità normativa e competenza normativa.*

La dottrina tedesca perveniva ben presto ad una concezione della sovranità ripartita nell'*humus* culturale dell'incipiente normativismo e pressata dalle esigenza storica di inquadrare nella dottrina della sovranità il fenomeno di aggregazione su base federale.

In questo senso, il processo di aggregazione federale venne inteso da Waitz, il quale appunto identificando sovranità e potere assoluto, pervenne ad una concezione di sovranità divisa come effetto dell'esistenza di una pluralità di sfere di competenza assoluta, costituzionalmente garantita, nell'ambito dello Stato.

Nella sua opera *Grundzüge der Politik*, apparsa nel 1862, egli espose questa teoria partendo dall'osservazione che "(f)ür den Bundesstaat wird also zunächst erfordert, daß ein bestimmter Theil des staatlichen Lebens gemeinsam, ein anderer ebenso bestimmter den einzelnen Gliedern überlassen ist". Ricavandone da ciò la conclusione che "jeder Theil auch für sich wirklich Staat ist. Im Staatenbund ist es die Gesamtheit nicht, im Staatenreich find es die Glieder nicht; im Bundesstaat müssen es beide sein" (12).

Il passo logicamente successivo è poi quello di dimostrare che le due sfere di competenza godono di autonomia. "Es ist aber für jeder Staat ein erstes Erfordernis, daß er selbständig sei, unabhängig von jeder ihm selbst fremden Gewalt" (13). Waitz esclude quindi che l'organo centrale goda di questo requisito nella confederazione di Stati, in quanto il suo potere deriva essenzialmente dall'accordo fra i suoi membri: "Der Staatenbund ist ..niemals selber als ein Staat zu

(12) *Grundzüge der Politik*, Kiel, Ernst Homan Verlag, 1862, p. 164. Per un inquadramento storico della teoria della sovranità ripartita, nonché per una critica di essa alla luce della insorgente dottrina normativista, v. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg, Mohr, 1899, p. 62 ss.

(13) *Ibid.*, p. 165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

betrachten; den wie weit auch seine Competenz gezogen werde oder wie Groß das Recht seiner leitenden Gewalt sei, das Maß und der Grund derselben liegt in der Vereinbarung der Staaten, und in der Uebertragung bestimmter Befugnisse, welche diese vornehmen" (14). Riguardo agli Stati federali tuttavia varrebbe un diverso principio. "Eine solche Uebertragung oder richtiger ein Aufgeben bestimmter Rechte kann auch bei dem Bundesstaat seiner ersten Begründung vorangehen. … Das ist aber nur ein einzelner historischer Act, ganz verschieden von jener Begründung der staatenbundlichen Gewalt, welche immer nur auf dem Grunde der Delegation oder Bevollmächtigung beruht und sein eignes selbständiges Recht in sich trägt" (15).

Con indubbia modernità, quindi, Waitz concepisce lo stato federale come autonomo ed originario, che si distacca dall'atto istitutivo attraverso un processo di autoaffermazione. D'altra parte, egli concepisce anche i singoli Stati come autonomi e originari: "dieser darf ebensowenig seine Berechtigung von jenem empfangen, wie umgekehrt der Gesammtstaat nicht erst in der Bereinigung der Einzelstaaten die Wurzel und der Grund seiner Existenz findet".

La reciproca autonomia giuridica delle due categorie di enti comporta quindi una frammentazione della sovranità: "die Thätigkeit, welche die Einheitsstaat ganz und ungetheilt umfaßt, ist hier gewissermaßen gespalten; für jeden Theil giebt es eine besondere Organisation, jeder von beiden hat eine besondere Sphäre, aber innerhalb dieser Sphäre ist der eine so selbständig wie der andere. Im Bundesstaat hat der Gesammtstaat und der Einzelstaat jeder ein geringeres Gebiet als der Einheitsstaat, aber, innerhalb seines Bereichs ist das Recht weder des einen noch des andern schlechter als das des letztern. Man kann diese Selbständigkeit mit einem in der Politik übliche Namen nicht unpassend Souveränität nennen" (16).

Secondo Waitz dunque lo Stato federale, e la distribuzione di competenze che in esso si realizza, rappresenta l'esempio migliore di sovranità divisa, la cui somma ricostituisce la unitarietà dei poteri sovrani: "nur da ist ein Bundesstaat vorhanden, wo die Souveränität

(14) *Ibid.*
(15) *Ibid.*
(16) *Ibid.*, p. 166.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nicht dem einen und nicht dem andern, sondern beiden, dem Gesammtstaat (der Centralgewalt) und dem Einzelstaat (der Einzelstaatsgewalt), jedem innerhalb seiner Sphäre, zusteht" (17). Di conseguenza, Waitz espressamente indica come la sintesi della sovranità coincida con la somma dei poteri assegnati a ciascuna delle sue parti. Non vi è invece in Waitz alcun riferimento alla necessità di concepire regole di soluzione dei conflitti di competenza. Ciò in quanto per egli la sovranità risiede proprio nella esistenza di sfere di competenza costituzionalmente garantite.

Riferimenti al criterio della competenza come elemento per affermare la coesistenza di più sfere di sovranità ripartite non mancano nelle più tarde ricostruzioni, le quali tuttavia non hanno certo la nettezza della concezione waitziana, e paiono semmai costituire un ponte fra questa e le dottrine che tendono a ricostruire l'unitarietà concettuale della sovranità.

Fra queste, conviene ricordare la teoria della sovranità relativa, sviluppata da Georg Meyer (18). Meyer parte da una rigorosa concezione normativa della sovranità: "Die Einführung Konstitutioneller Verfassungen hat den Gedanken von der Schrankenlosigkeit des Herrschers beseitigt… Durch die weitere Ausbildung der juristischen Lehre von Staat sind die Personen des Staates und des Herrschers schärfer voneinanderer geschieden worden", per concludere tuttavia nel senso dell'esistenza di più sfere di competenza normativa che si limitano reciprocamente, e non abbisognano quindi di una norma di soluzione dei conflitti: "Souveränität ist auch innerhalb eines beschränkten Bereiches und ohne Kompetenz-Kompetenz denkbar. Zur Souveränität eines Gemeinwesens wird nur erfordert, daß die demselben zustehenden Kompetenz ihm ohne seinen Willen nicht entzogen werden dürfen". Meyer si avvicina così all'idea che ogni titolare di potere costituzionalmente autonomo sarebbe portatore di una sovranità parziale.

In un ordine di idee parzialmente analogo, Bluntschili, significativamente, rigetta l'idea che la separazione dei poteri dia origine a

(17) *Ibid.*

(18) *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes*, Vierte Auflage, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895, p. 15 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sfere di sovranità divisa, ma ammette che, invece, in una federazione di Stati coesista una pluralità di entità parzialmente sovrane (19).

Impropriamente tuttavia si vedrebbe in Bluntschli un epigono delle teorie della sovranità divisa. In effetti, Bluntschli afferma espressamente che la sovranità non appartiene né al sovrano né al popolo, ma all'organizzazione giuridica del popolo, e cioè al potere costituente. È solo l'esistenza di forme accentuate di autonomia in Stati composti che induce Bluntschli ad ammettere la coesistenza di enti sovrani nell'ambito di una forma composta di organizzazione (*melius*) di divisione del potere politico.

7. *La sovranità normativa come capacità di produzione giuridica.*

L'identificazione della sovranità con la competenza doveva avere come conseguenza che l'identificazione della sintesi della sovranità, ed il rigetto quindi delle dottrine della sovranità divisa, comportava la necessità di procedere per astrazione, ma sempre in termini normativi. Non bastava più, in altre parole, per superare il dilemma della sovranità divisa, l'affermazione che la sovranità appartiene allo Stato o al popolo. Tale affermazione è destinata a rimanere priva di significato qualora non vi si accompagni l'individuazione di un organo o di un processo atto a risolvere i conflitti di competenza sul piano normativo. Tale individuazione esigeva, quindi, una mutazione concettuale della nozione di sovranità, che imputasse all'ordinamento giuridico il compito di dettare le regole di soluzione dei conflitti, in maniera quindi da assicurare attraverso un meccanismo normativo quell'unitarietà concettuale che non era assicurata altrimenti dall'esistenza di una pluralità di enti dotati di competenze. Occorreva allora por mano di nuovo al concetto di sovranità e dimostrare che l'esistenza di sfere di competenza riservate non si traduceva, come nel vecchio ordine medievale, nella pretesa di assolutezza e nella libertà da vincoli. Occorreva allora dimostrare il monismo dell'ordinamento non solo dal punto di vista strutturale dell'unità istituzionale, ma anche, e soprattutto, ora che quell'unità istituzionale non c'era più, dal punto di vista normativo.

(19) *Lehre vom modernen Staat*, Stuttgard 1886, Neudruck, Scientia Verlag, Aalen, 1965, I, p. 563 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quest'opera, che ha contribuito ad una radicale trasformazione delle categorie giuridiche del diritto pubblico dell'epoca, è stata essenzialmente compiuta dalla giuspubblicistica tedesca successiva all'istituzione dell'impero su base federale. Da essi venne affermata senza reticenze l'idea che il vero sovrano non è il re né il popolo né alcun altro ente, ma l'ordinamento obiettivo, il quale si esprime in regole di attribuzione del potere e di soluzione dei conflitti che ne derivano, con pretesa di esclusività e di validità per tutto la sfera dei rapporti da esso regolata.

In questa fase storica si assiste quindi alla inversione del rapporto fra potere politico e diritto, e all'affermazione che, se il potere politico crea diritto allo stato iniziale, è poi l'ordinamento giuridico a dettare le regole per l'ordinato svolgimento di esso. Di questo processo concettuale, la sovranità ne accompagna l'evoluzione e si adegua assumendo una dimensione ormai consapevolmente normativa. La sovranità diviene quindi lo strumento di affermazione del monismo giuridico statale.

Fra i più radicali difensori della necessità di unificare l'ordinamento giuridico e di imputare ad esso la titolarità della sovranità vi è Zorn. Coerentemente con la sua rigorosa visione monista dell'esperienza giuridica, Zorn approda ben presto ad una concezione unitaria della sovranità come insieme delle norme che disciplinano l'esercizio del potere politico dello Stato.

La critica di Zorn alla teoria della sovranità divisa poggia su due argomenti. Il primo prevalentemente istituzionale:

"Souveränität ist höchste Gewalt. (Es ist nicht) begrifflich möglich, daß die Souveränität geteilt werde, denn in diesem Falle wäre eben keine höchste Gewalt vorhanden" (20).

La seconda linea argomentativa è più propriamente normativa. Essa procede dalla distinzione di Jellinek fra *Bundesstaat* e *Staatenbund*, per affermare che, nella seconda categoria, la sovranità appartiene interamente all'ente centrale: "(geht) die Einzelsouveränität als solche unter und existiert Staatsrechtlich nur mehr als Bestandteil der in der Centralgewalt ruhenden Gesamt Souveränität. Sobald der Verzicht auf die Einzelsouveränität durch Aufrichtung der Centralgewalt praktisch geworden ist, ist die etwa

(20) *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, cit., p. 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vorher eingegangene vertragsmäßige, auf jenen Verzicht gerichtete Verpflichtung erfüllt, der Vertrag existiert nur mehr historisch, hat aber keinen aktuellen juristischen Inhalt mehr…" (21). D'altra parte, "Es kann folglich im Bundesstaat von Erfüllung oder Verletzung der Verträge, Austritt aus dem Bund wegen Nichterfüllung von Vertragspflichten, Auslösung des Bundesvertrages juristisch keine Rede sein: der Vertrag kann nicht ausgelöst werden, denn er existiert überhaupt nicht mehr". Per concludere: "alle Streitigkeiten werden in inappellabler Weise von den geordneten höchsten Instanzen der centralen Staatsgewalt entschieden, die zur Durchführung ihrer Entscheidungen mit allen Mitteln staatsrechtlichen Zwanges ausgestattet ist" (22).

Del tutto coerentemente con tale premessa, Zorn può quindi finalmente concludere: "Die Souveranetät findet ihren prägnantesten Ausbruch in der Setzung des Rechtes … Der das Recht setzt, ist Inhaber des Souveranetät (23)". Con ciò, Zorn suggella definitivamente la sua concezione della assoluta identità fra diritto e sovranità. Se questo appare comune anche ad altri autori, quel che pare peculiare in Zorn è la franca affermazione del carattere solo storico della trasmissione di sovranità da parte dei singoli Stati all'Unione. Un punto che rimane peraltro problematico nella dottrina di Zorn è che in questa non sembra esservi posto per sfere autonome di competenza. Se cioè la sovranità coincide con il potere di produzione di norme, e, quindi, con il potere di modificare l'ordinamento giuridico, non sembra residuare uno spazio significativo per la differenza concettuale fra Stato unitario e Stato federale. Anche nell'ambito delle esperienze di tipo federale, infatti, la coincidenza fra sovranità e diritto travolge potenzialmente ogni forma di competenza costituzionalmente riservata. Questa conseguenza del monismo estremo nella concezione zorniana dell'ordinamento giuridico fa di essa la opposizione ideale al concetto di pluralismo che ha ispirato la dottrina precedente (24).

---

(21) *Ibid.*, p. 72.

(22) *Ibid.*, p. 75.

(23) *Ibid.*, p. 76.

(24) Con indubbia modernità, Zorn definisce le due conseguenze della propria teoria applicata ai rapporti fra ente federale e Stati membri:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si può pensare che l'affermazione di un concetto normativo di sovranità sia stato agevolato in Zorn dalla sua generale concezione monista dell'esperienza giuridica, nella quale quindi una divisione di sovranità è inconcepibile così come è inconcepibile una contraddizione fra proposizioni giuridiche ([25]). Peraltro, le due premesse dalle quali egli muove, quella riguardante il carattere monista dell'esperienza giuridica interna rispetto a quella internazionale, e la concezione normativa della sovranità non appaiono facilmente conciliabili a meno di non pervenire ad una sorta di monismo a prevalenza del diritto interno, alla quale peraltro Zorn, pur evidenziando una certa contiguità, non arrivò mai espressamente.

8. *La sovranità come norma di soluzione dei conflitti.*

Questa ambiguità appare invece completamente scomparsa nel sistema concettuale sviluppato da Hänel, Laband e Jellinek. È in questa fase che si concepisce espressamente la sovranità non più come diritto o come il potere di produrlo, ma come il potere di stabilire regole per la soluzione delle sue antinomie.

Hänel, pur riconoscendo la coerenza sul piano logico della dottrina federalista della sovranità divisa, finiva tuttavia con l'affermarne l'impossibilità pratica di attuarla attraverso una rinuncia ad una regola o ad un procedimento di soluzione dei conflitti di competenza: "Die Annahme ist ein Irrtum, als ob aus dem abstrakten Begriffe Herrschaft und dem abstrakten Prädikate des 'höchsten', 'suveränen', die Unmöglichkeit logisch gefolgert werden

---

I. "Bundesrecht bricht Landesrecht: bei Widerspruch zwischen dem von der Centralgewalt gesetzten Recht jeden Grades und dem von den Einzelstaaten gesetzten geht das erstere unbedingt vor.

II. Die Centralgewalt steht sowohl den Einzelstaaten als den sämtlichen Staatsangehörigen herrschend gegenüber: sie bedarf für ihre Rechtssätze keiner Vermittlung der Einzelstaaten, kann jedoch mit Durchführung derselben die letzteren jederzeit und in jedem Umfang betrauen" (*Ibid.*, p. 86).

Difficile non scorgere analogie con la dottrina del primato e della diretta applicabilità oggi applicata nell'ordinamento dell'Unione europea. Solo che, nella particolare sistemazione teorica dell'esperienza giuridica federale data da Zorn tali elementi sono corollari inscindibili dal principio di sovranità.

([25]) Concezione espressa in particolare nell'opera *Die Deutschen Staatsverträge*, in Z. Staatsw., 1880, p. 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

könnte, daß zwei souveräne Herrschaften auf demselben Territor und für dieselbe Volksgemeinschaft nebeneinander bestehen könnten. In abstrakter Betrachtung läßt sich ohne jeden Widerspruch eine vollkommene sachliche Trennung der Aufgabe und damit des Wirkungskreises zweier Gemeinwesen denken und für jedes dieser Gemeinwesen die Selbstgenugsamkeit, die Ausstattung mit allen für seine Aufgabe notwendigen und darum innerhalb seines Wirkungskreises höchsten Rechts- und Machtmitteln. Die formale Logik kann der Bundesstaatstheorie der federalisten, Tocquevilles, Waitz' und deren Schule nicht entgegengestellt werden. Das, was dieser Theorie allein entgegengestellt werden kann, ist der doppelte Nachweis, daß ihre Auffassung mit der realen Natur, mit den konkreten Aufgaben des Staates, wie sie der Einheitsstaat aufweist, unvereinbar sei, daß mithin, wenn der Bundesstaat einen solchen Parallelismus aufwiese, der Bund und die Einzelstaaten Staaten dem vollem Begriffe nach nicht sein könnten, sowie daß das positive Recht des Bundesstaates die Auffassung der Waitzschen Schule zurückweist" (26). Egli perveniva quindi alla sua nota concezione secondo la quale non solo l'ente federale o gli enti federati costituirebbero Stato, bensì l'unione organica fra di loro, nella quale, tuttavia, solo al primo spetterebbe la sovranità in quanto dotato del potere di conformare la sfera di competenza dei secondi: "Die auf dieser Grundlage herrschende Auffassung erkennt es allerdings als in der Natur des Bundesstaates und im positiven Rechte begründet an, daß die Einzelstaaten als solche in einem mannigfachen Abhängigkeitsverhältnis und in vielseitiger Wechselwirkung mit der Centralgewalt stehen, daß sie aus dem Gesichtspunkte einer Betrachtung des Staates als einer objektiven Institution wie die beiden sich ergänzenden Hälften eines Staatswesens sich verhalten" (27). E, più avanti, "Mit der Kompetenz-Kompetenz ist dem Reiche die höchste und umfassendste Gewalt gegeben, die von ihm auf Grund der Verfassung ausgesagt werden kann Sie schließt den Kreis der Befugnisse ab, die den Inhalt der Reichsgewalt ausmachen. Sie gibt von Standpunkt der Kompetenz aus die letzte Entscheidung, ob und in welchem Sinne das

(26) *Deutsches Staatsrecht*, I, Leipzig, Duncker und Humblot, 1892, p. 803 ss.
(27) *Ibid.*, cit., p. 63.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wissenschaftliche Recht besteht, das deutsche Reich als Gesamtheit und in seinen Gliedern als Staat zu behaupten" (28).

Hänel conclude quindi: "Aufgabe des Reiches kraft seiner Kompetenz-Kompetenz ist es, der oberste Wächter und Bürge dafür zu sein, daß den Anforderungen der Nation an den Staat, von deren Erfüllung seine geistige und wirtschaftliche Kultur abhängt, volles Genüge geschehe und demgemäß auch der Wirkungskreis der Einzelstaaten sich gestalte" (29).

È nota la critica portata da Laband nei confronti di questa dottrina, della quale pure egli sembra condividere la soluzione. Secondo Laband, la concezione organicistica dello Stato finisce con il ridurre l'autonomia degli enti federali alla stregua di altri organi dello Stato centrale (30).

Laband sviluppa quindi una diversa concezione del rapporto fra Stato e sovranità, partendo dalla riformulazione della dottrina della sovranità come competenza normativa, per quindi affermare che non nell'esistenza di una forma di competenza normativa autonoma, né nel sistema organizzato delle competenze e funzioni dello Stato, bensì nella competenza della competenza risiede l'essenza della sovranità.

In riferimento alla concezione waitziana, Laband osserva quindi che "(e)benso ist es eine Chimäre, die Kompetenz der Gesamtstaatsgewalt in der Art von der Kompetenz der Einzelstaatsgewalt abgrenzen zu wollen, daß kein Gebiet übrig bleibt, für welches es zweifelhaft ist, welcher Staatsgewalt die Kompetenz zusteht und daß die Abgrenzung für alle Zeit unabänderlich dieselbe bleibt. Es entsteht also auch hier die Frage, wer hat den Zweifel über die

(28) *Ibid.*, p. 793.

(29) *Ibid.*, p. 797.

(30) "… auch der Gliedstaat wichtige und umfassende staatliche Aufgabe zu erfüllen und zu diesem Zweck kraft eigenen Recht obrigkeitliche Herrschaftsbefugnisse seinen Untertanen gegenüber hat, so sind allerdings beide, sowohl der Bundesstaat als der Gliedstaat 'in ihrer Sonderstellung betrachtet' Staaten; nur daß die Gliedstaaten nicht souverän, sondern dem Bundesstaat unterworfen sind. Wenn man dagegen beide zusammen nur als den Staat gelten lassen will, wenn man im Bundesstaat einen Gesamtorganismus erblickt, in welchem bestimmte Funktionen den Einzelstaaten zugewiesen sind, so geht der begriffliche Unterschied zwischen dem Bundesstaat und dem dezentralisierten Einheitsstaat verloren und es erscheinen die Einzelstaaten als Einrichtungen des Bundesstaat, als Teile seiner Organisation" (*Das Staatsrecht des deutschen Reich*es, 5ª ed., Tübingen, 1911, Neudruck, Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 82).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Kompetenzgrenze zu entscheiden und wer hat über eine Veränderung der Kompetenz zu befinden. Weisen die Einzelstaaten durch ihren Willen dem Bunde die Grenzen seiner staatlichen Befugnisse zu oder empfangen sie umgekehrt von der Zentralgewalt die rechtliche Begrenzung ihrer Willenssphäre? Nur eines von beiden ist möglich und die Beantwortung der Frage enthält zugleich die Entscheidung, wer souverän ist, die Zentralgewalt oder der Einzelstaat" (31). Sarebbe difficile immaginare una più chiara percezione della sovranità come regola di soluzione dei conflitti (32).

9. *La sovranità normativa come autodeterminazione dell'ordinamento giuridico.*

Compimento teorico di questa evoluzione, e sintesi dell'unificazione concettuale della sovranità interna e di quella internazionale appare la dottrina delineata da Jellinek. Questi, che pure aveva accolto inizialmente la concezione della sovranità come *Kompetenz-Kompetenz*, ed aveva anzi contribuito in maniera assai accentuata a svilupparne le conseguenze applicative, perveniva poi ad una nuova nozione di sovranità, destinata, nei suoi intenti, a fornire la saldatura fra attività normativa interna ed attività normativa esterna dello Stato.

---

(31) *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, cit., p. 55 ss. Conviene notare come nel sistema concettuale di Laband scompare ogni riferimento alla concezione istituzionale della sovranità, considerata come un relitto dell'epoca precedente. Si veda, ad esempio, la serrata critica alla dottrina di Preuß: "Neuerdings hat Preuß … die Verwendung der Souveränitätsbegriffs, den er für die radix malorum der ganzen Wissenschaft des öffentlichen Rechts hält, als fehlerhaft, wertlos und irreführend bezeichnet. Unter Souveränität versteht er aber die schrankenlose Gewalt des absoluten Staates. Insoweit ist seine Kampf ein Streit gegen Windmühlen; denn darüber sind alle einig, daß eine derartige Gewalt nicht nur für den heutigen Staatsbegriff nicht wesentlich ist, sondern überhaupt nicht verwirklicht werden kann" (*ibid.*, p. 74, nota 1).

(32) L'identificazione della sovranità in un potere specifico, quello di dettare le regole di soluzione dei conflitti, consente quindi a Laband di costruire i criteri di attribuzione della sovranità secondo un meccanismo "a soglia (tutto o niente)". Si veda la critica, ammirabile per concisione, alla dottrina della sovranità relativa di Meyer ed altri: "Der Versuch … den Gliedstaaten eine verminderte Souveränität beizulegen, ist nicht zur lösung des Problems geeignet, da eine Verminderung der Souveränität eine Negation derselben ist" (*ibid.*, p. 58).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella sua più matura analisi della dinamica giuridica pubblicista, Jellinek sottopone a critica la concezione della sovranità come competenza della competenza partendo dall'assunto che, in questo sistema concettuale, il potere politico è illimitato, mentre, dall'osservazione empirica egli deduce l'osservazione di come esso sia limitato dall'ordinamento giuridico, che vincola bilateralmente sudditi e Stato. Nella esclusiva capacità dell'ordinamento giuridico di porre i vincoli giuridici all'esercizio del potere politico Jellinek vede quindi il carattere essenziale della sovranità: "Ausschließliche Verpflichtbarkeit durch eigenen Willen ist das juristische Merkmal des souveränen Staates. Souveränitet ist demnach die Eigenschaft eines Staates, kraft welcher er nur durch eigenen Willen rechtlich gebunden werden kann" (33). Di conseguenza, la sovranità non equivale a potere assoluto. Si tratta bensì di un potere giuridicamente vincolato nelle forme volute dall'ordinamento: "Aus dieser Definition folgen logisch alle die Eigenschaften, in welchen entweder das Wesen der Souveranetät gesucht wurde, oder sie ihren prägnantesten Ausdruck finden soll. Es ergibt sich aus den festgestellten Begriffe, wie unsere Entwicklung soeben gezeigt hat, dass die Souveränetät die höchste und unabhängige Mach in sich schliesst. Es ergibt sich, dass der Souveräne Staat innerhalb der im durch seine Natur gezogenen Grenzen seine Competenzen feststellen kann. Es ergeben sich sämmtliche Hoheitsrechte, d.h. die oberste normierende Thätigkeit des Staates nach allen Richtungen des staatlichen Lebens, als Consequenz des Souveränetäsbegriffes. Es ergibt sich ferner aus demselben die Untheilbarkeit der Souveränetät; ein ausschließliches Recht kann nicht getheilt werden, sonst wäre es eben nicht ausschließlich.… Endlich ergibt sich die Ewigkeit der Souveränetät, denn es ist keine Macht vorhanden, die ihr eine Befristung setzen könnte" (34). Nella sua Teoria generale (35), questo concetto era poi precisato: "Potere sovrano, adunque, non è onnipotenza statale: esso è una forza giuridica e perciò vincolata dal diritto. Beninteso esso non

(33) *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien, 1882, Neudruck, Scientia Verlag, Aalen, 1969, p. 34.

(34) *Die Lehre…*, cit., 34 s.p.

(35) *Allgemeine Staatslehre*, trad. it., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tollera alcun limite giuridico *assoluto*. Lo Stato può liberarsi da qualsiasi vincolo impostosi da se stesso, però soltanto nelle forme del diritto e imponendosi nuovi limiti. Non i singoli limiti, la limitazione è ciò che vi è di costante; e come non esiste lo Stato sovrano assolutamente limitato, così del pari non esiste giuridicamente lo Stato sovrano assolutamente illimitato".

La concezione di Jellinek appare straordinariamente moderna ai nostri occhi (36). Nel configurare così l'essenza della sovranità nella capacità dello Stato secondo il suo proprio ordinamento giuridico, Jellinek sembra relativizzare l'originaria assolutezza del concetto, dissolvere il suo riferimento ad uno Stato ideale, e inquadrarla nell'ambito di dinamiche ordinamentali concretamente presenti, in un dato momento storico. La sovranità cessa quindi di avere un contenuto immutabile nel tempo e in riferimento ai vari modelli di Stato, per assumere contenuto variabile in relazione ai singoli ordinamenti statali. La concezione di Jellinek si colloca quindi in una sfera di contiguità concettuale rispetto all'idea, più moderna, che la sovranità coincida con il potere dello Stato di costituire e modificare le regole di fondo del proprio ordinamento giuridico.

I rapporti fra la concezione di Jellinek e la classica concezione labandiana sono del resto assai stretti; si può dire che la prima comprende in sé la seconda, senza contraddirla: "sovranità è la capacità di esclusiva autodeterminazione giuridica; e perciò soltanto lo Stato sovrano, entro i limiti da esso stesso fissati o riconosciuti, può regolare con assoluta libertà il contenuto della sua competenza. Lo Stato non sovrano, invece, si determina del pari liberamento, però solo in quanto si estende la sua sfera statale. Possibilità di

(36) Jellinek estende tuttavia questa nozione anche alla sovranità di diritto internazionale. Anzi, l'intera concezione di essa è stata occasionata proprio dall'osservazione della unitarietà concettuale della sovranità in diritto interno e in diritto internazionale. Peraltro egli non concepisce, in un quadro teorico moderno, la sovranità statale come la capacità di avvalersi di tutte le posizioni soggettive di diritto internazionale. Egli non riproduce cioè il concetto di sovranità elaborato rispetto all'ordinamento interno, alla luce dell'esistenza di un diverso ordinamento nel quale lo Stato si realizza. Ma continua, con la dottrina prevalente dell'epoca, a considerare il diritto internazionale come fondato sull'autodeterminazione e sull'autobbligazione dello Stato, con la conseguenza che la nozione di sovranità finirebbe, portata a conseguenza, con il negare l'esistenza stessa dell'ordinamento internazionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

determinarsi o di obbligarsi per sua volontà è la caratteristica di qualsiasi autonomo potere di signoria: quindi anche allo Stato non sovrano appartiene la potestà giuridica della sua competenza. Questa potestà però, trova i suoi limiti nel diritto della comunità che gli è sovrapposta. Di due Stati legati durevolmente fra di loro, quello adunque che non può estendere, mediante la propria legge, la sua competenza di diritto statale, ma incontra nell'ordinamento giuridico statale dell'altro un limite all'accrescimento della propria competenza, è lo stato non sovrano; mentre sovrano è quello che, per mezzo della legge sua, può sottrarre all'altro delle competenze di diritto statale" (37).

10. *La nozione normativa di sovranità in una prospettiva sistematica.*

L'identificazione della sovranità nelle regole di soluzione dei conflitti, indicata qui indicata con la formula della sovranità normativa, non è quindi frutto di necessità logica. Essa si deve piuttosto alla particolare evoluzione del pensiero giuridico, che abbiamo seguito soprattutto in riferimento alla dottrina tedesca, nella seconda metà del XIX secolo, in relazione al processo di aggregazione su base federale dei vari Stati tedeschi. Tale processo induceva quindi un profondo mutamento nelle categorie concettuali del diritto pubblico. Esso stabiliva infatti una ripartizione di competenze fra federazione e Stati, e, quindi, determinava l'insorgere di un pluralismo istituzionale in luogo della tradizionale concentrazione del potere politico nelle mani del sovrano.

La trasformazione del concetto di sovranità è quindi avvenuta in un processo simbiotico rispetto alla più generale tendenza dottrinale, orientata ormai decisamente in senso positivista verso l'identificazione dello Stato con il suo ordinamento giuridico e quindi con la Costituzione che di esso costituisce il fondamento. L'essenza della sovranità non poteva più essere identificata nel monopolio e nell'assolutezza del potere politico, dato che esso, per definizione, non esisteva più. Di qui un progressivo processo tendente ad identificare semmai la sovranità nelle regole dell'ordinamento atte a risolvere i

(37) *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 86.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conflitti fra poteri e, quindi, nel nuovo concetto di sovranità normativa.

Può apparire paradossale che la dottrina della sovranità normativa, imperniata su una rigida concezione monista dell'ordinamento statale, abbia visto la luce contestualmente alla dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, e, quindi, in parallelo rispetto all'affermazione della separazione fra ordinamento interno e ordinamento internazionale. Si può rilevare, per accentuare l'apparente paradosso, come alla affermazione della sovranità in senso normativo abbiano contribuito autori che hanno militato in campi diversi quanto alla ricostruzione dei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento internazionale. Il paradosso si scioglie, tuttavia, se si pensa che fra le due dottrine, quella della separazione fra ordinamenti e quella della sovranità normativa, non vi è alcun contrasto. Anzi, l'affermazione della sovranità normativa, e la contestuale asserzione del carattere necessariamente monista dell'ordinamento statuale, ha agevolato l'affermazione della separazione dell'ordinamento interno rispetto a quello internazionale. La precedente concezione del monismo istituzionale, infatti, sancendo la concentrazione nelle mani del sovrano sia del potere normativo "verso l'interno" che di quello "verso l'esterno", finiva con il produrre una saldatura fra ordinamento interno e ordinamento internazionale, dato che il medesimo organo che aveva il potere di assumere obblighi internazionali, era dotato egualmente del potere di modificare, in corrispondenza, l'ordinamento interno al fine di assicurarne l'attuazione (38). In questo senso, non vi è alcun contrasto fra il monismo normativo affermato in riferimento all'ordinamento interno, e il carattere di separazione, affermato rispetto all'ordinamento internazionale. Anzi, questi due aspetti si saldano in un unico sistema concettuale che tende a "sigillare" l'ordinamento costituzionale e a salvaguardarlo rispetto alle interferenze di altri ordinamenti. In altri termini, il monismo normativo dell'ordinamento interno serve proprio a tutelare l'insorgente pluralismo istituzionale, e ad evitare che l'organo dotato del potere di assumere obblighi internazionali potesse poi vincolare i comportamenti degli organi dotati del

(38) Sia consentito rinviare all'analisi contenuta nello studio *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, p. 1394 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere normativo interno. Monismo dell'ordinamento statale e pluralismo nei rapporti con l'ordinamento internazionale sembrano quindi non solo compatibili, ma anzi, si configurano come due articolazione di una unica prospettiva teorica.

È essenzialmente intorno a questo nuovo nucleo concettuale, rappresentato dal monismo dell'ordinamento statale, che i fondamenti della natura giuridica dello Stato, e quindi il nuovo concetto della sovranità in senso normativo, hanno trovato sistemazione teorica. Contestuale alla definizione di una autonoma nozione di sovranità normativa, infatti, è l'affermazione della natura statuale della federazione, contrapposta alla confederazione, di natura convenzionale. Nella federazione, e non nella confederazione, si realizzerebbe quell'unicità della prospettiva giuridica che caratterizza l'organizzazione dello Stato. Nella confederazione, invece, si avrebbe una pluralità di ordinamenti, tutti egualmente dotati del potere di autodeterminare le proprie regole di soluzione dei conflitti. La sfera di competenza della confederazione, di conseguenza, non sarebbe autodeterminata, bensì determinata dall'esterno, dalla comune volontà degli Stati membri. In questa alternativa si riassumerebbe quindi l'alternativa posta rispetto al problema della sovranità dalle forme composte di Stato: o si tratta di uno Stato in senso proprio, dotato di sovranità e, quindi, capace di determinare esso medesimo le regole di soluzione di conflitti che vi insorgono all'interno, ovvero si tratta di un ente privo di statualità, in quanto vi è presente una pluralità di prospettive giuridiche per la soluzione dei conflitti, nessuna delle quali capace giuridicamente di imporsi alle altre.

La visione dello Stato sovrano come ente provvisto necessariamente di una prospettiva giuridica unitaria, come ente normativamente monista, pur se istituzionalmente pluralista, ha proiettato la propria influenza ben al di là della occasionale contingenza storica che ne ha permesso la piena affermazione. Se si guarda infatti alle moderne costituzioni statali, esse assumono a proprio presupposto, talora affermato espressamente, talaltra taciuto, l'esistenza di un ordinamento giuridico concettualmente unitario (39). L'essenza

(39) Ed in questo ambito ricostruiscono la sovranità come norma tesa alla soluzione dei conflitti non solo fra sfere di competenza, ma anche fra valori. È in questo periodo che inizia ad affermarsi l'idea che la sovranità non è illimitatezza del potere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessa della Costituzione si riassume, anzi, nel pensiero giuridico moderno, nella fissazione delle regole di soluzione dei conflitti. Attraverso la determinazione di procedure di legittimazione del potere politico, di trasformazione dei conflitti politici in conflitti giuridici, di processi di bilanciamento di interessi e valori dell'ordinamento, le moderne costituzioni statali sembrano provvedere alla determinazione dell'unicità della prospettiva giuridica attraverso la quale pervenire alla soluzione di conflitti.

11. *Considerazioni conclusive.*

Cosa si può trarre, in chiave contemporanea, da antiche dottrine elaborate al fine di teorizzare l'unicità del potere statale in un processo di aggregazione federale, quale quello occorso in Germania sul finire del XIX secolo? In che senso esse rilevano rispetto ai moderni processi di aggregazione su base sovranazionale, che delineano un contesto culturale profondamente diverso?

Per rispondere a tale questione, occorre considerare che nel processo di integrazione europea, come sovente accade, i mutamenti istituzionali hanno preceduto l'evoluzione concettuale. Nel tentativo di inquadrare i fenomeni di integrazione sovranazionale nell'ambito delle categorie giuridiche dell'organizzazione del potere politico, la dottrina si imbatte costantemente nel concetto di sovranità, e lo intende, secondo tradizione, in senso normativo, come concetto che simboleggia l'unitarietà concettuale dell'ordinamento giuridico. Di qui lo smarrimento concettuale derivante dalla difficoltà di inquadrare in un quadro tradizionale la nuova esperienza giuridica dell'integrazione sovranazionale. La nostra analisi peraltro ci ha portato a verificare come il concetto normativo di sovranità, che si riflette nel carattere monista dell'ordinamento statale, ed ha assunto valore dogmatico nella teoria dello Stato, sia emerso relativamente tardi nell'esperienza giuridica ed al fine di reagire al pericolo di dissolu-

---

giuridico, ma entità concettualmente limitata dai diritti individuali. Si comincia quindi ad affermare un concetto che sarà alla base del costituzionalismo del XX secolo: l'idea che la sovranità non possa essere concepita come potere indipendente, ma trova invece dei limiti, negativi o di scopo, nel rispetto di sfere giuridiche separate da essa, separate cioè dal concetto di unità dell'ordinamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione dell'unitarietà istituzionale del potere politico. Si tratta quindi di una nozione non assoluta, ma profondamente influenzata dalla contingenza storica, e dall'esigenza di approntare una reazione teorica alla frammentazione del potere politico derivante dai processi di separazione dei poteri e di articolazione del sistema statale su più livelli di governo. Al caos concettuale che ne derivava, e alla diluizione del monolitismo dello Stato assoluto veniva quindi posto riparo con la ricerca di un monolitismo immaginario e con l'identificazione di un nuovo sovrano, costituito dall'ordinamento giuridico.

Collocate nel loro contesto, tali dottrine sembrano quindi dimostrare proprio che un ordinamento normativamente pluralista non è logicamente inconcepibile. Dimostrare che una costruzione di tal fatta sia anche storicamente praticabile oggi, in riferimento al processo di integrazione europea, ed articolarne più precisamente i contenuti, è compito che fuoriesce dall'oggetto di questo studio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

IL PROCESSO COSTITUENTE EUROPEO

1. Alla ricerca del processo costituente europeo. — 2. Un po' di comparazione: Europa e Stati Uniti. — 3. Alcuni possibili esiti del processo costituente europeo.

1. *Alla ricerca del processo costituente europeo.*

Com'è ben noto, il Consiglio Europeo di Laeken, del 14 e 15 dicembre 2001, si è concluso con un'importante *Dichiarazione sul futuro dell'Unione Europea*, che si ricollega ad un'analoga *Dichiarazione* approvata in margine al Consiglio di Nizza, del dicembre dell'anno precedente, lo stesso in cui era stata proclamata la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,* preparata da un'apposita Convenzione, a sua volta convocata sulla base delle risoluzioni del Consiglio Europeo di Colonia, del giugno del 1999 (1). Come ben si vede, la concatenazione degli eventi pare essere piuttosto serrata, e precisa: la decisione di preparare un *Bill of Rights* europeo, con il metodo della Convenzione, e non direttamente con il tradizionale strumento della Conferenza intergovernativa, la sua proclamazione, per quanto non corredata dalla decisione d'inserirlo nei Trattati, dotandolo dunque d'immediata forza prescrittiva, ed infine la contestuale messa in moto, proprio sulla base della *Dichiarazione* citata all'inizio, di una nuova Convenzione, cui sono affidati compiti ampi, che lasciano intravedere, sullo sfondo, l'esito della Costituzione europea. È questa serie di eventi che ha provocato una crescente diffusione, non solo nella pubblicistica politica e d'informazione più diffusa, ma anche nella letteratura specialistica, del

(1) Sulla Carta si è formata rapidamente una vasta letteratura. Avremo occasione di tornare sul punto. Si veda intanto, anche per la ricchezza del materiale raccolto, *Carta Europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termine-concetto di 'processo costituente europeo', con il quale ci confrontiamo in questo contributo.

Ma procediamo con ordine, proprio partendo dai contenuti della *Dichiarazione* di Laeken (2). In effetti, alla Convenzione, composta, oltre che dal Presidente e dai due Vicepresidenti direttamente designati dal Consiglio Europeo, da 15 rappresentanti dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri, uno per Stato membro, da 30 rappresentanti dei Parlamenti nazionali, due per Stato membro, da 16 membri del Parlamento europeo e da due rappresentanti della Commissione, è affidata la progettazione di una riforma dell'Unione certo di non poco rilievo. Ricordiamo rapidamente i capitoli di tale riforma, così come indicati nella *Dichiarazione*: ridisegnare i criteri di ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri, al fine di renderli più semplici e trasparenti, e nella stessa linea rivedere la materia degli strumenti normativi, ripensare le istituzioni europee ed il loro funzionamento, dalla Commissione ed il suo Presidente, al Consiglio, al Parlamento, fino poi a giungere al ruolo degli stessi Parlamenti nazionali.

Dal documento sembra trasparire una preoccupazione principale, che riguarda la possibile carenza di legittimazione, soprattutto di fronte ai cittadini, di un complesso d'istituzioni politiche ed amministrative cresciute nel tempo secondo logiche, e pratiche politico-istituzionali, non sempre del tutto comprensibili dall'esterno, e la cui ulteriore crescita non può dunque più prescindere dalla guida di criteri apertamente ridiscussi, e per ciò stesso più certi, più accessibili e trasparenti. Pare cioè evidente che si è di fronte ad uno di quei casi in cui si pensa di rispondere ai problemi della legittimazione con un grande piano di razionalizzazione delle istituzioni e del loro funzionamento, nella linea della trasparenza e della efficienza.

Diciamo la verità: fino a qui non si respira affatto alcuna aria 'costituente', se non per l'ampiezza stessa della materia da considerare, che praticamente coincide con la globalità delle relazioni politico-istituzionali in cui l'Unione è coinvolta. Manca però l'altra dimensione dell'opera costituente, che è quella della *profondità*,

(2) Prendiamo il testo della Dichiarazione dalla "Rivista di studi politici internazionali", LXIX, n. 1, gennaio-marzo 2002, pp. 11 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importante per lo meno quanto l'ampiezza, se non di più: un grande progetto di razionalizzazione, d'ingegneria istituzionale, che rimane tale, ed in cui il principio democratico si esaurisce nella richiesta di una maggiore trasparenza, a sua volta del tutto conseguente agli aspetti procedurali, nella linea dominante della efficienza, non è ancora un progetto costituente. Si deve però aggiungere che la *Dichiarazione* di Laeken non si ferma affatto a questo punto. È anzi l'ultimo paragrafo di questa parte della *Dichiarazione*, dedicata appunto ad indicare i compiti della Convenzione, quello più interessante, ed anche quello che ha indubbiamente maggiormente sollecitato a discutere la nostra problematica del processo costituente europeo.

È qui infatti che si parla, in modo finalmente esplicito, di una "via verso una costituzione per i cittadini europei". Ma ciò che più conta è che alla possibilità di "un testo costituzionale", o addirittura di una "legge fondamentale", si arriva senza sostanzialmente abbandonare la logica efficientistica ed incrementale della riforma dell'Unione e dei suoi Trattati. Le parole-chiave continuano infatti ad essere "trasparenza" e "semplificazione", o magari quella, in sé ancora più modesta, di "riordino", ma è come se a furia di procedere su quella via si finisse quasi fatalmente per salire una sorta di gradino. Così, il medesimo "riordino" potrebbe condurre a distinguere tra "trattato di base" ed "altre disposizioni", con procedure di modifica e di ratifica differenziate tra l'uno e le altre: certo, anche questa operazione potrebbe essere letta nel senso consueto della semplificazione, ma ora è ben possibile anche una seconda lettura, ovvero che lo sforzo sia quello d'individuare i *caratteri essenziali* del legame creatosi con l'Unione, le finalità ed i principi fondamentali, precedenti il ben più variabile mondo delle politiche, e dunque da proteggere, rispetto a queste ultime, con procedure di modifica più pesanti.

A questo punto, per mettersi sulla via della costituzione, basterà convenire su due punti: che una lettura del genere è più che plausibile, e che essa è molto vicina ad un autentico *processo costituente*, inteso come quel processo che conduce proprio ad individuare il 'nucleo fondamentale' di un determinato patto, nel nostro caso da estrarre dalla complessa materia dei Trattati. In questa linea, il passaggio successivo della *Dichiarazione* chiama la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Convenzione a "riflettere sulla opportunità di inserire la Carta dei diritti fondamentali nel trattato di base", e dunque proprio in quel 'nucleo fondamentale', che in tal modo prenderebbe evidentemente ancora più forma nel senso di una Costituzione europea. Così, l'ultimo capoverso del nostro testo pare essere del tutto conseguente a quanto fin qui espresso, e pone correttamente "il quesito se questa semplificazione e questo riordino non debbano portare, a termine, all'adozione nell'Unione di un testo costituzionale", che individua "gli elementi di base di tale legge fondamentale", ovvero "i valori che l'Unione coltiva, i diritti e i doveri del cittadino, i rapporti fra gli Stati membri all'interno dell'Unione" (3). Certo, il tono conclusivo è fortemente dubitativo, ma proprio per questo la via è aperta, e comunque non è più assolutamente obbligatoria la lettura nel senso della mera razionalizzazione, della pura opera d'ingegneria istituzionale.

Proprio in un contesto di questo genere, diviene allora particolarmente rilevante la ricerca di criteri che ci consentano d'individuare il punto oltre il quale l'opera di riforma dei Trattati acquista autentico significato costituente, e diviene quindi processo costituente. È questo anzi il problema principale che abbiamo oggi nel valutare l'ultima fase della evoluzione costituzionale europea.

Come sappiamo, al quesito posto è possibile rispondere in modo drastico, negando che da una riforma dei Trattati, per quanto incisiva, possa mai nascere una qualche costituzione. Nascerà piuttosto un altro Trattato, come i precedenti fondato sulla volontà degli Stati membri, ma non una costituzione. Alla costituzione si potrà arrivare solo uscendo dalla logica del trattato, delle relazioni di diritto internazionale tra Stati sovrani, ed attivando dunque un vero e proprio potere costituente del popolo europeo, capace d'imporre la soluzione dello Stato federale europeo, con una riconduzione drastica e pesante degli Stati membri a parti del medesimo Stato federale europeo. Una simile impostazione, che chiude immediatamente il discorso della costituzione europea, rinviandolo ad un domani francamente improbabile, è figlia di una ben precisa tradizione costituzionalistica, dominante negli ultimi due secoli, di cui si

(3) *Ibid.*, p. 27. Si veda anche A. PACE, *La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", 2002, n. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vuole evidentemente salvare il pilastro ritenuto più essenziale: che non può esservi processo costituente senza potere costituente, o meglio senza quel particolare potere che assume di norma la forma del soggetto capace di volere, della Assemblea capace di esprimere la volontà del popolo, o della nazione, ed ancora, che non può esservi processo costituente senza fondazione, come suo esito obbligato, di uno Stato sovrano, non importa se ascrivibile al tipo federale o meno. In altre parole, il processo costituente presuppone un'unità politica capace di volere, e produce, a sua volta, un'unità politica capace di agire, nella tradizione dello Stato nazionale unitario (4).

È inutile ora spendere troppe parole per concludere su questo punto. È infatti evidente che oggi sta accadendo proprio ciò che la nostra tradizione costituzionale nega: si sta denominando come 'costituente' un processo in atto, pur non avendo esso un'origine in un potere, nel senso di un soggetto capace di volere, e pur non avendo esso affatto preso la direzione che conduce a fondare una nuova unità politica espressiva del tradizionale principio di sovranità. Proviamo allora ad abbandonare gli orizzonti noti, ed a porci il problema della esistenza — da dimostrare, ovviamente — di un processo costituente non più riconoscibile con gli strumenti della tradizione: un processo costituente senza un'origine nella volontà di un soggetto, e che tende a collocare il suo esito, ovvero la costituzione stessa, al di là dei confini noti della forma politica statale.

Si entra qui in un territorio nuovo, irto di difficoltà, ed anche di pericoli. Ma la sfida è inevitabile, e deve dunque essere accettata. La prima osservazione è dedicata proprio al potere costituente. A mio

(4) Difende appassionatamente il modello costituzionale della tradizione G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?*, in "Diritto Pubblico", 2002, 1, pp. 161 e ss. Per un'opposizione netta tra l'ambito costituzionale e quello internazionale, tra costituzione e trattato, si veda G. DE VERGOTTINI, *Stato federale,* in *Enciclopedia del diritto,* XLIII, 1990, pp. 831 e ss.. Sulla tradizione europea della sovranità, rinviamo a *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine,* sous la direction de G.M. CAZZANIGA e Y.C. ZARKA, due tomi, Pisa e Parigi, 2001; ed in forma sintetica anche a M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione,* in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2002, pp. 3 e ss. Nella prospettiva attuale, si veda infine M. WIND, *Sovereignty and European Integration. Towards a Post-Hobbesian Order*, Basingstoke, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avviso, se vogliamo continuare ancora a discutere, ed anche ad operare, nella linea della Costituzione europea, non si può del tutto abbandonare il terreno del potere costituente (5). Si dovrà certamente marcare con cura la differenza tra il potere costituente della tradizione, delle rivoluzioni di fine Settecento e delle stesse Costituzioni dell'ultimo dopoguerra, ed il potere costituente di cui oggi andiamo alla ricerca in Europa, ma non si dovrà affatto chiudere frettolosamente la partita, come se si trattasse di questione del passato, non più attuale. Insomma, a nostro avviso, anche la Costituzione europea, per essere tale, ha bisogno di un'origine. Ciò che però è sbagliato è collocare in quella origine il soggetto sovrano della tradizione, il popolo o la nazione in senso unitario e monolitico. Pare più adeguato raffigurare il potere costituente europeo come una realtà in sé pluralistica, per sua natura collocata sul piano sovranazionale, in cui troviamo sia gli Stati membri con i loro rispettivi popoli, e con le obbligazioni che reciprocamente li limitano, sia il popolo dei cittadini dell'Unione, come risultato, in senso normativo, di uno *status* crescentemente condiviso (6): è all'insieme di questi soggetti che è necessario riferire l'esercizio del potere costituente. Più avanti, deriveremo da questa prima sommaria conclusione la necessità, per una riforma dei Trattati che ambisca a produrre un esito nel senso della Costituzione europea, di un'approvazione da parte dei popoli degli Stati membri.

Un secondo punto non potrà inoltre essere trascurato nell'ambito della Costituzione europea. È vero che nel passaggio dal piano nazionale a quello europeo lo stesso termine-concetto di 'processo costituente' tende fatalmente a diluirsi, perdendo molto del suo carattere di attuazione di un progetto globale, che punta a rideter-

(5) Si veda in proposito l'indagine di S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come 'potere costituente'*, Milano, 2002. Si veda inoltre A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlino, 2001, spec. 360 e ss. sul potere costituente.

(6) Possiamo qui solo accennare a questo punto, evidentemente collegato con la *Carta dei diritti fondamentali,* su cui comunque torneremo in seguito. Per la prospettiva della 'comparazione diacronica', si veda P. COSTA, *La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo: una comparazione diacronica,* in *Una Costituzione senza Stato,* Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco, a cura di G. BONACCHI, Bologna, 2001, pp. 289 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minare da capo i poteri esistenti, tanto da poter essere connotato, sul piano europeo, come qualcosa che opera "in modo incrementale e concordato, senza salti di qualità o violente espropriazioni di poteri sovrani" (7). Sappiamo già, del resto, che quel processo non è affatto destinato a produrre una nuova forma politica sovrana di tipo monistico, in sé portatrice della tendenza ad esautorare i poteri esistenti (8). E tuttavia, anche per questo aspetto è necessario distinguere: il fatto che si possieda la consapevolezza storica che il processo costituente europeo non produrrà comunque quel certo tipo di unità politica, da ricondurre alla tradizione europea condensata nel principio di sovranità, non significa che si debba, o che si possa, rinunciare alla ricerca di una qualche nuova forma di unità politica, diversa da quella propria della tradizione, e nello stesso tempo capace di oltrepassare, sul piano sovranazionale, la logica meramente pattizia del diritto internazionale. Senza questa ricerca, sarà difficile continuare a parlare di 'costituzione' e di 'processo costituente'. In altre parole, il processo costituente non è tale, anche sul piano europeo, se non conduce, attraverso il 'riordino' dei Trattati, e l'individuazione di un loro 'nucleo fondamentale', nella linea della *Dichiarazione* di Laeken, alla proposizione di un legame tra gli Stati membri nel senso della *Unione*, ovvero nel senso di *un'unità politica di tipo sovranazionale dotata di regole costituzionali,* cui gli Stati stessi sono chiamati ad aderire. Proprio per questo motivo, si pone con forza il problema di una regola nuova, diversa da quella della unanimità prevista dall'articolo 48 del Trattato sull'Unione Europea. Su questo punto torneremo più avanti, ma

(7) Così nel saggio di L. VIOLINI, *La Costituzione europea fra passato e presente,* in *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi.* Ricerca dell'Istituto Luigi Sturzo, a cura di U. DE SIERVO, Bologna, 2001, pp. 71 e ss., p. 103. Non possiamo qui discutere la tesi, davvero impegnativa, formulata di recente, secondo cui la vicenda costituzionale europea s'inserisce in una trasformazione più ampia delle costituzioni, che le vedrà sempre più debolmente indirizzate "verso mete condivise e fini riconosciuti come comuni", e sempre meno capaci di "operare chiusure definitive dei sistemi giuridici": M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, spec. pp. 103 e ss. Nella discussione attuale, si vedano anche E. SCODITTI, *La Costituzione senza popolo. Unione Europea e Nazioni,* Bari, 2001; e C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002.

(8) Insiste sul punto L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in "Diritto Pubblico", VII, 2001, n. 2, pp. 405 e ss., spec. pp. 421 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diciamo fin d'ora che se quella regola dovesse permanere, e contemporaneamente non si affermasse la necessità della approvazione popolare, sarebbe difficile, a mio avviso, resistere alle obiezioni di chi considera quanto meno improprio l'uso del termine-concetto di 'costituzione' con riferimento all'esito del processo di riforma dei Trattati. In una parola, ancora una volta si sarebbe fatto un nuovo Trattato, magari rafforzando ancora di più il piano comunitario, ma non una costituzione.

2. *Un po' di comparazione: Europa e Stati Uniti.*

Due sono dunque gli elementi che devono essere presenti perché si possa legittimamente parlare di 'processo costituente europeo': il modo popolare di ratifica da parte degli Stati membri, e la rottura della regola della unanimità. Un rapido sguardo alla genesi della Costituzione federale americana aiuta a cogliere la rilevanza di questi elementi, e soprattutto la loro forte reciproca connessione. Ovviamente, non si vuole qui sostenere che le due situazioni storiche siano anche lontanamente assimilabili (9). Si vuole piuttosto mettere in rilievo come gli elementi da noi individuati, attinenti al modo di ratifica, o di approvazione, da parte degli Stati si ripetano con significativa puntualità nelle due situazioni, e siano probabilmente destinati a ripetersi, nella vicenda storica complessiva delle costituzioni moderne, ogni volta che si tratta di passare da un legame di stampo essenzialmente internazionalistico, che si esprime nella forma del trattato, ad un legame di qualità diversa ed ulteriore, che continua magari a fondarsi nella dimensione pattizia e convenzionale propria delle relazioni tra Stati, ma che assume poi, come esito conclusivo, la forma della Unione, e della costituzione. Sotto questo profilo, della vicenda americana interesserà proprio cogliere il momento in cui, come oggi in Europa, s'iniziò ad indicare la costitu-

(9) Riflessioni di carattere comparativo in G. BOGNETTI, *L'evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, e *Lo speciale federalismo dell'Unione Europea*, in *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Ricerca della Fondazione Nova Res Publica, a cura di A.M. PETRONI, Bologna, 2001, pp. 19 e ss., e pp. 245 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione come soluzione nuova, di essa mettendo in rilievo la differenza con lo strumento esistente del trattato.

Come sappiamo, le relazioni tra le tredici ex-colonie inglesi, divenute altrettanti Stati liberi ed indipendenti con la Dichiarazione d'Indipendenza, erano regolate, prima della Costituzione Federale del 1787, dagli Articoli di Confederazione, approvati nel 1778 dal Congresso, ma entrati in vigore soltanto il primo marzo del 1781, dopo la ratifica da parte di tutti gli Stati, secondo la regola della unanimità. Tali Articoli, pur conferendo poteri anche rilevanti al Congresso in materia diplomatico-militare, rimanevano però sul piano del trattato, della "lega di amicizia reciproca" (articolo II) tra gli Stati, e tra i rispettivi popoli, tanto che la regola della unanimità, che era servita per mettere in vigore gli Articoli, era mantenuta anche per la loro modifica. Leggiamo infatti nell'articolo XIII: "Gli Articoli della presente Confederazione saranno inviolabilmente osservati da ciascuno Stato…; né potranno essere introdotte modificazioni al testo, a meno che tali emendamenti non vengano approvati dal Congresso degli Stati Uniti e siano successivamente ratificati dagli organi legislativi di ogni Stato". Come vediamo, i due elementi che precedentemente abbiamo individuato con riferimento all'Europa sono anche qui tenuti insieme: poiché ciò che abbiamo di fronte a noi è un semplice trattato, che mantiene quasi del tutto inalterata la sovranità degli Stati, le sue modifiche non potranno non rispondere alla doppia regola della unanimità e della semplice ratifica parlamentare (10).

Il processo costituente prendeva dunque le mosse da questa

(10) Non è ovviamente questa la sede per uno studio approfondito degli Articoli di Confederazione. Ci limitiamo a ricordare la principale letteratura, ed in particolare quella più rilevante per il profilo che più ci interessa, che è quello del passaggio dalla Confederazione alla Costituzione Federale: G.S. WOOD (a cura di), *The Confederation and the Constitution. The Critical Issues*, Lanham, 1973; A.T. MASON, *The States' Rights Debate: Antifederalism and the Constitution*, Oxford University Press, 1972; e soprattutto la recente ricerca di K.L. DOUGHERTY, *Collective Action under the Articles of Confederation*, Cambridge University Press, 2001. Più in genere, si veda anche R.B. MORRIS, *The Forging of the Union 1781-1789*, New York, 1987, spec. pp. 298 e ss., per gli aspetti che più ci interessano. Sul piano documentale, sono certamente utili R. KETCHAM (a cura di), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, New York, 1986; e M. KAMMEN (a cura di), *The Origins of the American Constitution. A Documentary History*, New York, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

situazione di partenza: una Confederazione di Stati sovrani fondata sul principio della *equal sovereignty*, e conseguentemente sul principio di unanimità per l'approvazione di ogni modifica nelle relazioni tra quegli Stati. Ciò che interessa sul piano comparativo è vedere come questa situazione sia stata superata attraverso il processo costituente, evidentemente in direzione di un ridimensionamento netto del peso della singola sovranità del singolo Stato.

I sostenitori della esigenza di un forte governo nazionale comune, come Alexander Hamilton, o James Madison, cercarono in un primo momento di affrontare di petto la questione della sovranità degli Stati, proponendo un governo in qualche modo gerarchicamente sovraordinato rispetto ai governi statali. Nel piano presentato da Hamilton il 18 giugno del 1787 era contenuta una misura in questo senso esemplare: i Governatori degli Stati avrebbero dovuto essere nominati dal governo nazionale, che avrebbero trasferito loro il potere di dichiarare nulle le leggi statali contrarie alla Costituzione ed alle leggi degli Stati Uniti. Nella proposta di Hamilton era significativo anche il linguaggio: gli Stati erano chiamati *particular*, ed il futuro governo federale era il *general government* nazionale (11). Ed ancora, non dimentichiamo che fino al 17 luglio rimase in discussione una proposta che aveva a lungo circolato, che attribuiva direttamente al Congresso degli Stati Uniti un potere di veto nei confronti delle leggi statali, anche in questo caso nella logica di una ben precisa sovraordinazione della legge federale su quella statale (12).

Ebbene, proprio la vicenda costituente americana mostra come in una situazione che in partenza è quella di un complesso di Stati sovrani legati con lo strumento del trattato siano perdenti le strategie frontali, che puntano ad affermare il principio di gerarchia nelle relazioni tra i soggetti istituzionali e tra le fonti di diritto. La Costituente americana respinse inesorabilmente tutte le proposte orientate in questa direzione, mantenendo fermo un punto: che gli *States' Rights* avrebbero rappresentato comunque una componente essenziale dell'ordine costituzionale, anche dopo il passaggio alla

(11) *The Plan presented by Alexander Hamilton*, il 18 giugno 1787, in *The Origins of the American Constitution*, cit., pp. 36-38.

(12) Si veda il punto in A.T. MASON, *The States' Rights Debate*, cit., pp. 37 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Costituzione federale. Quest'ultima non avrebbe dovuto infatti essere intesa come la Costituzione che afferma la sovranità dello Stato federale, ed avrebbe piuttosto dovuto rappresentare la norma fondamentale capace di ordinare le relazioni tra tutti i poteri, federali e statali, che è cosa anche intuitivamente diversa.

Non è certo un caso che proprio quel 17 luglio, che sopra si ricordava come data che segna la sconfitta definitiva di tutti coloro che volevano imporre il veto del Congresso degli Stati Uniti sulle legislazioni statali, crei i presupposti per l'affermazione della celebre *clausola di supremazia*, che poi sarà contenuta nell'articolo VI, secondo comma, della Costituzione: "Questa Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che verranno fatte in conseguenza di essa, e tutti i trattati conclusi, o che si concluderanno, sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; ed i giudici di ogni Stato vi saranno vincolati, quali che siano le disposizioni in contrario contenute nella Costituzione o nella legislazione di ogni Stato". Insomma, una volta ricacciato indietro quel particolare tipo di 'supremazia' che s'identificava nella superiorità gerarchica del potere federale, e della legge federale, sui poteri statali, e sulle leggi statali, si creavano le condizioni per ammettere comunque, ed inserire nella Costituzione, una nuova 'supremazia', che era però quella della Costituzione medesima come legge suprema del Paese, che in quanto tale non poteva non rappresentare, anche per i giudici statali, la prima norma da applicare.

Vedremo più avanti qualche ulteriore implicazione di questa scelta, evidentemente collegata al *judicial review*, al controllo diffuso di costituzionalità. Per ora premeva sottolineare la rilevanza di questo insegnamento contenuto nella esperienza costituzionale americana: la costruzione di un'Unione, di un'unità politica comune, che parta da una pluralità di sovranità statali distinte, passa difficilmente per la via diretta dell'affermazione di una nuova sovranità a scapito delle sovranità esistenti, e sceglie piuttosto la *via giurisdizionale*, del comune dovere di applicazione della medesima legge da parte di tutti i giudici. La lesione al principio di sovranità esiste comunque, perché ora i giudici statali possono, ed anzi in certi casi debbono, disapplicare la legge statale, che era fino a questo momento per loro la fonte in cui si racchiudeva tutto il diritto da applicare, ma si tratta di una lesione ben più ammissibile di quella che sarebbe derivata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'affermazione immediata di una superiorità formale e sostanziale del potere federale, proprio perché attuata tramite lo strumento della giurisprudenza, che per sua natura opera in modo puntuale e progressivo, disteso nel tempo, adattabile in modo elastico alle diverse fasi di evoluzione dei rapporti tra poteri federali e poteri statali, ed in ultima analisi perché riconducibile ad una norma comune ritenuta suprema, e non ad un potere in senso soggettivo, diverso da quello statale ed a quest'ultimo ritenuto superiore in senso gerarchico.

Torniamo ancora per un attimo alla Costituente di Filadelfia. Certo non per caso, in quel medesimo mese di luglio, una volta rassicurati gli Stati sulla loro permanenza come Stati liberi ed indipendenti, è possibile finalmente porre loro la questione fondamentale del *passaggio dal trattato alla costituzione.* Gli Stati vi possono consentire perché ora sanno che dentro la costituzione la loro sovranità sarà diminuita, ma non cancellata. È Madison, nella seduta del 23 luglio, a porre il problema, con grande chiarezza: ciò che ora deve emergere è "la differenza tra un sistema fondato solo sui Parlamenti, ed uno fondato sul popolo, ovvero l'essenziale differenza tra una *lega*, o un *trattato*, da una parte, ed una *Costituzione* dall'altra parte" (13). La simmetria di Madison è perfetta: il trattato sta ai Parlamenti degli Stati come la Costituzione sta al popolo.

Per 'popolo' non s'intendeva per altro certo il popolo americano indistintamente inteso, che appena ora stava facendo il suo ingresso nell'universo delle relazioni politico-costituzionali, e che la stessa Costituzione metteva in fin dei conti a fondamento di un solo organo costituzionale, della Camera dei Rappresentanti. Madison intendeva piuttosto mettere in rilievo la necessità di dare un fondamento popolare alla scelta per la costituzione, ciò che in concreto significava lo 'strappo' della regola della semplice approvazione parlamentare contenuta nell'articolo tredicesimo degli Articoli di Confederazione. E questo fondamento lo si sarebbe ottenuto sostituendo alla

(13) *The Records of the Federal Convention*, ed. by M. FARRAND, New Haven, 1911, II, 93. I corsivi sono nel testo. Tutta questa fase, ed in particolare proprio la problematica anche da noi messa in evidenza, è esaminata da K.L. DOUGHERTY, *Collective Action under the Articles of Confederation*, cit., pp. 140 e ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

procedura parlamentare, all'interno di ciascuno Stato, la ratifica della nuova Costituzione per mezzo di Convenzioni appositamente elette dai popoli degli Stati. È all'insieme di queste Convenzioni che possiamo riferire il momento decisivo nello svolgimento del processo costituente, l'esercizio in concreto del potere costituente.

La vicenda americana mostra il carattere essenziale ed imprescindibile della approvazione popolare, proprio per il configurarsi stesso di un autentico processo costituente. Senza quella approvazione, avrebbe probabilmente ripreso forza la prospettiva minore della semplice riforma del trattato, ovvero degli Articoli di Confederazione, a quel punto con la connessa necessità di rispettare integralmente le regole della revisione contenute nell'articolo tredicesimo, anche per ciò che riguardava il requisito della unanimità. Ed invece, grazie alla svolta del luglio del 1787, anche quest'ultimo aspetto viene a cadere. Infatti, la Costituzione che si sta mettendo in vigore non è più rappresentabile come un semplice trattato tra Stati sovrani, che esiste solo nella misura in cui tutti quegli Stati l'abbiano sottoscritto, nel suo contenuto originario, e poi con tutte le successive modifiche. Ora, la Costituzione, pur presupponendo gli Stati, e pur conservando in sé buona parte della loro sovranità, riposa su un fondamento di carattere popolare, ovvero sulla approvazione da parte dei popoli degli Stati, in una misura ritenuta sufficiente per la legittimazione della svolta avvenuta, che non può corrispondere ad una maggioranza semplice, ma sulla quale si ragiona dopo aver ormai superato e rimosso la regola della unanimità.

E tuttavia, a dimostrazione di quanto questo passaggio fosse delicato ed impegnativo, i costituenti americani continuarono a ragionarci sopra per alcune settimane. Nel *First Draft of the Constitution*, del 6 agosto, l'articolo XXI mostra come un curioso spazio in bianco. Vi leggiamo infatti: "La ratifica da parte delle Convenzioni di [...] Stati sarà sufficiente per l'organizzazione della Costituzione", ovvero per la messa in opera dei procedimenti necessari per l'elezione della Camera dei Rappresentanti, del Senato, del Presidente (art. XXIII), e dunque, in sostanza, per la messa in vigore della Costituzione (14). A quella data, si era dunque già deciso di dare alla

(14) *First Draft of the Constitution*, in *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, cit., p. 144.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Costituzione un fondamento popolare, ma non si era ancora in grado di prendere posizione sulla regola dell'unanimità: in teoria, in quello spazio si sarebbe ancora potuto scrivere tredici. Solo dopo un mese di discussioni, per la precisione il 30 agosto, si scelse per nove Stati (15).

Così, nel testo definitivo della Convenzione, del 17 settembre, inviato al Congresso della Confederazione per la sua approvazione e la successiva messa in moto delle Convenzioni di ratifica negli Stati, leggiamo una norma ancora diversa: "La ratifica da parte delle Convenzioni di nove Stati sarà sufficiente per l'entrata in vigore di questa Costituzione tra gli Stati medesimi che l'avranno ratificata"(articolo VII) (16). Era ora ancora più chiaro, non solo che la regola della unanimità era caduta, ma anche che si era pronti a fare entrare in vigore la Costituzione tra quei nove Stati che l'avessero sottoscritta.

Il processo costituente aveva ormai evidentemente demolito del tutto la vecchia logica del trattato: quegli Stati che non avessero ratificato la Costituzione avrebbero potuto trovarsi soli. Così fu in effetti. Il nono Stato a ratificare fu il New Hampshire, il 27 giugno 1788. In verità, il Congresso attese ancora il decimo e l'undicesimo Stato, che furono rispettivamente la Virginia e New York, data anche la loro rilevanza. Ma poi, il 13 settembre 1788, mise in vigore la Costituzione. Rhode Island aveva respinto la Costituzione con un apposito referendum, ma la Convenzione del North Carolina aveva semplicemente chiesto che fossero presi in considerazione determinati emendamenti, da parte del Congresso e di un'eventuale seconda Convenzione. Non c'era però più tempo per dialogare. La decisione era stata presa, e la Costituzione doveva entrare in vigore. Del resto, le soluzioni scelte mostravano che gli Stati non sarebbero stati affatto cancellati all'interno del nuovo ordine costituzionale. Ma vi si dovevano collocare dentro, o rifiutarlo: mantenere semplicemente la vecchia posizione, pretendendo di far valere ancora la logica del trattato e della unanimità non era più possibile. Anche North Carolina e Rhode Island alla fine ratificarono, rispettivamente il 21

(15) Si veda K.L. DOUGHERTY, *Collective Action*, cit., p. 160.

(16) Il testo della Costituzione inviato dalla Convenzione al Congresso si trova in *The Origins of the American Constitution*, cit., p. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

novembre del 1789, ed il 29 maggio del 1790. Così, i tredici Stati fondatori si ritrovarono di nuovo tutti insieme, ma attraverso un autentico processo costituente, che aveva prodotto, come esito ultimo, un legame di qualità completamente nuova.

3. *Alcuni possibili esiti del processo costituente europeo.*

Il processo costituente americano non si arrestò con l'emanazione della Costituzione Federale. Subito dopo, fu messo in moto il procedimento che avrebbe condotto, il 15 dicembre del 1791, all'adozione del *Bill of Rights.* Anche questo può costituire un utile elemento di comparazione con l'Europa, che in una certa misura lega l'affermazione della esistenza di un processo costituente europeo anche alla recente proclamazione della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (17).

La *Carta* europea è certamente destinata, anche indipendentemente dal suo inserimento nel Trattato, a svolgere un ruolo di primo piano. Nella sua vicenda si esprime bene quella 'via giurisdizionale' alla costruzione della comune forma politica, cui già si accennava sopra a proposito della Costituzione federale americana: come si ricorderà, i costituenti americani scartarono le soluzioni imperniate sul principio della gerarchia dei poteri, come il veto congressuale sulle leggi statali, e preferirono fondare la clausola di supremazia sul dovere di tutti i giudici, statali e federali, di applicare in primo luogo la Costituzione, la legge fondamentale del Paese.

La situazione europea non è certo questa. Vi opera però, già ora, il noto principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale, e dunque l'obbligo dei giudici statali, nelle materie di competenza comunitaria, a fronte di una normativa statale incompatibile con il diritto comunitario direttamente applicabile, di procedere senz'altro alla applicazione di quest'ultimo ed alla conseguente non applicazione della norma statale interna. In seno alle giurisdizioni degli Stati membri si è dunque già ora accettata l'idea

(17) Sul punto si veda S. NINATTI, *Catalogo dei diritti e centralizzazione delle competenze nelle esperienze federali: uno sguardo oltreoceano*, in *La difficile Costituzione europea*, ricerca dell'Istituto Luigi Sturzo, a cura di U. DE SIERVO, Bologna, 2001, pp. 145 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che i giudici debbano ubbidienza e fedeltà ad un diritto diverso da quello statale, che a certe condizioni anzi prevale sul diritto statale. È ciò che era accaduto, due secoli prima, ai giudici statali americani, con la clausola di supremazia contenuta nella Costituzione federale, con questa differenza: mentre negli Stati Uniti il diritto prevalente, caso per caso, su quello statale era contenuto nella Costituzione stessa, o da essa derivato direttamente, in Europa il primato del diritto comunitario si è fino ad ora fondato in sostanza sugli obblighi derivanti dai Trattati, e solo ora assume coloriture propriamente costituzionali, con la proclamazione della *Carta*, e con la connessa valorizzazione del concetto, a lungo circolante, anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, di 'tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri' (18).

Il quesito che ora si pone è per l'appunto questo: se anche nel caso europeo le ragioni della prevalenza sul diritto nazionale presso i giudici statali da parte di un altro diritto possano assumere contorni e significati di ordine costituzionale, tenendo presente il limite fin qui fissato a tale prevalenza, ammissibile a condizione che il diritto comunitario non violi i principi fondamentali e i diritti inalienabili riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni nazionali, come quella italiana, e fissati dalle rispettive Corti costituzionali, assurte così a vere e propri custodi, non solo della Costituzione stessa e del suo 'nucleo fondamentale', ma anche di una sorta di 'riserva ultima' di sovranità, assolutamente non disponibile (19). Si chiede, in modo ancora più netto e reciso, se la *Carta*, una volta inserita nel Trattato, a sua volta considerato come vera e propria Costituzione europea,

(18) Su questo punto, sull'articolo sesto del Trattato sull'Unione europea, e sulle problematiche connesse, rinviamo a M. FIORAVANTI-S. MANNONI, *Il 'modello costituzionale' europeo: tradizioni e prospettive*, in *Una Costituzione senza Stato*, cit., pp. 23 e ss.; ed alla sintesi di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

(19) Si veda in proposito G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001; V. ONIDA, *'Armonia tra diversi' e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2002, pp. 549 e ss.; F. SALMONI, *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Diritto Pubblico*, 2002/2, pp. 491 e ss.; e M.A. CABIDDU, *Costituzione europea e Carte dei diritti fondamentali*, in *Profili della costituzione economica europea*, Ricerca del Centro di Ricerche in Analisi Economica, Economia Internazionale, Sviluppo Economico, a cura di A. QUADRIO CURZIO, Bologna, 2001, pp. 177 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attraverso il meccanismo ormai noto del primato del diritto comunitario, non divenga di fatto uno strumento di destrutturazione delle Costituzioni nazionali e del sistema dei diritti fondamentali in esse incardinato.

A tale quesito rispondiamo negativamente. In realtà, quell'esito, così catastrofico per le Costituzioni nazionali, è pensato e previsto sulla base del vecchio armamentario del diritto pubblico statale, dominante in Europa tra Otto e Novecento: se c'è una Costituzione, vuol dire che c'è uno Stato, e dunque che sono in pericolo le sovranità degli Stati esistenti, con le loro rispettive Costituzioni. Non sarà così in Europa, poiché la stagione del diritto pubblico statale è storicamente ormai trascorsa. Ciò che il processo costituente europeo sta costruendo non è un nuovo Stato dotato dei caratteri tradizionali della sovranità, ma un'originale forma politica sovranazionale, la cui Costituzione conterrà una parte comune, in una certa misura già espressa nella *Carta,* e che sempre più si preciserà nel dialogo tra le giurisdizioni, comunitaria e nazionali, e tante parti proprie quanti saranno gli Stati membri, entro le quali si conserveranno gli specifici nazionali, anche se non in modo chiuso ed isolato, ma entro un rapporto di continua dialettica con la parte comune.

Del resto, anche lo stesso *Bill of Rights* americano non fu affatto concepito come un sistema di principi e di valori da imporre agli Stati. Al contrario, in una celebre deliberazione del 1789 il Congresso degli Stati Uniti, respingendo un emendamento di Madison, stabilì che il *Bill of Rights* non si dovesse applicare in ambito statale, ovvero che non fosse ammissibile l'ipotesi di una legge statale da dichiarare nulla, e da disapplicare, in quanto contraria al medesimo *Bill* (20). Né si può dimenticare che il medesimo testo costituzionale conteneva il celebre X emendamento: "I poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai rispettivi Stati, ovvero al popolo", che unito al precedente IX: "L'enumerazione di alcuni diritti fatta nella Costituzione non potrà essere interpretata in modo che ne rimangano negati o menomati altri diritti che il popolo si è riservato", ribadiva con forza il

(20) Si veda in proposito *States' Rights and American Federalism*, ed. by F.D. Drake e L.R. Nelson, Westport-London, 1999, pp. 67 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ruolo degli *States' Rights*, e dunque l'integrità del sistema dei diritti fissato nelle Costituzioni statali.

Certo, com'è ben noto, le vicende successive volgeranno nel senso di un incremento consistente dei poteri federali a scapito di quelli statali, ma più sulla base di una nota interpretazione estensiva della *necessary-and-proper clause*, contenuta nell'ultimo capoverso della sezione ottava dell'articolo primo della Costituzione federale, che non per la via del *Bill of Rights*, che ancora una sentenza del 1833 della Corte Suprema considerava non opponibile agli Stati ed alla loro legislazione. In effetti, solo all'inizio degli anni Venti del Novecento la stessa Corte Suprema, facendo leva soprattutto sul XIV emendamento, arrivò alla conclusione che gli Stati fossero sottoposti al principio del *due process of law* contenuto nel *Bill of Rights*, ed in particolare nel V emendamento (21).

In realtà, proprio la vicenda americana mostra come in una situazione di partenza data da una pluralità di Stati sovrani sia ben difficile arrivare al risultato di poter legalmente opporre alle leggi, ed alle Costituzioni statali, diritti fondamentali ad esse ritenuti superiori perché fondati nella legge fondamentale comune, approvata dagli Stati stessi. Se negli Stati Uniti si è impiegato ben più di un secolo per arrivare a questo risultato, nonostante la clausola di supremazia contenuta nella Costituzione, e nonostante l'immediata adozione del *Bill of Rights* come parte integrante della Costituzione medesima, non si vede perché in Europa gli Stati debbano così facilmente lasciare che le loro Costituzioni siano sovvertite sul piano europeo. Del resto, non è proprio un caso che la stessa *Carta* europea si preoccupi in modo così marcato di rassicurare su questo punto, con le disposizioni sull'ambito di applicazione e sul livello di protezione

(21) Così recita la *necessary-and-proper clause:* che il Congresso avrà facoltà "di fare tutte le leggi necessarie ed adatte per l'esercizio dei detti poteri", ciò che indubbiamente attenuava assai, nel passaggio dalla Confederazione alla Federazione, il principio di tassatività delle materie su cui il Congresso poteva esercitare le sue competenze. Per la sentenza della Corte Suprema del 1833 si veda *States' Rights and American Federalism*, cit., p. 91. Il XIV emendamento, del 23 luglio 1868, stabiliva che "… Nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà, senza una procedura legale nella dovuta forma…". Anche su questa fase, si vedano i documenti contenuti in *States' Rights*, cit., pp. 139 e ss. Sotto un profilo diverso, si veda anche *John Marshall. 'Judicial Review' e Stato federale*, a cura di G. BUTTÀ, Milano, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(articoli 51 e 53), che stabiliscono l'applicabilità delle disposizioni contenute nella *Carta* agli Stati membri, ma esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, e garantiscono inoltre circa la permanenza delle competenze definite dai Trattati, e soprattutto circa l'impossibilità di limitare la garanzia dei diritti fondamentali fissata, in particolare, non solo nella Convenzione europea del 1950, ma anche nelle Costituzioni degli Stati membri.

Quel che emerge, in ultima analisi, è che in una costituzione federale, sia essa quella americana già sperimentata da due secoli, o quella europea che si vorrebbe fare, gli *States' Rights* sono destinati a rappresentare una componente essenziale (22). Noi crediamo dunque che anche in Europa, come già negli Stati Uniti, si possa seguire la 'via giurisdizionale' , a partire dalla *Carta,* che in fondo nasce dalla giurisprudenza, e ad essa è destinata a tornare, nella interazione, e nel dialogo, certamente destinati a crescere, tra giurisdizioni, comunitaria e nazionali, ma crediamo anche che questo diritto costituzionale comune europeo, di origine giurisprudenziale, ben difficilmente potrà trovare un punto di sintesi qualificabile come 'costituzione' se non si affronterà il nodo degli *States' Rights* su un piano necessariamente diverso, che non può non essere quello, politico più che giurisdizionale, di una incisiva riforma dei Trattati, tale da mutare la qualità del rapporto esistente tra gli Stati membri.

Come ci insegna proprio l'esempio americano, quando si parte da una situazione di *equal sovereignty* tra una pluralità di Stati, con la lotta per la costituzione, che parte da quella situazione, non si esprime solo l'affermazione di una legge fondamentale comune che tutti i giudici devono applicare, ma anche, ed anzi in primo luogo, la trasformazione del legame esistente tra gli Stati, non più riconducibile nei confini noti del trattato. In altre parole, si vuole una 'costituzione' perché si pensa di avere un diritto comune da espri-

(22) Si veda ancora la sintesi complessiva di F. McDonald, *States' Rights and the Union*, cit., *passim.* Sarà anche bene ricordare come nella prima metà dell'Ottocento fosse ancora in discussione la cosiddetta *nullification,* ovvero il veto dello Stato opposto alla esecuzione della legge federale, che fosse ritenuta lesiva dei poteri dello Stato, che derivava dalla convinzione che la sovranità risiedesse esclusivamente negli Stati e nei loro popoli, unici autori della stessa Costituzione federale: si veda in proposito M.L. Salvadori, *Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante*, Roma-Bari, 1996, pp. 229 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mere, ma prima ancora perché si pensa che il trattato non basti più, che l'insieme delle relazioni tra gli Stati non sia più contenibile nella dimensione del trattato e formi invece *un ordine che merita una costituzione*. Questo sembra essere il punto al quale si è arrivati oggi in Europa, ed è da questa prospettiva che sembra imminente un vera e propria svolta per il processo costituente europeo.

Già avevamo posto questo problema, all'inizio del nostro contributo: quando la riforma dei Trattati cessa di essere una semplice opera di riordino e di semplificazione per divenire vera e propria opera costituente? È certamente importante che il Trattato dell'Unione riformato accolga la *Carta*, dando così ulteriore impulso alla formazione, per via giurisprudenziale, del diritto costituzionale comune europeo. Noi crediamo però che tutto questo non sia rappresentabile ancora come un autentico processo costituente. Il processo costituente europeo non può operare solo con lo strumento della giurisprudenza, ed alimentarsi di una logica puramente incrementale ed evolutiva. Anche in questo caso, per avere una costituzione è necessaria una decisione. È quella decisione che assunsero — come abbiamo visto — i costituenti americani, quando abbandonarono la via della revisione degli Articoli di Confederazione, e con essa la duplice regola della unanimità degli Stati e della semplice approvazione parlamentare.

Quella regola era contenuta nell'articolo tredicesimo degli Articoli di Confederazione. Anche noi in Europa abbiamo oggi il nostro articolo tredicesimo da superare: è l'articolo 48 del Trattato sull'Unione Europea, che prevede il metodo della Conferenza intergovernativa per la modifica dei Trattati, e si conclude con un ultimo comma: "Gli emendamenti entreranno in vigore dopo essere stati ratificati da tutti gli Stati membri conformemente alle loro rispettive regole costituzionali" (23). La differenza con gli Articoli di Confederazione sta solo nel fatto che l'articolo 48 del Trattato si limita a rinviare alle regole costituzionali degli Stati membri, non prescrivendo un modo di ratifica che si esaurisca necessariamente nella

(23) Sulla regola del 'comune accordo' nella revisione dei Trattati, vedi B. DE WITTE, *Il processo semi-permanente di revisione dei trattati*, in "Quaderni costituzionali", 3/2002, pp. 499 e ss. Nello stesso Quaderno vedi anche le considerazioni di G. AMATO, *La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti*, *ibid*., pp. 449 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

approvazione parlamentare, cosicché quegli Stati potrebbero ben decidere per l'introduzione della voce popolare diretta nel procedimento di ratifica. È noto per altro che alcuni Stati hanno già deciso in questo senso.

È questo il vero banco di prova per il processo costituente europeo: il modo popolare di ratifica del Trattato riformato, ed insieme la rottura della regola della unanimità, la decisione per una regola che stabilisca l'entrata in vigore della Costituzione europea tra gli Stati che l'avranno ratificata, ovviamente a condizione che si tratti di un numero elevato e rappresentativo degli Stati membri. Come si ricorderà, i costituenti americani stabilirono 9 su 13.

Non spetta certo a noi formulare vere e proprie proposte (24). Possiamo però confrontarci, in conclusione, con lo 'Studio di fattibilità' reso noto dalla Commissione Europea il 5 dicembre 2002, che è corredato da un progetto organico di *Costituzione dell'Unione Europea*, e che tocca in modo dettagliato proprio la nostra problematica, forse troppo a lungo elusa, dei modi di ratifica.

Lo Studio della Commissione si fonda su un "concetto di base", che è quello di "dotare l'Unione di una Costituzione che sostituisce i trattati esistenti" (p. I): non si poteva certo essere più chiari di così nell'indicare l'obbiettivo. Tuttavia, non appena si approfondisce un po' di più l'argomento, ci rendiamo subito conto della sua complessità. Intanto, in una Comunicazione del giorno precedente, del 4 dicembre, della stessa Commissione, in qualche modo diretta alla Convenzione, si registra l'esistenza di un'alternativa, ancora del tutto aperta: se concludere i lavori della medesima Convenzione con una semplice riforma dei Trattati, a quel punto fatalmente seguendo senza variazione alcuna le modalità indicate dall'articolo 48, o se puntare decisamente, come risultato della medesima opera di riforma, al *Constitutional Treaty*, da collocare al posto dei Trattati esistenti, lavorando così in modo ben più incisivo sullo scarto tra Trattato e Costituzione, e dunque ponendo anche il problema, a quel punto, di modalità nuove di approvazione e di ratifica (p. 23).

Anche secondo noi, è questa l'alternativa fondamentale. La prima ipotesi è tutt'altro che esclusa. Non è insomma affatto detto

(24) Si veda *Institutional Reforms in the European Union. Memorandum for the Convention*, Roma, 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che questa tanto conclamata Costituzione europea arrivi davvero, magari nella forma appena enunciata del Trattato Costituzionale. E può invece accadere che il processo costituente europeo si arresti, e rifluisca lentamente e mestamente in un'ordinaria opera di riforma dei Trattati. Noi qui però ragioniamo con la tecnica del 'come se', e dunque procediamo avanti nel prendere in considerazione la seconda ipotesi, come se essa fosse prossimamente destinata a prevalere conducendoci questa volta davvero sulla via della Costituzione europea. Quali problemi incontreremmo su questa via?

In primo luogo, si deve mettere in rilievo che scegliere la via della Costituzione non significa affatto proporre, ed imporre, un rottura dell'*equilibrio istituzionale* su cui si fonda l'Unione Europea: tra gli stessi sostenitori della Costituzione è del tutto prevalente l'idea che l'Unione abbia una propria natura specifica, sottratta comunque al processo costituente, e che tale natura sia in sé *dualistica*, dipendendo in ogni caso per un lato dagli Stati membri. Ciò significa, in concreto, che non si fa la Costituzione perché si vuole mutare tale natura dell'Unione, nella prospettiva dello Stato federale europeo, e della conseguente riduzione degli Stati membri a semplici parti dell'unico corpo politico federato. Non è questo il punto, non è questo ciò che si vuole, non è questo il motivo per cui si vuole la Costituzione europea. Su questo aspetto non si insisterà mai abbastanza, data la sua importanza strategica, e data soprattutto la necessità di svincolare in modo netto l'immagine della Costituzione europea dall'immagine dello Stato federale europeo, in qualche modo destinato ad assorbire gli Stati membri.

La Costituzione europea non è dunque questo, non è la legge fondamentale di un ipotetico Stato federale europeo. Dunque, cos'altro è? Noi riteniamo che la si possa intendere come *un insieme di principi fondamentali,* che i soggetti costituenti, ovvero gli Stati membri con i loro rispettivi popoli, dichiarano essere, nel loro complesso, *i principi storicamente caratterizzanti l'Unione*: la Costituzione è in questo caso *il nucleo fondamentale del patto* che sta alla base della stessa Unione. In questo senso, il processo costituente europeo può essere inteso come quel processo che tende ad estrarre dalla complessa materia dei Trattati tale 'nucleo fondamentale', collocandovi le grandi norme di principio, sulle finalità ed i compiti dell'Unione, sui diritti fondamentali, sui poteri e sugli strumenti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativi, sulle procedure di decisione. E che questa sia la 'costituzione' dovrà essere chiaro anche per il tramite, come sempre decisivo, delle future norme sulla revisione, che dovranno prevedere, per tale 'nucleo', la protezione di un procedimento particolarmente aggravato, con maggioranze particolarmente elevate, sia all'interno delle istituzioni dell'Unione coinvolte nel procedimento, sia in sede di ratifica da parte degli Stati membri. Se questo dovesse essere davvero l'esito del processo che stiamo analizzando, nel decorso del tempo ci abitueremmo a considerare 'costituzione' nient'altro che questo, ovvero quella parte del patto tra gli Stati che si presenta come più rigida perché contenente *i caratteri essenziali* del patto medesimo: ciò che pare essere per altro una conclusione del tutto adeguata e logica per una vicenda singolare come questa, che sembra produrre per l'appunto una costituzione a partire da un trattato.

Rimane però un problema, che è in un certo senso quello dal quale siamo partiti. Ricordiamo per un attimo il celebre intervento alla Costituente di Filadelfia di James Madison, del 23 luglio 1787 (25). Madison sapeva bene che la regola per la riforma degli Articoli di Confederazione, ancora ben vigenti tra gli Stati, era quella della unanimità, e sapeva altrettanto bene che per lo meno due Stati — Rhode Island e North Carolina — avrebbero votato contro. Con grande decisione disse allora alla Convenzione: la regola della unanimità vale per la riforma degli Articoli, ovvero del trattato esistente, ma noi non stiamo riformando un trattato, ma facendo una cosa diversa, che si chiama 'costituzione', che noi fonderemo sulla volontà dei popoli, oltre quindi la semplice approvazione delle legislature statali prevista dagli Articoli, e quando quella volontà sarà chiaramente espressa — da parte delle Convenzioni appositamente elette di 9 Stati su 13 —, noi metteremo legittimamente in vigore la Costituzione, tra gli Stati che l'avranno approvata.

Oggi siamo in Europa al medesimo punto. Se ne sono accorti gli autori dello 'Studio di fattibilità' della Commissione Europea del 5 dicembre, che sopra abbiamo già ricordato. Certo, non è più il tempo delle Assemblee costituenti, e così non troviamo, in questo documento, i toni perentori di Madison, o una formulazione altrettanto netta della differenza tra trattato e costituzione. Anzi, il

(25) Vedi *supra*, nota 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tentativo è palesemente quello di conciliare, di stemperare, di ricondurre alla dimensione della procedura regolata il passaggio dal trattato alla costituzione. Non v'è dubbio tuttavia che il problema sia quello, in sostanza lo stesso formulato da Madison.

Si propone così che la Costituzione europea — denominata *Treaty on the Constitution* — entri in vigore mediante un *Agreement* tra gli Stati membri, che prevede quanto segue: 1) che almeno tre quarti degli Stati formulino una "dichiarazione solenne" di appartenenza alla Unione Europea, ora dotata di Costituzione (articolo 5); 2) che con gli Stati che non intendano formulare tale dichiarazione si aprano negoziati tesi a disciplinare la loro futura posizione nei confronti dell'Unione (articolo 4); 3) che ad una certa data, a condizione che almeno cinque sesti degli Stati abbiano sottoscritto l'*Agreement*, o nella forma della dichiarazione solenne, o in quanto abbiano concluso i negoziati previsti nel punto precedente, la Costituzione entri in vigore, ovviamente tra gli Stati che l'abbiano ratificata nella forma prevista al punto primo (articolo 6. 2 e 3).

L'intento è evidente: salvare il più possibile la regola della unanimità prevista nell'articolo 48 attraverso lo strumento dell'*Agreement*, nella speranza che tutti gli Stati trovino il modo di esprimere in esso la propria posizione, di piena appartenenza, o di associazione più o meno stretta, secondo quanto si stabilirà nei negoziati con ciascuno degli Stati che non intenderanno ratificare la Costituzione. E tuttavia, la spessa coltre delle regole di procedura non riesce a nascondere del tutto la sostanza: che quando si sarà raggiunta — nel senso che sopra abbiamo precisato — la quota dei cinque sesti degli Stati, l'*Agreement* sarà considerato concluso, creando così il presupposto per l'entrata in vigore della Costituzione, ovviamente tra i soli Stati che l'avranno ratificata. A quel punto, ogni ulteriore negoziato, eventualmente ancora in corso, diverrà irrilevante, perché si sarà creata come una nuova legittimità, che renderà possibile non attendere più nessuno. Si presumerà anzi che gli Stati fuori dall'*Agreement* siano ormai, per loro stessa volontà, fuori dall'Unione.

Alla fine, vi è dunque, anche in questo caso, *una decisione* alla base della costituzione: si è cioè deciso che in ciò che chiamiamo 'Costituzione europea' sia contenuto un complesso di principi, e di regole, di tale rilevanza per l'Europa da non poter essere lasciato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inespresso per la volontà contraria di solo un quinto degli Stati membri. Non è un ragionamento molto dissimile da quello dei costituenti americani, che non potevano rinunciare, dal loro punto di vista, al progetto contenuto nella Costituzione federale per l'opposizione ad esso del Rhode Island e della North Carolina.

C'è però una differenza, con cui vorremmo concludere. Per i costituenti americani fu decisivo l'argomento del voto popolare. È vero infatti che si stabilì che sarebbe stata sufficiente, al posto della unanimità prevista dagli Articoli di Confederazione, la ratifica di nove Stati su tredici, ma da ottenere attraverso speciali Convenzioni direttamente elette dai popoli, e non più per via puramente parlamentare. Questo punto sembra invece intangibile in Europa. Lo stesso *Agreement* sarà infatti ratificato dagli Stati membri "conformemente alle loro rispettive norme costituzionali" (art. 6.1), perfettamente in linea con l'articolo 48 del Trattato sull'Unione, e dunque con la ratifica parlamentare. Si è osservato sopra che per altro alcuni Stati hanno già deciso a favore dell'introduzione della voce popolare diretta nel procedimento di ratifica, e che altri potrebbero ben farlo, pur rimanendo ferme le norme attuali. Noi riteniamo tuttavia che questo non sia sufficiente, e che si dovrebbe compiere uno sforzo ulteriore in questa direzione, in modo da garantire una deliberazione popolare sulla Costituzione in ciascuno Stato, magari da effettuarsi contestualmente, nella stessa data, e con modalità comuni. Pensiamo che questo sia un punto non così facilmente eludibile, per un motivo molto serio, che attiene al piano della legittimazione: se davvero si è deciso di mettere in discussione, almeno in parte, il fondamento internazionalistico dell'Unione, consistente nel principio dell'unanime e comune accordo tra gli Stati, non si potrà allora troppo a lungo rimanere a metà del guado, e si dovrà ricercare anzi rapidamente sull'altra sponda una legittimazione nuova per l'Unione, e per la sua Costituzione, che non potrà non essere quella popolare. Ovviamente, data la particolare natura dell'Unione, rimarrà il marchio d'origine, e dunque tale legittimazione non andrà ricercata nel popolo europeo, o in una speciale occasione costituente, ma nei popoli dei singoli Stati, ed all'interno dei procedimenti di ratifica tra gli Stati concordati. Entro questi limiti, un fondamento popolare per la Costituzione europea sembra essere ormai necessario.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANGELA DE BENEDICTIS

RESISTERE: NELLO STATO DI DIRITTO, SECONDO IL DIRITTO 'ANTICO', NELL'EUROPA DEL 'DIRITTO AL PRESENTE'

> "… si rischia di provocare una loro [dei diritti] totale incomprensione continuare a parlarne — come ancora oggi si fa — mantenendo ben saldo in testa il modulo inabdicabile dello Stato sovrano protettore; visione positivistica e paleo-liberale insieme che riproduce antistoricamente oggi una lontana *infanzia* dei diritti quali situazioni bisognose di una tutela forte e pertanto affidati allo Stato e pensati nello Stato" (1).

Queste considerazioni di Paolo Grossi nella *Pagina introduttiva* del trentesimo numero dei "Quaderni Fiorentini" aiutano chi scrive (ed è bene precisare subito che si tratta di una storica non giurista) a presentare il problema "diritto di resistenza" e a delineare in apertura l'approccio che verrà seguito.

I. Il "diritto di resistenza" è una questione che appartiene in pieno alle scienze ottocentesche dello *Staatsrecht*, del diritto pubblico, del diritto costituzionale. Al loro interno viene tematizzato, partendo dalla scienza tedesca di fine '700 e giungendo alla scienza italiana di fine '800, come garanzia della libertà già compiutamente realizzata nello Stato di diritto e quindi ormai privo di ragioni giuridiche, dotato unicamente di interesse 'storico' residuale. Ora che la teoria dello Stato di diritto viene vista criticamente in pro-

(1) P. Grossi, *Pagina introduttiva (Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini')*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno" 30, 2001, I, pp. 1-12:11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spettiva storica (2); ora che alla prassi delle 'tradizioni costituzionali comuni' è conferito un ruolo privilegiato dal fenomeno "globalizzazione" (3), il problema "diritto di resistenza" può essere smontato nelle componenti della sua costruzione teorica ottocentesca e riportato ad una questione fondamentale di prassi, intorno alla quale il pensiero giuridico medievale e moderno ha costantemente e ripetutamente riflettuto. Il "diritto al presente" (4) dell'età della globalizzazione può comprendere, per l'"affollamento" che lo caratterizza, il carattere "inclusivo, piuttosto che esclusivo e selettivo" (5) degli argomenti utilizzati da giuristi medievali e moderni nel discutere non tanto sul "diritto di resistenza", quanto piuttosto sulla liceità di resistere secondo il diritto/i diritti.

Prima di entrare *in medias res* vale la pena ricordare quale attenzione ricevesse il "diritto di resistenza" poco più di trent'anni fa. Lo si farà sulla base di un breve ma denso intervento di un filosofo del diritto (Norberto Bobbio), e di una lunga e dettagliata voce — quasi una monografia — di uno storico del diritto (Giovanni Cassandro): due esempi diversi di un forse comune *Zeitgeist*.

Nel 1971, nello stesso anno in cui si progettava il primo numero dei "Quaderni Fiorentini", Norberto Bobbio segnalava il "rinnovato interesse per il problema della resistenza", dopo aver sottolineato il nesso tra stato liberale e democratico e "costituzionalizzazione" del diritto di resistenza (6). "Dal punto di vista istituzionale lo Stato liberale e poi democratico, che venne instaurato a poco a poco nei paesi più progrediti lungo tutto l'arco del secolo scorso, fu caratterizzato da un processo di accoglimento e di regolamentazione delle varie richieste provenienti dalla borghesia in ascesa per un contenimento e per una delimitazione del potere tradizionale. Poiché queste

(2) P. COSTA - D. ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

(3) P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit.

(4) M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.

(5) Ivi, p. 65.

(6) N. BOBBIO, *La resistenza all'oppressione, oggi*, relazione tenuta al convegno sassarese su "Forme di autonomia e diritto di resistenza nella società contemporanea" organizzato da PIERANGELO CATALANO (*Autonomia e diritto di resistenza*, "Studi Sassaresi", III, 1970-71), ora in *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 159-179: 162.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

richieste erano state fatte in nome o sottospecie del diritto alla resistenza o alla rivoluzione, il processo che diede luogo allo stato liberale e democratico si può ben chiamare un processo di "costituzionalizzazione" del diritto di resistenza e di rivoluzione" (7). Le "ragioni storiche" della reviviscenza dell'interesse per il problema della resistenza dipendevano dal fatto che "sia sul piano ideologico sia sul piano istituzionale [era] avvenuta un'inversione di tendenza rispetto alla concezione e alla prassi politica attraverso cui si venne formando lo Stato liberale e democratico ottocentesco" (8). Per quanto allora non si svolgesse sul piano della storia del pensiero giuridico, il ragionamento di Bobbio coglieva puntualmente la differenza tra le discussioni condotte dagli autori del XVI e XVII secolo (9) e quelle del presente, una differenza che toccava l'essenza stessa del diritto di resistenza (10): "I teorici antichi discutevano sul carattere lecito o illecito della resistenza sotto le sue diverse forme, ovvero ponevano il problema in termini giuridici, mentre coloro i quali discutono oggi di resistenza o di rivoluzione ne parlano in termini essenzialmente politici, cioè si chiedono se questa resistenza è opportuna e efficace; non si chiede se essa è giusta e costituisce un diritto, ma se è conforme allo scopo" (11).

Nel 1968, tre anni prima dell'intervento di Norberto Bobbio, il volume XV del *Novissimo Digesto Italiano* pubblicava la "voce" *Resistenza (diritto di)* redatta da Giovanni Cassandro: una lunga trattazione sulla storia del diritto di resistenza, da Antigone alle costituzioni contemporanee che prevedevano il diritto di resistenza, che attraversava i numerosi momenti di emersione del problema nel pensiero giuridico e filosofico medievale, moderno (con una parti-

(7) N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione,* cit., p. 165.

(8) Ivi, p. 167.

(9) Ricordo qui solo, al proposito, che Bobbio stilò la *Avvertenza editoriale* della traduzione italiana a cura di Antonio Giolitti dello studio di O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistematica del diritto*, Torino, Einaudi, 1943, pp. IX-X, come segnalato da L. Mangoni, *Pensare i libri. La casa editrice Einaudi dagli anni trenta agli anni sessanta*, Torino, Bollati Boringhieri, 1999, p. 95.

(10) Lo ha sottolineato M. Turchetti, *Tyrannie et tyrannicide de l'Antiquité à nos jours*, Paris, PUF, 2001, nel capitolo dedicato al problema "Vitalità del diritto di resistenza alle soglie del XXI secolo", alla p. 935.

(11) N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione*, cit., p. 172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

colare attenzione alle guerre di religione) e contemporaneo sulla base di una amplissima e aggiornata letteratura. Il già giudice della Corte costituzionale e politicamente liberale Cassandro non era particolarmente disposto a riconoscere valore giuridico, e quindi ammissibilità, al diritto di resistenza nel diritto contemporaneo. Riconosceva però che per moltissimi secoli il diritto di resistenza fu ritenuto avere valore giuridico. In quanto diritto che mirava "non già a instaurare un ordine nuovo, ma a restaurare l'ordine vigente, illegittimamente violato, e arbitrariamente esercitato" (12), il diritto di resistenza era stato patrimonio comune della dottrina giuridica dell'Europa occidentale, nonostante la quasi impossibilità a riconoscerlo come istituto giuridico. "In verità il problema del diritto-dovere di resistenza... è riconducibile all'altro del rapporto libertà-autorità, lungo il quale si svolge la storia delle società umane e degli Stati, in seno alla complessa trama della quale la 'resistenza' appare come un filo rosso continuo". Meditare sopra la resistenza non era possibile "senza meditare insieme sui problemi della vita dello Stato e del diritto nella storia dell'Occidente... La resistenza non è affatto scomparsa, nonostante la constatazione della sua incompatibilità con lo Stato moderno" (13). Era stata riproposta, nel XX secolo, dal formarsi di stati totalitari e da nuove forme di tirannide. E tiranno, per Cassandro, poteva essere — oltre al dittatore — anche lo Stato che si ponesse come unica fonte del diritto; anche lo Stato, quindi, che facesse violenza agli enti politici minori: agli Stati di uno Stato federale, a regioni, a città.

Vent'anni dopo la 'voce' di Cassandro, quando ormai il ragionare in termini di "pensiero giuridico" aveva acquisito completa cittadinanza nella ricerca italiana, un'altra 'voce', di nuovo redatta da un filosofo del diritto, da Francesco Maria De Sanctis, proponeva una definizione estremamente "inclusiva" del diritto di resistenza: "Il tema è la resistenza al potere: il problema è se e quando questa può assumere la connotazione di un diritto. Se l'obbedienza, intesa come obbligo, è il segno che legittima il potere rendendolo effettivo, la resistenza ad esso rappresenta una crisi più o meno radicale

(12) G. CASSANDRO, *Resistenza (diritto di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, Utet, 1968, pp. 590-613, 604.

(13) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'effettività di questo (essendo resistenza il contrario di obbedienza), vale a dire il venir meno parziale o totale dell'obbligo di obbedienza. La pensabilità di un diritto di resistenza, pertanto, si determina in funzione della pensabilità di una differenza tra diritto e potere tale che una definizione generalissima di esso potrebbe essere: diritto di resistenza è il diritto di un soggetto (individuo, gruppo, popolo) di non obbedire ad un potere illegittimo o agli atti del potere non conformi al diritto. Tale definizione, pur nella sua generalità, sottintende una distinzione tra potere legittimo e illegittimo; tra uso legittimo o illegittimo del potere. Distinzione che diventa delicata e difficile laddove il potere si configura in particolare come il potere politico dello Stato, e specificamente dall'epoca in cui questo, *superiorem non recognoscens*, è fatto coincidere con il concetto di sovranità" (14).

Appare allora necessario riandare al pensiero giuridico che ha formulato il dogma della sovranità dello Stato (Stato di diritto, Stato moderno), per osservare come lì sia stato costruito il "diritto di resistenza". L'esigenza odierna di verificare come siano stati forgiati concetti già giudicati storicamente costanti e universalmente validi, su cui si è negli ultimi tempi sviluppato uno specifico campo di indagine, tanto ricco quanto diversificato (15), costituisce anche da qualche anno una urgente preoccupazione di alcuni storici impegnati a comprendere e a far comprendere come le peculiarità e le differenze della *Alteuropa* rispetto all'Europa degli Stati nazionali sovrani possano in qualche modo servire alla comprensione dell'Europa contemporanea. Se la scienza giuridica tedesca ottocentesca è stata la prima ad assegnare il *Widerstandsrecht* allo *Staatsrecht*, la attuale storiografia tedesca è stata di nuovo la prima a voler conte-

(14) F.M. De Sanctis, *Resistenza (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 994-1003: 994-995. La rilevanza di questa 'voce' per una attuale considerazione del problema è ora nuovamente sottolineata da D. Quaglioni, *Conclusioni*, in A. De Benedictis-K-H. Lingens (eds.), *Sapere, coscienza e scienza nel diritto di resistenza (XVI-XVIII sec.) - Wissen, Gewissen und Wissenschaft im Widerstandsrecht (16.-18. Jahrhundert). Atti del Seminario Bologna 23-24 Febbraio 2001*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2003 (in corso di stampa).

(15) V. la recente discussone nel convegno (organizzato dall'Istituto universitario Suor Orsola Benincasa) "Per una storia dei concetti giuridici e politici europei" (Napoli, 20-22 febbraio 2003), i cui atti sono di prossima pubblicazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stualizzare quel diritto in quella scienza. Da qui si partirà, anche perché, come si è accennato sopra, pure la scienza giuridica italiana avrebbe seguito un percorso analogo (che chi scrive sta cercando di rintracciare).

Nella *Sattelzeit* della fine del XVIII secolo, così rilevante per la scienza del diritto pubblico (16), il trattato di un protagonista del tardo illuminismo tedesco, August Ludwig Schlözer, dava inizio ad una longeva tradizione interpretativa che aveva le sue radici nel fondamentale mutamento concettuale verificatosi a partire dalla seconda metà del XVIII secolo. Nel ricostruire l'origine del problema di ricerca "Widerstandsrecht", Robert von Friedeburg ha assegnato qualche anno fa un ruolo fondamentale allo *Allgemeines Statsrecht und Statsverfassungslehre* di Schlözer, pubblicato nel 1793 (17). Qui l'origine del nuovo diritto statale veniva localizzato nella Riforma di Lutero e Zwingli, e nel conflitto confessionale il diritto di resistenza trovava la sua nuova formulazione: "Von der Zeit an war die große Frage von dem jure resistendi, aus der in der Folge das Staatsrecht erwachsen musste" (18). La novità stava per Schlözer soprattutto nella generalizzazione del problema: "Lutero predicava la vera religione; l'imperatore voleva proibirlo; naturalmente si pose allora il problema se si dovesse obbedire all'imperatore in tutto e per tutto. No, non nelle questioni di credo religioso, risposero nel 1531 entrambe le Facoltà di Wittenberg. Ben presto

(16) Per cui cfr. il fondamentale studio di M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft: 1800-1914*, München, Beck, 1988; 2, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft: 1800-1914*, München, Beck, 1992.

(17) R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt. Notwehr und Gemeiner Mann im deutsch-britischen Vergleich 1530 bis 1669*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 26. von Friedeburg ha ripreso la questione nel saggio *Widerstandsrecht im Europa der Neuzeit: Forschungsgegenstand und Forschungsperspektiven*, in R. VON FRIEDEBURG (ed.), *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit. Erträge und Perspektiven der Forschung im deutsch-britischen Vergleich*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, soprattutto pp. 16-25. Sulla epocale trasformazione del linguaggio dei diritti mi sembrano del tutto attuali, in riferimento al problema di cui si sta parlando, le riflessioni di J. HABERMAS, *Diritto naturale e rivoluzione*, in *Prassi politica e teoria critica della società*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1973, pp. 127-173.

(18) La citazione da Schlözer è riportata da R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflik*, cit., p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risposta e domanda furono generalizzate, e si cominciò a parlare della 'difesa dei sudditi nei confronti dell'autorità'" (19). In questa difesa andava ricercato il vero e proprio momento originario dell'ordinamento giuridico dell'Impero, la cui sostanza il professore di Göttingen individuava nella possibilità dei sudditi di appellarsi a tribunali indipendenti contro le decisioni delle loro autorità. Il diritto di resistenza rientrava, però, nel "dominio del diritto" solo ed unicamente in quanto esso potesse essere rivendicato dai rappresentanti del popolo, dai ceti elettivi che mettevano "in pratica un dovere ed un diritto universale del cittadino, quello… di scoprire e denunciare oppressioni, abusi e difetti, di indicarli, di porvi rimedio" (20): non quindi dal singolo suddito, non dall'"uomo comune", non dal popolo inteso come massa. "Guai perciò allo stato dove non ci sono rappresentanti del popolo; felice Germania, l'unico paese al mondo dove secondo il diritto si può citare il proprio sovrano, senza pregiudizio per la sua dignità, presso un tribunale estraneo, non presso il suo" (21).

Per l'illuminista Schlözer i due tribunali imperiali, il *Reichskammergericht* e il *Reichshofrat*, consentivano la mediazione di qualsiasi grave conflitto tra sudditi e principe territoriale attraverso il ricorso al diritto (22).

Il nucleo della dottrina costituzionale di Schlözer — ovvero la concezione del Sacro Romano Impero inteso come costituzione mista di monarchia ereditaria, aristocrazia ereditaria e democrazia di ceti elettivi rappresentativi del popolo e della nazione, nonché il

---

(19) R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit., p. 26 (traduzione di A.D.B.).

(20) La citazione italiana di Schlözer è ripresa da M. SCATTOLA, *La nascita delle scienze dello Stato. August Ludwig Schlözer (1735-1809) e le discipline politiche del Settecento tedesco*, Milano, Franco Angeli, 1994, p. 212.

(21) Anche questa citazione italiana di Schlözer è ripresa da M. SCATTOLA, *La nascita delle scienze dello Stato*, cit., p. 159, che la riporta analizzando le "aporie del diritto di resistenza" dello scrittore tedesco. Lo stesso passo in tedesco in R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit., p. 27. Va ricordato, con von Friedeburg, che l'analisi della costituzione imperiale è in Schlözer ancora intessuta da una attenta analisi storica. Schlözer segue lo sviluppo degli argomenti di *jus resistendi* nei monarcomachi francesi, poi nell'Impero della Guerra del Trent'anni, e quindi nelle rivoluzioni inglesi.

(22) M. SCATTOLA, *La nascita delle scienze dello Stato*, cit., pp. 213-215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posto in essa occupato dal diritto di resistenza — seguiva però in certo modo la fine del vecchio Impero. La formazione di singoli stati sovrani nel *Deutscher Bund* imponeva una nuova concezione della rappresentanza con la questione della *landständische Verfassung* di ogni stato. Per quanto controverse ne fossero le interpretazioni, si trattava pur sempre di decidere, diversamente da prima, tra sovranità del principe e sovranità popolare, con un generalizzato rifiuto del modello costituzionale veterocetuale (23).

Nel corso del movimento per la istituzione di una *landständische Verfassung* (1815-1860) (24), la questione del diritto di resistenza fu posta come soluzione al problema della tutela giuridica della costituzione "borghese" contro lo stato monarchico, assumendo contorni nuovi: "La contrapposizione di allora produceva una retroproiezione nel passato medievale. Nei nuovi stati sovrani sorti dallo scioglimento del vecchio Impero nel *Deutscher Bund*, il diritto di resistenza diventò perciò la prova, supportata da esempi, per il conflitto condotto con argomenti storici sulla legittimità della rappresentanza principesca o popolare. La scienza storica, in quanto disciplina, poté conseguire il suo ruolo di scienza principale soprattutto per il fatto che alle conoscenze acquisite attraverso di essa vennero attribuite conseguenze significative per la legittimità di controversi concetti politici" (25).

La concezione sostenuta da Immanuel Kant — proprio nello stesso anno 1793 della *Statsverfassungslehre* di Schlözer — che un popolo non potesse trovare nella storia, ovvero in una "costituzione civile già stabilita" alcuna dimostrazione dei propri diritti; che, per essere il popolo rappresentato nel supremo potere legislativo del capo dello stato/sovrano, al popolo stesso veniva fatto divieto assoluto ad ogni resistenza contro il capo dello stato, anche nel caso che questi avesse violato "il contratto originario" e avesse perso "in tal modo, a giudizio dei sudditi, il diritto di essere legislatore, per aver autorizzato il governo a condursi del tutto tirannicamente" (26);

(23) R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit., p. 29.

(24) Ivi, pp. 16-25 sulla "nascita di un problema di ricerca".

(25) R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit., p. 30 (traduzione di A.D.B.).

(26) La citazione in italiano è tratta da *Sopra il detto comune: "Questo può essere*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa concezione era in qualche modo rovesciata dal movimento costituzionale della prima metà del diciannovesimo secolo.

Uno dei primi esempi fu lo *Entwurf einer Verfassung, die auf alte germanischem Recht beruht, auf neu germanischen Ständen und auf einem gesalbten König* di J.F. Benzenberg (1816). L'anno dopo, nel 1817, Johann Ludwig Klüber, professore di diritto a Heidelberg, sosteneva (*Das öffentliche Recht des deutschen Bundes*) che se l'istituzione Stato monarchico (di diritto pubblico) e la società borghese (di diritto privato) dovevano essere necessariamente divisi e distinti, doveva essere anche previsto un diritto del popolo — nel senso della società di diritto privato borghese — alla resistenza contro lo Stato, inteso nel senso di Stato monarchico istituzionalizzato, nel caso che questo Stato violasse la costituzione. Il diritto di resistenza diventava un problema di garanzie costituzionali a tutela di libertà e uguaglianza giuridica. Dopo il 1820, la radicalizzazione del conflitto rese normale il ricorso a fondamenti storici per la legittimazione di progetti costituzionali che rifiutavano sia le costituzioni concesse dal monarca sia le vecchie rappresentanze cetuali (27).

Uno degli esempi più "spettacolari" della nuova attualità della ricerca storica nel conflitto per l'assetto costituzionale dei nuovi stati nel *Deutscher Bund* è ritenuto lo studio pubblicato nel 1832 da Friedrich Murhard, consigliere di prefettura del regno di Westfalia-dipartimento di Fulda. In *Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger gegen die bestehende Staatsgewalt, in sittlicher und rechtlicher Beziehung* la contrapposizione tra "Rechtsstaat" e "Gewaltstaat" veniva ricondotta ad una storia che da esempi molto risalenti conduceva al presente (28). I "sistemi statali di un diritto dei più forti" venivano visti in un percorso che andava da Machiavelli a

---

giusto in teoria, ma non vale per la pratica" [1793], in I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1965², pp. 237-281: 265. Sul famoso saggio di KANT R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit., si sofferma alle pp. 28-29. Il problema kantiano del "diritto di resistenza" in rapporto alla valutazione della rivoluzione francese è stato oggetto di numerose analisi (tra le quali cfr. l'*Introduzione* di G. SOLARI a I. KANT, *Scritti politici*, cit., pp. 37-39). Rinvio, per questo, ai riferimenti di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 2, L'età delle rivoluzioni, 1789-1848*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 150-157.

(27) R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit., pp. 29-30.

(28) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hobbes; mentre le "voci per una incondizionata obbedienza" andavano da Lutero a Bodin a Hobbes, poi a Filmer, Kant e Gentz; e, di contro, le "voci per la legittimità della resistenza e dell'esercizio del potere coercitivo contro l'esistente potere dello Stato in casi particolari" correvano da George Buchanan a John Milton, a John Locke, a Algernon Sidney (29).

La *Wissenschaftsgeschichte* del problema "diritto di resistenza" tracciata da von Friedeburg comprende ancora il Ranke della *Geschichte der Reformation* (1838-1840); si sofferma sulla particolare importanza del concetto di "Genossenschaft" sia nella *Restauration der Staatswissenschaften* di Carl Ludwig von Haller (1816), sia nel *Volksrecht und Juristenrecht* di Georg Beseler (1843), sia — e ovviamente — sul *Johannes Althusius* di Otto von Gierke (1879); giunge quindi allo *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes* di Kurt Wolzendorff (1916), il punto più alto della proiezione della concezione dualistica dello stato monarchico sugli argomenti di *jus resistendi* elaborati tra Riforma e Illuminismo, e contemporaneamente la negazione del diritto di resistenza in quanto corpo estraneo, anacronistico, nello Stato moderno. Diventato infatti lo Stato monarchico uno Stato costituzionale — uno Stato moderno caratterizzato da un potere monarchico costituzionalmente limitato — il diritto di resistenza era inteso come un contributo all'origine del diritto del nuovo Stato (come già aveva intuito Schlözer), ma ormai privo di significato attuale, dal momento che lo Stato stesso forniva ai cittadini i mezzi giuridici per la tutela dei loro diritti (30).

---

(29) Ivi, pp. 30-32.

(30) Ivi, pp. 33-45. Va segnalato che la *Wissenschaftsgeschichte* di von Friedeburg prende in considerazione la posizione della cultura luterana ottocentesca, e poi soprattutto di Troeltsch, e dopo Weimar di Hans Baron, concludendosi con il processo di revisione dell'immagine di Lutero e della ortodossia luterana successivo alla fine della II Guerra mondiale. La ricerca di von Friedeburg è parte integrante di questa stessa revisione, condotta nel solco di altri studiosi come Luise Schorn-Schütte, di cui, al proposito, *Politikberatung im 16. Jahrhundert. Zur Bedeutung von theologischer und juristischer Bildung für die Prozesse politischer Entscheidungsfindung im Protestantismus*, in: A. KOHNLE-F. ENGENHAUSEN (eds.), *Zwischen Wissenschaft und Politik. Studien zur deutschen Universitätsgeschichte. Festschrift für Eike Wolgast zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2001, pp. 49-66, e più in generale L. SCHORN-SCHÜTTE (ed.), *Alteuropa oder Frühe Moderne. Deutungsmuster für das 16. bis 18. Jahrhundert aus dem*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo quadro sul diritto di resistenza, per nulla usuale nella recente storiografia, consente, e giusto a questo punto, di delineare un quadro molto meno chiaro, ma a mio parere similmente degno di un certo interesse, della presenza del problema nella scienza giuridica ottocentesca italiana.

Le diverse valutazioni della resistenza come problema della scienza criminalistica italiana erano state discusse, negli anni sessanta, nel *Programma del Corso di diritto criminale, Parte speciale* di Francesco Carrara (31), con una analisi della questione che utilizzava ancora tutta la letteratura cinque-settecentesca dei "pratici". Carrara riteneva errato "nel punto di vista scientifico" associare il reato di resistenza al concetto di lesa maestà, come invece molta criminalistica continuava a sostenere. Ma parlava, ovviamente, di reato.

La prospettiva di una considerazione del "delitto" di resistenza nei termini rovesciati del "diritto" veniva individuata, a metà degli anni ottanta, all'interno del dibattito dottrinale precedente il codice penale del 1889 e come tentativo di risposta alla "sedizione anarchica" (32). Nel saggio *Diritto e delitto di resistenza* uscito in tre parti nell'annata 1884 de "Il Filangieri. Rivista periodica mensuale di scienze giuridiche e politico-amministrative" (33), l'avvocato Luigi Masucci si addentrava nell'analisi sia della "teoria della resistenza collettiva" sia di quella della "resistenza individuale", dando conto delle "grandi divergenze" e dei "continui tentennamenti" della scienza al proposito (34). L'intento di Masucci era duplice: soste-

---

Krisenbewusstsein der Weimarer Republik in Theologie, Rechts- und Geschichtswissenschaft, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

(31) F. Carrara, *Programma del Corso di diritto criminale*, *Parte speciale*, VI ed., vol. V, Prato 1890. Su Carrara, M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal "Programma" di Carrara al "Trattato" di Manzini*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", 2, 1973, pp. 607-702; e la *voce* redatta da A. Mazzacane, in *Dizionario biografico degli italiani*, 20, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1977, pp. 664-670.

(32) Sul dibattito M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., p. 646.

(33) L. Masucci, *Diritto e delitto di resistenza*, in "Il Filangieri. Rivista periodica mensuale di scienze giuridiche e politico-amministrative", IX, 1884, I, pp. 40-45; 119-140; 178-187. Il lavoro di Masucci era parte del dibattito dottrinale precedente il codice penale del 1889, e tentativo di risposta alla "sedizione anarchica": M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., p. 646.

(34) L. Masucci, *Diritto e delitto di resistenza*, cit., p. 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nerne la legittimità di entrambe le teorie, a determinate condizioni; dimostrarne la completa appartenenza alla scienza giuridica del diritto pubblico. Da una parte si trattava di dimostrare al popolo, contro gli argomenti dei partiti anarchici, che la "teoria della resistenza" era "teoria di ordine" in quanto frenava "le autorità sul pericoloso pendio degli abusi" ai quali potevano essere facilmente trascinate dal potere (35). Dall'altra parte si trattava di dimostrare agli scienziati del diritto, contro coloro che ancora ravvisavano "nel trionfo di questa dottrina un pericolo grave e permanente per il pacifico e disciplinato svolgimento della vita delle nazioni", che il principio della resistenza era tutt'altro che pericoloso e sovversivo. Intendeva, invece, mantenere l'ordine pubblico; dar voce alla coscienza dei popoli; era quindi principio giuridico e razionale quando affermava la resistenza alla tirannia e l'opposizione all'ingiustizia (36).

La scienza che riteneva legittima la resistenza ai soprusi serviva al mantenimento della pace e dell'ordine, e bisognava amarla. Chi voleva che la pace e l'ordine non fossero "turbati né dagli abusi della libertà, né dagli abusi del potere"; chi voleva che l'attività dei cittadini e l'attività del governo concorressero "ad un unico scopo, lo svolgimento pacifico, temperato, progressivo della vita del dritto" non doveva "ribellarsi contro la teorica della resistenza ai soprusi", che era razionale in quanto tendeva "a ristabilire il necessario equilibrio illegalmente rotto dalle autorità". Doveva invece far comprendere al popolo che quella teorica distruggeva tutti gli argomenti dei partiti anarchici. Di fronte alle loro obiezioni che non vi fosse nessuno a sorvegliare e frenare i governanti, gli scienziati giuristi dovevano rispondere che c'era il popolo a vigilare gelosamente sull'osservanza delle leggi, frenando "le autorità sul pericoloso pendio degli abusi" (37).

Questa resistenza collettiva aveva "rischiarata la coscienza dei popoli" e dato animo alla "dignità delle nazioni" soprattutto da quando, con la gloriosa rivoluzione inglese, la teoria della resistenza era diventata parte del diritto pubblico inglese. La rivoluzione

(35) Ivi, p. 120.
(36) *Ibidem*.
(37) Ivi, pp. 119-120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

francese aveva poi elevato "a regola l'eccezione"; e vi erano stati ancora il 1815 e il 1830 in Europa. Blackstone, Romagnosi, Berriat Saint Prix, Fischel, De Lolme, Maculay, Lamartine, Serrigny, Bluntschli, Melegari, Caruti, Casanova, Garelli, Palma, e molti altri non citati "per brevità", erano stati ed erano i "propugnatori dottissimi e convinti" che avevano "definitivamente conquistato alla scienza" "la teoria della resistenza collettiva legittima all'opera illegittima delle pubbliche autorità" (38).

La teoria della resistenza collettiva era giusta, quindi, e razionale, ma doveva essere praticata solo in determinati casi. Ad essa non poteva darsi "un'applicazione indefinita, senza spingere realmente le moltitudini a deplorevoli eccessi, e travolgere la società in continue lotte, fonti di disordine e di miseria" (39). Certamente, essa non aveva motivo di essere in un governo monarchico costituzionale rappresentativo, come quello italiano del tempo, che assicurava il godimento di una "libertà temperata e feconda" (40). In un tale paese il diritto di resistenza non era più un principio giuridico e razionale, ma rimaneva solo un "doloroso ricordo storico" (41).

Se sulla resistenza collettiva si poteva registrare una sostanziale concordia dei giuristi "pubblicisti", a proposito della "resistenza individuale agli ordini illegittimi delle pubbliche autorità" non si poteva dire lo stesso. Molti erano ancora i sostenitori della teoria dell'ubbidienza passiva, convinti che la legge offrisse sempre agli individui i mezzi per protestare pacificamente, e quindi la possibilità che loro fosse resa ragione. Ma la teoria dell'obbedienza passiva non era affatto razionale, non era affatto "indispensabile per l'amministrazione dello Stato e per la tranquillità sociale". La storia della scienza giuridica, in questo caso la criminalistica anche dei secoli passati a partire dal diritto romano (42), sosteneva Masucci nel mostrare l'assurdità della "teorica dell'ubbidienza cieca" (43). La storia, oltre che il lume della ragione, aiutava il giurista a determi-

(38) Ivi, pp. 44-45.
(39) Ivi, pp. 119-120.
(40) Ivi, p. 120.
(41) Ivi, p. 122.
(42) Ivi, pp. 124-125.
(43) Ivi, p. 135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nare i principî che avrebbero potuto "agevolare efficacemente l'opera faticosa del magistrato" nell'ardua fatica forense (44).

Scienza del diritto pubblico e scienza del diritto criminale dovevano entrambe riconoscere, in determinate circostanze, il diritto di resistenza collettivo e il diritto di resistenza individuale.

Un anno dopo lo scritto di Masucci, nel 1885, il diritto penale e il diritto costituzionale non erano più ritenuti adeguati a disciplinare insieme "scientificamente la materia troppo grave e complessa" del diritto di resistenza. Una "teoria scientifica e completa sul diritto di resistenza" poteva essere sviluppata solo specificamente dal diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando intendeva farlo con il suo studio *Della resistenza politica individuale e collettiva* (45).

Scopo di Orlando era non solo e non tanto offrire alla scienza italiana un lavoro specifico che ancora mancava, ma soprattutto "colmare una lacuna" generalmente lamentata nella scienza del diritto costituzionale malgrado la ricchissima bibliografia esistente e dovuta "in grandissima parte" a scrittori inglesi o tedeschi. Si trattava di una bibliografia alla quale gli "scrittori speciali" avevano contribuito non praticando "quella coordinazione sistematica senza la quale non p[oteva] darsi trattazione scientifica", poiché le loro opere erano "veri e proprii scritti di polemica", pubblicazioni "infarcite di lunghe dispute teologiche". Lutero e i giuristi di Wittemberg tra i tedeschi; Milton, Salmasio, Filmer, Sidney tra gli inglesi (protagonisti della "grande ribellione", di uno dei "periodi rivoluzionarî che l'Europa ha attraversato in tempi moderni" (46)) avevano teso "piuttosto a confutare o difendere quel tanto che in quel momento interessava anzi che a trattare scientificamente l'argomento". Nessuna delle loro pubblicazioni riusciva pertanto a sollevarsi al "campo indipendente di una discussione propria ed autonoma".

---

(44) Ivi, p. 187.

(45) V. E. ORLANDO, *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1885. Anche questo studio giovanile di Orlando fu parte del dibattito dottrinale precedente il codice penale: M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., p. 646 n. Sul ruolo dello scritto nella riflessione orlandiana M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico: dottrina dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, I, pp. 94-132.

(46) V. E. ORLANDO, *Della resistenza politica*, cit., p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il problema di fondo, che era quello "dell'obbedienza al sovrano e dei limiti di essa", aveva certo "relazioni assai intime con diversi ordini di scienze" e di discipline, tra le quali, specialmente "le generali discipline filosofiche" che si occupavano "dello sviluppo e del progresso dell'umanità, delle condizioni fondamentali di esistenza di essa". Ogni scienza aveva però "modi proprii di osservazione", e doveva "necessariamente considerare un argomento da quel lato che principalmente [aveva] rapporti con essa". Questo lato era quello "specifico del diritto pubblico". A questo solo apparteneva e trovava il suo proprio posto l'argomento della resistenza. Solo esso intendeva "a una teoria scientifica e completa sul diritto di resistenza".

Né in Inghilterra, né in Francia una tale teoria era mai stata sviluppata nei rispettivi "periodi rivoluzionari". In Germania essa mancava soprattutto nel campo della filosofia del diritto. In Italia i pur "pregevoli lavori" generali di diritto penale e di diritto costituzionale non avevano comunque "disciplinato scientificamente la materia troppo grave e complessa". Questa materia doveva essere trattata "in speciale maniera… onde ricevere una sistemazione rigorosamente giuridica". Data la confusione esistente, il fine richiedeva necessariamente una esposizione introduttiva delle "varie dottrine" sulla resistenza, che però non si poteva ricavare dai "veri e propri scritti di polemica", ma unicamente da "tre lavori assai diversi per mole e per valore", tutti tedeschi, collocabili tra scienze politiche e scienze dello Stato. Fornivano la base alla trattazione scientifica e sistematica di Orlando contributi in parte nati all'interno dei dibattiti per la istituzione di una *landständische Verfassung* — cui si è accennato sopra —, come quello di Friedrich Murhard, *Ueber Widerstand, Empörung, und Zwangsübung der Staatsbürger gegen die bestehenden Staatsgewalt* (1832); e poi il capitolo di Robert von Mohl in *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften* (1855), e l'articolo di Bluntschli *Gehorsam und Widerstand* nel *Deutsches Staatswoerterbuch* (1865).

Lo scopo della scientificità e sistematicità induceva Orlando ad andare oltre le sue fonti e a porre un netto spartiacque tra un prima e un poi, tra rivolta violenta e resistenza. Lo spartiacque era costituito sia dalla teoria e dal diritto costituzionale, sia dalla formazione dello stato costituzionale. "La resistenza, sia popolare sia collettiva, presuppone necessariamente una teoria ed un diritto costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non è quindi a discorrere di una giuridica nozione di quella per tutto il lungo volger di tempo che la formazione dello stato costituzionale precede" (47). Prima della resistenza vi era stata solo "rivolta violenta contro la persona del Sovrano" che avesse oltrepassato e calpestato il fine cui l'autorità suprema era preposta "cioè di curare il meglio dei sudditi". La rivolta violenta era apparsa naturalmente ai sudditi come l'unico mezzo adatto a "scuoterne il giogo": gli esempi erano "antichi quanto la storia medesima" (48). Nella storia la legittimità della resistenza era stata discussa "con meri criteri filosofici anzi che giuridici", sia presso i classici, sia nel cristianesimo, sia nel medio-evo. Durante la Riforma "il grido della resistenza popolare" diventò "un dovere spirituale", ma privo di base giuridica che mancava "nella scienza poiché una teoria dello Stato non esisteva ancora, mancava nelle costituzioni che non avean tradizioni liberali". Solo con Grozio e con Hobbes poté nascere una "dottrina sulla resistenza politica", dal momento che solo con loro "si formò una teoria scientifica sullo stato". Questa teoria presupponeva "la considerazione dell'indole, dell'intima natura del rapporto politico fra governanti e governati, ... la nozione dei diritti politici individuali" (49). Col suo supporto si potevano considerare sia la resistenza individuale, sia la resistenza collettiva o popolare nella sua forma legale e nella sua forma illegale o di rivoluzione. Ed era proprio a partire dalla resistenza individuale che Orlando dimostrava come solo la scienza del diritto costituzionale potesse ammetterla come diritto.

Dato che la questione della legittimità o meno "della resistenza del singolo cittadino all'azione dell'ufficiale pubblico, la resistenza individuale" supponeva "necessariamente la illegalità del procedimento del funzionario", cadendo altrimenti nel "delitto di ribellione", l'esame del problema apparteneva "insieme a due scienze del diritto pubblico interno, il penale e il costituzionale". Per assicurare "chiarezza e rigore al soggetto e semplicità all'esposizione" bisognava innanzitutto determinare "il lato dal quale ognuna" scienza considerava la resistenza individuale, "i criteri di cui ognuna" si

(47) Ivi, p. 5.
(48) Ivi, p. 5.
(49) Ivi, p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

serviva. Praticare tale delimitazione consentiva a Orlando di verificare un risultato positivo e uno negativo: "Il Diritto costituzionale esamina se fra i *diritti di libertà* esiste anche il *diritto alla resistenza individuale*: il diritto punitivo invece annovera fra i reati quello della resistenza al pubblico ufficiale, e vuol determinare se sia motivo *dirimente il reato*, l'elemento di fatto che l'ufficiale suddetto agisse illegalmente. Positivo è quindi il primo esame, negativo il secondo: ma esiste fra essi necessariamente un rapporto che sarà bene determinare" (50). Il problema, come già in Masucci, poteva essere anche affrontato nella "fusione dei due aspetti". Ma era importante "tenere scrupolosamente distinti i campi delle scienze diverse… perché la ragion metodica risponde[va] sempre alla ragione intima dell'argomento" (51). L'esame puramente negativo del diritto penale aveva bisogno "del soccorso del diritto costituzionale", perché quest'ultimo considerava non tanto se il cittadino che resisteva al procedimento illegale dovesse "ritenersi come *scusato*", quanto piuttosto se in tal caso egli usava di un suo diritto (52). La maniera in cui la scienza del diritto costituzionale considerava la materia era "semplice ed evidentissima": "Il diritto costituzionale moderno studia l'ordinamento dei pubblici poteri col necessario presupposto della libertà: sia più o meno lato il senso col quale gli scrittori moderni definiscono la scienza, quel presupposto vien sempre ritenuto esplicitamente o implicitamente. Ora la legittima resistenza apparisce come una *sanzione* pratica della libertà individuale ed in questo senso il diritto di resistenza è *diritto di libertà*" (53).

Essendo il diritto di resistenza un diritto di libertà, il "riconoscimento giuridico" di esso non poteva neppure concepirsi in forme di governo che non ammettessero libertà — ovvero, per Orlando, in qualsiasi forma di governo precedente lo Stato dotato di costituzione liberale. Qui, ad esempio, la resistenza ad un arresto illegale di un cittadino (l'esempio per antonomasia) non poteva essere ammessa come diritto, "comunque una liberale giurisprudenza [avesse] ammesso come dirimente il reato, il fatto dell'illegalità del procedimen-

(50) Ivi, pp. 41-42.
(51) Ivi, p. 54.
(52) Ivi, p. 44.
(53) Ivi, p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to" (54). Il problema era costituito soprattutto dal fatto che il più delle volte l'arresto arbitrario era voluto "non dallo agente, mero strumento, ma dalla mano più elevata" che lo faceva operare. Davanti alla "massima fondamentale del dispotismo: *quod principi placuit legis habet vigorem*" ogni "teoria liberale" veniva meno. In un governo del genere "sanzionare il *diritto politico* di resistenza nel cittadino, sarebbe [stata] una contraddizione col sistema e nessun governo [aveva] mai pensato a stabilirla" (55).

Il diritto di resistenza come diritto di libertà aveva certo avuto uno sviluppo storico, per quanto indiretto, che aveva coinciso "con le successive affermazioni della libertà individuale e con le solenni garanzie richieste perché fosse lecito al potere governante di privarne il cittadino". Tra gli "scrittori moderni" si discuteva molto se "il diritto romano ammettesse la resistenza", utilizzando prevalentemente passi del Codice e che si riferivano quindi "ad epoca in cui ogni libertà popolare era venuta meno". Tale era la "l. 5, C, *de iure fisci*, (10, 1)", che permetteva al privato di resistere all'ufficiale che volesse "occupare quei beni caduti nel Fisco, senza un ordine speciale del principe" (56). Ma il diritto di resistenza individuale rimaneva per Orlando questione puramente negativa del diritto penale, mentre "un'importanza assai maggiore" rivestiva il diritto di resistenza collettiva, perché aveva a che fare con il progresso storico dell'umanità e poteva essere giuridicamente pensabile solo dentro la costituzione. La differenza fondamentale tra i due diritti, quello individuale e quello collettivo, stava nell'essere il primo la conseguenza della decisione di un giudice, ciò che non valeva per il secondo. Nel caso della resistenza individuale ad un ufficiale che avesse proceduto illegalmente avveniva una "dichiarazione solenne di un magistrato che ne [aveva] l'autorità, la quale dichiarazione retroagendo al momento in cui la resistenza ebbe luogo, stabili[va] *con obiettiva e indiscutibile certezza* di chi fu il torto". Era questa la ragione principale che consentiva di difendere la legittimità della resistenza individuale. "Non basta *credere di essere* nel diritto, resistendo al funzionario; bisogna *essere* nel diritto: ed il giudicato a

(54) Ivi, p. 46.
(55) Ivi, p. 47.
(56) Ivi, p. 56, n. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo mira, a sostituire l'*obiettiva constatazione* della legittimità della difesa alla *obiettiva convinzione* dell'agente". Nulla di simile poteva invece avvenire nella resistenza collettiva. Nessuna autorità poteva giudicare "il conflitto fra il popolo e il governo" (57).

I criteri per condurre l'esame, per distinguere i principî in base ai quali la resistenza collettiva o popolare potesse essere un diritto, correvano lungo lo spartiacque della "costituzione vigente". Nella storia, prima del presente, Orlando individuava due "tipi storici più salienti" nei quali ognuna delle diverse forme di resistenza collettiva si era praticamente attuata: *a*) "resistenza collettiva legale", ovvero casi di resistenza che si erano "mantenuti entro i limiti della *costituzione vigente, volendone delle modificazioni, ma rispettandone la sostanza*" (58); *b*) "*resistenza collettiva rivoluzionaria*, o semplicemente *rivoluzione*", ovvero la resistenza collettiva volta contro la costituzione medesima, intesa a "distruggere l'ordinamento politico esistente", a "rimuovere la costituzione medesima come causa di ogni abuso" (59).

Iscrivendosi l'oggetto di analisi di Orlando all'interno del diritto costituzionale, il tipo della resistenza collettiva rivoluzionaria — sostanzialmente uno solo, la rivoluzione francese — naturalmente non vi rientrava. "Il preteso diritto di rivoluzione avendo per iscopo appunto la *distruzione* della costituzione, non può essere, *per la contraddizione che nol consente*, un diritto costituzionale" (60). Per il diritto pubblico moderno erano più rilevanti i tipi storici nei quali si era realizzata la resistenza popolare legale contenuta nei limiti del diritto (61). Nel diritto pubblico romano questo ruolo era stato svolto dall'istituzione del tribunato (62). Nel medioevo il tipo storico della resistenza collettiva aveva assunto una "forma specialissima", caratterizzata dal fatto che, per quanto "troppo di frequente, trasmodasse in guerre civili e in sanguinose turbolenze, non perdeva il carattere di *legale* né diventava *rivoluzione*". Per i principi generali di diritto pubblico allora vigenti, quelli del sistema feudale, i rapporti giuridici esistenti tra un sovrano considerato a lungo come *primus inter*

(57) Ivi, pp. 62-63.
(58) Ivi, pp. 63-64.
(59) Ivi, pp. 64-65.
(60) Ivi, p. 104.
(61) Ivi, p. 67.
(62) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pares e i baroni "non eran quelli che modernamente si concepiscono fra suddito e Sovrano, ma si riducevano a *prestazioni determinate*, in corrispettivo di *privilegi* man mano strappati alla suprema autorità dello Stato e che ogni dì crescevano". Allora, come anche nel periodo in cui era sorto il Comune, il diritto di resistenza ebbe "questo carattere di *diritto eccezionale*, di *privilegio*", ed era naturale che si lottasse per "acquistarlo, o difenderlo, o allargarlo" (63). Era "forma specialissima" anche perché "diritto di resistenza armata", che giunse a far parte dell'ordinamento pubblico medievale a tal punto da essere scritto "in due celebri Carte di quel tempo", soprattutto la Magna Charta e la Bulla Aurea d'Ungheria. Perciò "fu *diritto costituzionale* vero e proprio codesto, di insorgere contro la violazione di una franchigia, costringere l'autorità suprema a tornare al rispetto di essa, e quindi prestarle di bel nuovo l'antica obbedienza" (64).

Diritto costituzionale, il diritto di resistenza armato medioevale, ma "diritto eccezionale e sfrenato", le cui manifestazioni "energiche e rozze non erano più compatibili col nuovo diritto pubblico che sorgeva", quello dello "Stato moderno" (65). Le manifestazioni di quel diritto eccezionale e sfrenato furono annichilite "sotto l'uniforme potenza dell'autorità centrale". La "*coesione*" fu poi raggiunta dal dispotismo, la forma che "prevalse allora nella maggior parte delle nazioni europee, nei tempi moderni" (66). Nessun tipo storico di legittima resistenza collettiva, quindi, nei tempi moderni dello Stato moderno, con una sola eccezione: il "tipo perfetto, quanto inimitabile" dell'Inghilterra (67).

Se l'"esame storico" confermava il principio che lo "svolgimento della popolare resistenza" rimaneva "*nei limiti della costituzione vigente*", rispettando la costituzione e spesso mirando a difenderla, rimaneva però ancora per Orlando la necessità di determinare se esistesse, e quale fosse "una ragione giuridica di essa". Era una questione che riguardava il presente. Bisognava cioè considerare se esistesse un "*diritto* di resistenza collettiva", ed in quali casi potesse

(63) Ivi, pp. 68-69.
(64) Ivi, pp. 69-70.
(65) Ivi, p. 69.
(66) Ivi, pp. 69-70.
(67) Ivi, p. 71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ammettersene l'esercizio in quanto diritto politico. Due ne erano sostanzialmente le condizioni: "Perché la resistenza legale si concepisca come un diritto, occorre in primo luogo che il popolo abbia per la costituzione una parte qualsiasi nell'andamento della pubblica cosa. … Dato il concorso di questo elemento, e dell'altro da noi già esaminato cioè che la resistenza popolare sia specificamente diretta non tanto contro la costituzione quanto contro quel dato arbitrio, può dirsi che la resistenza collettiva costituisca un diritto politico, comunque per sua natura eccezionale" (68).

Nei tempi recenti vi era stato peraltro uno straordinario sviluppo di mezzi morali di resistenza collettiva legale, che avevano "reso più raro l'uso dei mezzi materiali di pura resistenza legale [l'uso delle armi] che invece era frequente nel medio evo, quando dei mezzi morali era quasi nulla l'efficacia" (69). La pubblica opinione, la stampa, le associazioni politiche, le riunioni o assemblee popolari (70) erano i mezzi morali, "una maniera di freni i quali tutelassero le pubbliche libertà e i diritti della comunità senza aver ricorso all'uso della forza che diventava ognora più difficile e più rovinoso" (71). Erano mezzi che appartenevano alle origini di un governo costituzionale. "In questo senso, potrebbe dirsi che il governo costituzionale nelle sue origini e nel suo sviluppo storico servì mirabilmente ad organizzare una continua resistenza legale. Come espressione di questo momento storico potè esser vera quella definizione per cui la costituzione fu ritenuta una 'legge che il popolo impone ai suoi governanti, onde tutelarsi contro il loro dispotismo'" (72).

Tutto ciò che stava prima della costituzione, quindi anche i mezzi morali della resistenza collettiva legale, erano per Orlando "storia". Erano ormai radicalmente mutate "le condizioni giuridiche e politiche dello Stato rappresentativo moderno". Era quindi "naturale che quel vecchio sistema dei contrappesi, che se ne stava in guardia contro gli eccessi del potere esecutivo, non [avesse] più il medesimo interesse né costitui[sse] più lo scopo primordiale o

(68) Ivi, p. 73.
(69) Ivi, p. 84.
(70) Ivi, pp. 81-84.
(71) Ivi, cit., p. 85.
(72) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'essenza delle attuali istituzioni rappresentative". Non si doveva comunque ritenerne superfluo lo studio, o tralasciare di valutare se non fosse ancora il caso, in contingenze particolari, di fare ricorso a "quelle vecchie armi" (73). Per il presente "una grave quistione", che aveva diviso l'opinione di egregi pubblicisti italiani, riassumeva perfettamente "i mezzi *materiali* di resistenza legale per l'attuale diritto pubblico" (74): la Camera aveva il diritto di servirsi dell'arma del "*rifiuto del bilancio*… arme che fu definita dall'Arcoleo come atta a 'scalzare il governo con un colpo decisivo ben più possente che una rivolta di popolo'" (75)?

Si può tentare di sintetizzare la teoria scientifica del diritto di resistenza costruita da Vittorio Emanuele Orlando sottolineandone alcuni snodi salienti. Innanzitutto, Orlando relega il diritto di resistenza individuale al solo ambito del diritto penale. Per quanto riguarda il diritto di resistenza collettivo, poi, l'assegnarlo unicamente all'ambito del diritto costituzionale dello Stato costituzionale comporta sostenere che, prima del presente, non fosse possibile alcuna "ragione giuridica" della resistenza, il popolo non avesse parte nell'andamento del governo, la resistenza fosse sempre sfrenata; che, dopo il medioevo, la coesione dello Stato moderno e il dispotismo che lo caratterizzò annullassero qualsiasi resistenza e qualsiasi capacità di reagire all'arbitrio; e infine che nel medioevo e nello Stato moderno non venisse esercitato alcuno dei mezzi morali della resistenza, ovvero di quei freni volti a tutelare pubbliche libertà e diritti di comunità senza ricorrere al mezzo materiale dell'uso della forza.

Le differenze con il diritto di resistenza della giuspubblicistica tedesca tardo settecentesca e ottocentesca sono certo consistenti, e dipendono (riducendo in una veloce considerazione una questione degna di ben altro approfondimento) dalla diversità tra la storia imperiale e la storia italiana da una parte, nonché dalla diversa tradizione della scienza di diritto pubblico nel Sacro Romano Impero della Nazione Tedesca e negli antichi stati italiani. Vi è però un elemento comune, che — almeno nell'economia del presente saggio — ha un peso specifico più consistente delle differenze riscontrabili

(73) Ivi, p. 86.
(74) Ivi, p. 86.
(75) Ivi, p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra le due tradizioni scientifiche nazionali: la formulazione stessa di un "diritto di resistenza" e di "dottrine" del diritto di resistenza.

Dato che questa formulazione sia il prodotto di una "visione positivistiva e paleo-liberale", ci si può allora di nuovo chiedere, con Paolo Grossi, che cosa questa visione abbia reso totalmente incomprensibile delle concezioni del resistere presenti nella cultura giuridica pre-ottocentesca.

II. La più recente storiografia europea interessata ai conflitti politico-confessionali della prima età moderna ha mostrato come in Germania, in Inghilterra e in Scozia il "vocabolario" giuridico (oltre che politico e filosofico) dei contemporanei non contemplasse il "diritto di resistenza", ma conoscesse invece tre forme di resistenza legittima, tra loro differenziate anche riguardo coloro ai quali era consentito resistere.

Il diritto dei magistrati inferiori a proteggere i loro sudditi; l'autodifesa consentita anche all'"uomo comune" o al "popolo comune" in casi di necessità rigidamente definiti; l'autodifesa riconosciuta come un diritto in base allo *ius naturae* e consentita ad intere popolazioni nella loro capacità di corpi in grado di esercitarlo allo scopo di difendere la "patria": tutte queste tre diverse forme avevano però in comune alcuni principi di fondo. Prevedevano il ricorso alle armi senza peraltro permettere a chiunque di rifiutare l'ordine e la sudditanza ad un superiore; riconoscevano la possibilità di esercitare forme di autodifesa che potessero comportare il resistere usando le armi contro i magistrati, ma senza rivolgersi contro la monarchia; esprimevano la consapevolezza di quanto pericoloso potesse diventare l'uso del diritto di autodifesa. Il concetto di "resistenza lecita" così precisato poteva essere desunto dalle diverse e talvolta anche concorrenti fonti del diritto che costituivano l'ordinamento giuridico del XVI e XVII secolo, cioè nello *ius divinum*, nello *ius naturae*, nello *ius commune* e nello *ius romanum* (76).

(76) R. von Friedeburg, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflik*, cit.; R. von Friedeburg, *Widerstandsrecht im Europa der Neuzeit: Forschungsgegenstand und Forschungsperspektiven*, cit.; R. von Friedeburg, *'Self Defence and Sovereignty: The Reception and Application of German Political Thought in England and Scotland, 1628-69* , in "History of Political Thought", XXIII, 2002, in particolare pp. 238-240.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le nuove indagini sul "vocabolario" dei conflitti politico-religiosi della prima età moderna (sulle quali ritornerò più avanti) ne hanno pure individuato il profondo radicamento nella letteratura giuridica tardomedievale (77). È dall'analisi di questa letteratura, e del sapere in essa espresso, che risulta evidente come la definizione del resistere risulti dal negarne l'identificazione con il ribellare. Finora non si è dedicato a questo aspetto del problema l'attenzione che merita — a parte alcune significative eccezioni — proprio in quanto consente di verificare la piena appartenenza del vocabolario e del discorso del resistere alla dimensione del conflitto. Si tratta infatti di vocabolario e discorso che si formano all'interno del "sistema del *crimenlaesae*", aprendovi un "varco notevole" (78), e che possono ammettere sia il resistere individuale sia il resistere collettivo. Il luogo originario è nel commento di Bartolo da Sassoferrato alla costituzione imperiale *Qui sint rebelles* del 1312 e nei *Commentaria* ai *Tres Libri Codicis*, due testi che stanno all'inizio di una tradizione di pensiero di lunghissima durata.

È stato recentemente osservato da Diego Quaglioni che le glosse di Bartolo alla *Qui sint rebelles* rappresentano il più alto sforzo teorico della tradizione giuridica e politica di matrice italiana nella trattazione del tema dell'obbedienza e della resistenza al potere. L'inserimento di queste glosse nel *Corpus iuris* conferisce loro una importante funzione autoritativa nella scienza giuridica del tardo medioevo e dell'età moderna, e ne fa la base di tutta la speculazione successiva sul diritto di resistere (79). I passi più significativi del testo bartoliano sono la glossa a *Tenore* (80) e la glossa a

(77) D. Böttcher, *Ungehorsam oder Widerstand? Zum Fortleben des mittelalterlichen Widerstandsrechtes in der Reformationszeit (1529-1530)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.

(78) M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 316.

(79) D. Quaglioni, *"Rebellare idem est quam resistere". Obéissance et résistance dans les glosses de Bartole à la constitution "Quoniam nuper" d'Henry VII (1355)*, in J.C. Zancarini (ed.), *Le Droit de résistance XIIe-XXe siècle*, Paris, ENS Éditions, 1999, pp. 35-46: 38.

(80) Bartolo da Sassoferrato, *Super constituione extravaganti Qui sint rebelles*, c. 104v: "Tertia pars, in qua ponit statutum, ad cuius intelligentiam sciendum est, quod rebellare idem est quod resistere, secundum Hug. C. de deser. l. 2. lib. 12. & hoc resistere potest fieri faciendo aliquid contra, vel non faciendo, & non obediendo, vel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rebellando (81). Che sia lecito resistere in determinate situazioni, e in base a C. 10, 1, 5 (*l. prohibitum*) e C. 12, 40, 5 (*l. devotum*), sta nello testo dottrinale che glossa una costituzione imperiale in cui il resistere è definito come *crimen laesae maiestatis*. E questa glossa viene poi inserita nel *Volumen legum* del *Corpus iuris civilis* (82).

Nel commento di Bartolo ai *Tres Libri Codicis* (83) sono enumerate esplicitamente le diverse circostanze nelle quali è lecito resistere. Alla *l. prohibitum* Bartolo annota che chiunque ne abbia interesse può resistere ai messi del principe che compiano un'esecuzione formalmente illecita o ingiusta. Per resistere più efficacemente chiunque può convocare congiunti amici e vicini, che anzi possono muoversi senza essere convocati. Perché i soccorritori raggiungano con maggiore rapidità colui che è oppresso, si pratica per consuetudine che gli oppressi gridino ad alta voce: "succurrite, succurrite", allo scopo di convocare tutti coloro che possono sentire (84). Nel

---

utranque scilicet vocabuli significationem continet, [...] licet hoc nomine, rebellis, iura antiqua non utantur".

(81) Bartolo da Sassoferrato, *Super constituione extravaganti Qui sint rebelles,* c. 104v: "Resistendo, vel non obediendo, licet ipsi guerram non inferant, ut dictum est. Et advertendum est, quod in illo qui rebellat contra Principem, hæc constitutio loquiter simpliciter, quasi contra eum non possit esse aliqua iusta causa resistendi. In eo vero quod loquitur in eo qui rebellat contra officiale suos, loquitur limitative, scilicet in his quæ ad commissum eius officium pertinent, & hoc quia si ultra facerent, posset ei legitime resisti, vt C. de iure fisci. prohibitum lib. 10. & de meta. l. devotum. lib. 12".

(82) D. Quaglioni, *"Rebellare idem est quam resistere"*, cit., p. 39.

(83) Bartoli a Saxoferrato *in Tres Codicis Libros Commentaria*, Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Beuilaquam, MDLXXIIII (è l'edizione da cui citerò in seguito).

(84) "*Prohibitum.* Nunciis Principis non creditur sine litteris, & ipsi volentibus, aliorum bona capere, quilibet cuius interest, potest de facto resistere. [...] Casus in terminis est planus [...] Fateor tamen, quod dicti officiales debent portare signa officialium, ex quibus cognoscantur, ut nuncij biretum rubeum, & similia. alias possit ei resisti, ut l. item apud Labeonem. §. si quis virginem. ff. de iniuriis, iuncta l. si quis ignorans. ff. loca. Item nota quod officiali iniuste exequenti licet de facto resistere, ut hic, & l. devotum. j. de meta. quod. dic., ut per Cy. in l. j. s. unde vi, & per Gulielmum de Gug. ff. de iustitia, & iure. l. ut vim. Item nota quod licet resistere etiam his, quorum interest. Puto etiam, quod, quo ad resistendum, potest convocare coniunctos, & amicos, & etiam sine convocatione possint convenire vicini, & amici, ut l. si quis in servitute. in fi. ff. de furt. facit, quod nota . in l. ii, § cum igitur. ff. de vi, & vi armata. Ad hoc tamen, ut homines citius veniant ad succurrendum oppresso, est de consuetudine inventum, ut oppressi exclament, succurrite, succurrite ex quo videt omnes audientes convocare, ut l. pretor ait. §. si quis adventu. ff. vi bonorum raptorum. & habes per gl. doctores. in d. l.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commento alla *l. devotum* Bartolo scrive che è possibile difendersi dai soldati che pretendono più del convenuto per il loro alloggiamento e che violano il possedimento di qualcuno, anche colpendoli. E se i soldati intendono espellere qualcuno dal proprio possedimento, amici e vicini dell'interessato possono colpirli allo scopo di impedire l'azione, senza che questo costituisca un'offesa. Si tratta, invece, di difesa (85).

La lettura incrociata del commento alla costituzione *Qui sint rebelles*, e del commento alle costituzioni di Diocleziano e Massimiano (*l. prohibitum*) e di Onorio e Teodosio (*l. devotum*) contenute nei *Tres libri* mostra, insomma, attraverso quali argomenti fosse possibile superare l'equazione resistere=rebellare.

Poco tempo dopo il commento di Bartolo, un altro giurista, il "pratico" Luca da Penne interpretava i *Tres Libri* con un opera che ebbe grande fortuna (86). Invero, quanto scrive da Penne sulle due

---

ut vim. Ultimo nota quod officiali Principis venienti cum literis debet obediri": BARTOLI A SAXOFERRATO *in Tres Codicis Libros Commentaria, ad X. Librum Codicis, De iure fisci*, Lex V (4r). Il passo era già stato riportato da D. QUAGLIONI, *La responsabilità del giudice e dell'officiale nel pensiero di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, ora in D. QUAGLIONI, *"Civilis sapientia". Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini, Maggioli, 1989, pp. 97-98, n. 56.

(85) BARTOLI A SAXOFERRATO *in Tres Codicis Libros Commentaria*, *ad XII. Librum Codicis*, *De metatis & epidemiticis*, Lex V (55v): "*Devotum*. Nullus miles ad præsidium publicum seu privatum potest accedere, & contrafacientem tamquam sacrilegum quilibet potest expellere. & administrator qui eum transmiserit punitur, atque dictis militibus transeuntibus solum hospitari licet, nihil pro se, vel pro animalibus ab hospitante quærent vel exigent, sive hospitantis invitus sive volens det, & in hospitio invitis dominis domorum, residentiam non faciet, contra faciens punitur. h. d. In tex. ibi, ultionis Nota quod pro defendenda possessione sua licitum est ulcisci & talis ultio non est proprie ultio, sed defensio, ut dicit gl. q. no. ad q. de eo, qui dixit in iudicio ad sui defensionem, Titium ulciscendo percussisse. Nam istud verbum ultionis, non sumitur hic pro offensa, sed potius pro defensa. In tex. ibi. qui primum Nota hic tex. expresse, quod si aliquis vult me expellere de possessione mea, quod amici mei, & vicini mei possunt percutere volentem me expellere, ne me expellat, quod est valde notandum".

(86) *Commentaria* D. LUCAE DE PENNA *iuriscons. Clarissimi in Tres Posteriores Lib. Codicis Iustiniani. In quibus, & inter alia ab eo curiose observata multa, idque doctissime, ad cognitionem magistratuum & Praefecturarum Francorum, collegit & animadvertit, usumque antiquorum magistratuum Romanorum aptissime ostendit* [...], Lugduni, apud Ioannam Iacobi Iuntae F., MDLXXXII. Sulla importanza dell'opera di Luca da Penne (al quale è stato dedicato il classico studio di W. ULLMANN, *The medieval idea of law as represented by Lucas de Penna. A study in fourteenth-century legal scholarship*, London 1946; nonché

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi *Prohibitum* (87) e *Devotum* (88) amplia considerevolmente gli argomenti di Bartolo. Nel commento alla *l. devotum* non sono però

---

il saggio di O. CALASSO, *Luca da Penne*, in "Annali di storia del diritto", IX, 1965, pp. 313-369) e sulla sua utilizzazione anche in secoli successivi proprio in relazione al tema in oggetto, ha richiamato l'attenzione M. D'Addio, *L'idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il "De Principatu" di Mario Salamonio*, Milano, Giuffrè, 1954. Cfr. ancora M. MONTORZI, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 325-365; M. ASCHERI, *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini, Maggioli, 1991, pp. 108-110. Il saggio di I. BIROCCHI, *Un finto contrattualismo: il diritto di resistenza in Giambattista De Luca*, in A. DE BENEDICTIS-K-H. LINGENS (edd.), *Sapere, coscienza e scienza nel diritto di resistenza*, cit., mostra la presenza di motivi di da Penne anche nella dottrina del tardo XVII secolo.

(87) *Commentaria* D. LUCAE DE PENNA, cit., pp. 11-12: "*Prohibitum.* Casus. Si ex aliqua causa (quæ multæ sunt) alicuius bona deferantur in fiscum, non licet officialibus fisci auctoritate propria invadere ipsa bona sine speciali principis iussione. Quod si fecerint, licitum est privatis quorum exinde interest, eis resistere: & a tali iniuria illos arcere. Si vero ad capienda bona processerint cum literis principis, non licet tunc privatis resistere: sed obedire tenentur. [...] Et nota quod privatus potest impune resistere officiali cum aliquid facit contra iura. ut. hic, & in concor. hic signatis: immo punitur qui non resistit. j. de decur. omnes. I. & hoc quando certum est ipsum inique ageret & manifeste contra legem. In dubio autem obediendum est iudici [...] Sed pone, dum ageretur bellum, seu guerra in regno per nonnullos prædones et illicitos invasores barbarica incursione, qua satis immanis est [...] Quidam ex regnicolis ab his prædonibus vel infidelibus capti fuerunt, hi captivi cum non possent aliter evadere, custodes occiderunt, & vulneraverunt: & sic facto carcere evaserunt: accusantur de occiso, rupto carcere, & vi illata. Dic quod cum est notum captivum contra iustitiam detineri, licitum est ei detentores occidere ut si non potest aliter evadere: evadat qualitercumque potest. [...] non enim peccat qui defendit eum qui iniuriam patitur [...] sed depellenda iniuria lex virtutis est. qui enim cum potest non repellit iniuriam a socio, tam in ipso est iniuria, quam in illo qui facit. Item Proverb. 24. Erue eos qui ducuntur ad mortem, & qui trahuntur ad interitum liberare necesses. Et Eccle. 4. Libera eum qui iniuriam patitur de manu superbi. [...] immo nedum præmissa locum habent in capo a prædonibus & latronibus, sed etiam a malis iudicibus: quinetiam contra iustitiam condemnato, licet tunc resistere condemnati, ut non ducatur condemnatus ad mortem: quia tale iudicium simile est violentiæ latronum. Ed ideo sicut licet resistere latronibus, ita etiam licet resistere principibus malis in tali casu. Et hoc verum, nisi a tali resistentia scandalum sequeretur, quo casu licet damnatus resistere nequeat inferenti morte: fugere tamen de ipso loco potest. […] Dicit etiam in hac. l. Dominus Bart. quod ad resistendum possit, qui vim patitur, convocare amicos & vicinos. Et quod sine vocatione possint ad hoc venire [...] & satis aperte probatur per suprascipta iura. Et subiungit quod consuetudine invenimus pro maiori securitate, quos oppressi clamant alta voce, succurrite, succurrite: pro quo inducit ff. vi. bon. rap. l. prætor. §. si quis adventu".

(88) *Commentaria* D. LUCAE DE PENNA, cit., p. 881: "*Devotum.* Hæc lex pulchra & bona est, sed ob neglectum iustitiæ, peccata provincialium, & nequitiam militum male

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo gli oppressi e gli amici e i vicini degli oppressi a poter resistere insieme a difesa di chi sia oppresso. Dal momento che la legge è male osservata e la giustizia risulta quindi trascurata, è proprio il *populus* (la "ipsa plebs" nominata nella legge) che può resistere e insorgere. Resistere contro un'ingiuria, difendere da un'ingiuria come *lex virtutis*, uccidere un sacrilego è possibile al privato e al *populus*. E il *populus*, in da Penne, ha anche facoltà di insorgere contro un usuraio, nonché di uccidere un sacrilego e un idolatra, sulla base dell'autorità del Vecchio Testamento: *Maccabei* 2.4 e *Levitico* 20. Per agire resistendo ad azioni compiute *contra iura* e contro giustizia è necessario sempre ricordare la differenza tra *iustitia* e *neglectus iustitiae* (89).

Sono infatti ingiustizia, ingiuria, violenza che consentono a chi le patisce di resistere a chi le perpetra, sia questi un ufficiale, o un giudice o un principe. Questo il quadro che tanto Bartolo quanto Luca da Penne descrivono nei loro *casus*, un quadro del tutto intrinseco a quello che Sbriccoli ha definito il "sistema del *crimen*

---

servatur. Statuit hic Imperator ut nullus metator, mensor, seu miles accedat ad aliquod prædium publicum vel privatum domus principis vel alterius causa præparandi vel ospitandi. Quia si accesserit licentiam tribuit dominis, procuratoribus eorum, & plebi eum realiter expellendi. Magistratus autem qui hunc destinaverit, relegatur ad tempus, vult autem solum eis hospitium in domo concedi, ita quidem ut nihil petant milites a dominis domorum pro usu eorum equorumque suorum. Mandat eos non immorari postquam in civitatibus fuerunt hospitati, utque residentiam nullam agant. Qui autem a domino domus ultra hospitium postulat, punitur. [...] *Ipsique plebis*. Not. quod etiam populus resistere potest cum alicui ex eis irrogatur iniuria. & facit aperte II.q. 3. si quis episcopus. 2, in fi. Quinetiam debet ut ibi.& de exact. tri. quotiens. Ut scilicet eum arceat ab ipsa nequitia quam committit. Sic etiam potest insurgere populus contra usurarium manifestum, ut ipsum ab urbe depellat. quod dic ut legitur & not. per gl. & Arch. de usur. c.I.li. 6. Sic & contra sacrilegum que etiam tunc licitum est occidere. 2. Mach. c. 4. prope fi. sic etiam iubetur occidi ad rumorem idolatra, quod si populus hoc neglexerit, a domino succidetur. Levitic. 20".

(89) In questo rimane centrale, per il sapere giuridico medievale, il ruolo svolto dalla giustizia nelle civiltà antiche. "Giustizia è il concetto centrale che lega assieme le sfere del diritto, della religione e della morale [...] La giustizia fornisce uno "spazio del ricordo" in cui oggi vale ciò che valeva ieri, e domani varrà ciò che vale oggi": J. ASSMANN, *La memoria culturale. Scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche*, trad. it., Torino, Einaudi, 1997, pp. 192-193. Per la memoria come costitutiva del diritto medievale P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

laesae" e al suo "stile dottrinale" (90). Non vi si può trovare, per la intima natura di quello stile dottrinale, alcuna definizione del diritto di resistere. In Bartolo e in Luca da Penne si trovano posizioni che mostrano la volontà di evitare in certe particolari occasioni l'equiparazione tra *crimen rebellionis* e *crimen laesae maiestatis*.

Nel sapere giuridico successivo a Bartolo e a Luca da Penne inosservanza della giustizia e pratica dell'ingiuria vengono riferite non solo ad ufficiali che compiono esecuzioni illecite o a giudici che giudicano male, ma anche a chiunque violi patti stabiliti. Si tratta di un percorso aperto da Baldo, che ha conseguenze sicuramente epocali per le argomentazioni giuridiche e politiche sulla liceità del resistere (91). Nel *consilium* noto come *Rex romanorum*, Baldo si cimentava con una questione estremamente complessa, conseguente alla nomina del signore Giangaleazzo Visconti a duca di Milano da parte dell'imperatore Venceslao, avvenuta nel 1395. In base alla nuova dignità Giangaleazzo pretendeva di esercitare giurisdizione anche sui vassalli immediati dell'imperatore, ritenendo che l'infeudamento ottenuto con il titolo ducale annullasse preesistenti immunità, libertà, privilegi o infeudamenti dei vassalli lombardi. Scrivendo il *consilium* su incarico di Giangaleazzo, Baldo si scontrava con le difficoltà insite nella necessità di conciliare le esigenze del suo signore con i dettami della sua coscienza giuridica. Nella sostanza, le argomentazioni di Baldo si sviluppavano nel senso di sostenere che il trasferimento di un vassallo da un signore feudale ad un altro senza il consenso dello stesso vassallo comportasse una violazione del contratto feudale. Secondo il diritto, ogni *ligius* il cui feudo cadesse sotto la giurisdizione ora spettante a Giangaleazzo doveva rimanere vassallo immediato dell'imperatore, nel caso che non si presentasse a giurare fedeltà al nuovo duca. L'imperatore, da parte sua, non poteva non rispettare le consuetudini feudali. Se poi un signore feudale avesse assunto illegittimamente il controllo sul feudo di un vassallo, allora il vassallo poteva dichiarargli guerra, usando violenza contro di lui.

La concezione che il *princeps* fosse legato dal contratto non era

(90) M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 177.

(91) M. Ryan, *Widerstandsrecht und Lehnswesen*, in A. De Benedictis-K-H. Lingens (edd.), *Sapere, coscienza e scienza nel diritto di resistenza*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specifica del diritto feudale, ma proveniva da una teoria generale elaborata dai giuristi fin dal tardo XIII secolo. Secondo Guido da Suzzara anche un *princeps legibus solutus* era vincolato dai patti da lui conclusi, poiché il fare patti aveva origine dal diritto naturale come parte dello *ius gentium*, e il *princeps* non poteva considerarsi sciolto dalla loro forza obbligante. Anche Cino da Pistoia condivideva lo stesso parere (92). Nel solco di questa tradizione stava pure il pensiero di Baldo, quando egli mostrava di ritenere che il diritto dei vassalli a resistere potesse trovare utilizzazione ai più alti livelli (93).

Nelle specifiche e concrete situazioni conflittuali, i motivi dedotti dall'interpretazione della *Qui sint rebelles*, del commento ai *Tres Libri Codicis* di Bartolo e Luca da Penne, del *consilium Rex romanorum* di Baldo venivano spesso utilizzati congiuntamente per legittimare opposizioni a comportamenti degli ufficiali giudicati ingiusti e a violazione dei patti da parte del principe. La letteratura consiliare era, per sua stessa natura, ricca di tali situazioni. Alcune di esse sono state individuate in studi recenti, ai quali si farà ora riferimento, che complessivamente coprono un periodo pluriseco-lare nonché territori e poteri diversi.

Agli inizi del XV secolo un *consilium* steso dall'illustre canonista Francesco Zabarella difendeva il *populus* di Trento, accusato di ribellione dal vescovo signore della città (94). I cittadini si erano inizialmente mossi contro riscossioni fiscali ingiuste eseguite dagli ufficiali dello stesso vescovo, occupando i luoghi materiali di difesa della città e del territorio, distruggendo le case di alcuni ufficiali,

(92) Per questo cfr. K. PENNINGTON, *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley-Los Angeles-London, California University Press, 1993, pp. 125-130.

(93) M. RYAN, *Widerstandsrecht und Lehnswesen*, cit. Il saggio di Ryan evidenzia come la questione della resistenza lecita dei vassalli fosse affrontata con il sapere elaborato intorno al concetto di *iurisdictio*, si cui si vedano ora le recenti riconsiderazioni di P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medievale*, Milano, Giuffrè, 2002², pp. XXXI-XCVI.

(94) D. GIRGENSOHN, *Vom Widerstandsrecht gegen den bischöflichen Stadtherrn. Ein Consilium Francesco Zabarellas für die Bürger von Trient (1407)*, in "Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte", CXVIII, KA LXXXVII (2001), pp. 307-385.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

manifestando infine l'intenzione di sottoporsi ad un altro signore. Una serie di accordi raggiunti tra vescovo e *populus* e la successiva firma di una concordia sembravano aver posto fine al conflitto. Ma i patti non erano stati poi rispettati dal vescovo: i suoi ufficiali continuavano a praticare estorsioni indebite. La violazione dei patti da parte del vescovo veniva sentita come minaccia di violenza. Il *populus* temeva che il vescovo volesse soggiogare la città e perfino uccidere alcuni suoi cittadini; e per questo arrestava il vescovo, il quale a sua volta colpiva la città con la pena dell'interdetto. L'argomentazione giuridica di Zabarella a favore del *populus* era che i cittadini erano stati provocati e quindi potevano difendersi lecitamente. Venivano giustificati in quanto "commoti" per le estorsioni indebite degli ufficiali del vescovo. Questi, da parte sua, non avendo messo rimedio alle estorsioni, ma anzi consentendole, aveva gravato i cittadini senza poterlo fare di diritto. Aveva agito quindi come privato, e in tal caso gli si poteva resistere di fatto e con violenza. C'era una legge che lo consentiva, secondo Zabarella: la *l. prohibitum* (95).

Nell'Impero della fine del XV e dell'inizio del XVI secolo numerosi furono i giuristi attivi come consiglieri, giudici o ambasciatori della Lega Sveva e che si occuparono, quindi, dei problemi politici e giuridici derivanti dal conflitto tra la Lega e gli imperatori. Giuristi umanisti come Conrad Peutinger, Willibald Pirckheimer, Johannes Reuchlin und Dietrich von Plieningen difesero gli accordi fissati per iscritto dalla Lega — ciò che allora veniva definito "costituzione" — e ne denunciarono l'avvenuta violazione da parte dell'imperatore, giudicando lecita l'eventuale resistenza dei membri della associazione costituita per il mantenimento della pace territoriale (96).

Bartolo, Baldo e le le sue fonti Guido da Suzzara e Cino da Pistoia fornivano argomenti per contestare anche al sovrano pontefice violazione di patti. Nel 1506 il giurista dello Studio bolognese

(95) D. GIRGENSOHN, *Vom Widerstandsrecht gegen den bischöflichen Stadtherrn*, cit., pp. 378-379.

(96) H. CARL, *Landfriedenseinung und Ungehorsam. Der Schwäbische Bund in der Geschichte des vorreformatorischen Widerstandsrecht im Reich*, in R. VON FRIEDEBURG (ed.), *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit*, cit., pp. 85-112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni Crotto da Monferrato costruiva intorno a questo problema un lungo e articolato *consilium*. Ne era stato richiesto dal *populus* bolognese perché lo difendesse dall'accusa di ribellione che papa Giulio II aveva rivolto al *populus*, con l'interdetto, per avergli resistito preparando le armi (97).

Il pontefice, intenzionato a portare Bologna a una stretta sudditanza allo Stato della Chiesa, stava col suo esercito poco distante dalla città e pretendeva di entrarvi, minacciandola di mutarne il governo basato su accordi conclusi precedentemente con papa Niccolò V. Il giurista Crotto, pur riconoscendo la necessità della *plena potestas* papale, riteneva che di fronte a tale minaccia il *populus* bolognese potesse "iuste resistere" al pontefice anche prendendo le armi contro di lui. Apparteneva alle verità "in facto" che il papa non potesse derogare ai capitoli sottoscritti da Niccolò V e dalla città proprio riguardo al governo della città. Al pontefice che voleva entrare in città si poteva quindi "licite et legitime... resisti et denegari ingressus" (98). Poiché sussisteva il fondato sospetto che volesse turbare lo *status* della *res publica*, la *communis opinio doctorum* confortava nel parere che non si dovesse ubbidire al pontefice che emanava ordini contro il generale stato della Chiesa, e che gli si potesse per questo resistere. Al di là degli specifici motivi riguardanti Bologna, vi erano poi alcuni principî generali che confermavano il parere di Crotto. In base ad essi, in determinate situazioni si poteva opporre violenza alla violenza (*vim vi repellere licet*) per la difesa della persona e delle cose, e chi era oppresso — come il *populus* bolognese — poteva convocare amici e vicini per resistere (99). Ma al popolo bolognese era lecito prendere le armi e resistere al pontefice

(97) A. De Benedictis, *Il diritto di resistere. Una città della prima età moderna tra accusa di ribellione e legittima difesa (Bologna, 1506)*, in M.T. Fögen (ed.), *Ordnung und Aufruhr im Mittelalter. Historische und juristische Studien zur Rebellion*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1995, pp. 17-41; A. De Benedictis, *Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa*, Bologna 1995, pp. 170-183; A. De Benedictis, *Sapere, scienza e coscienza nel diritto di resistenza. Le ragioni di un seminario e del suo titolo*, in A. De Benedictis-K.H. Lingens (edd.), *Sapere, scienza e coscienza nel diritto di resistenza*, cit., pp. 8-15.

(98) Ioannes Crottus, *Consilia sive responsa*, Liber secundus, Venetiis, ex officina Damiani Zenari, 1576, *consilium* 184, pp. 66r-73r.: 71v.

(99) Ivi, p. 72v. Al proposito il giurista cita esplicitamente i commenti di Bartolo alla *l. Prohibitum* e alla *l. Devotum*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche perché si trattava di difendere il proprio stato; o perché era indotto a temere che la sicurezza della patria fosse messa in pericolo. Il fine ultimo della *quies patriae* spingeva i cittadini "omisso iuris ordine arma capere & adversus oppugnantes illa exercere". (100) Vi era poi un altro motivo per cui i bolognesi potevano resistere al papa. Per allontanare l'ingiustizia dell'interdetto, la città si era appellata al concilio. Nella bolla di interdetto Giulio II condannava l'appello in quanto contrario ad ogni *forma iuris*, ovvero alle costituzioni di Pio II (la bolla *Execrabilis* del 1463). Secondo Crotto la sentenza di censura era valida, ma procedeva da causa ingiusta. Essendo emanato da un pontefice che ordinava un comando ingiusto — agendo come giudice che emanava sentenza ingiusta —, e dopo che era stato interposto legittimo appello, l'interdetto doveva ritenersi nullo e privo di efficacia (101).

Non è affatto azzardato, a mio parere, ipotizzare che situazioni e discorsi come quelli sopra riferiti (e da poco "scoperti") fossero ripetutamente presenti nell'Europa del quattro-cinquecento. Le situazioni prodotte dalla Riforma luterana prima, e dalla diffusione della Riforma calvinista poi, utilizzarono quei discorsi e li radicalizzarono.

Le ricerche che, negli ultimi anni, hanno messo in discussione la prolungatamente tenace *communis opinio* storiografica per la quale Lutero e i ceti evangelici avrebbero sempre espresso la concezione dell'obbedienza incondizionata all'autorità politica, sono anche quelle che hanno riconsiderato criticamente la retroproiezione del "diritto di resistenza" ottocentesco al conflitto religioso e politico che attraversò la Germania nella prima metà del XVI secolo. Il riesame di fonti già utilizzate e l'analisi di fonti poco conosciute ha permesso di "accorgersi" come da parte luterana, attraverso la riflessione e l'attività consiliatrice di giuristi e teologi, opporsi alla politica di Carlo V dopo la dieta di Augusta significasse sia rifiutare l'accusa imperiale di ribellione, sia ragionare in termini di difesa della propria scelta religiosa e della propria autorità dai comandi ingiusti di Carlo V. Non era resistenza (*Widerstand*) il termine-concetto usato nei numerosi scritti nei quali si possono leggere le

(100) Ivi, p. 72v.
(101) Ivi, pp. 72v-73r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posizioni assunte nel conflitto. Erano invece quelli di difesa contro comando ingiusto (*Gegenwehr*) e difesa per stato di necessità (*Notwehr*).

Nei numerosi testi fatti stampare da aderenti alla Lega di Smalcalda *Gegenwehr* era rivendicato come diritto dell'uomo a difendersi contro il potere ingiusto (102). Per essere usato doveva corrispondere a tre criteri di adeguatezza: nelle intenzioni (il movente doveva essere difesa, mantenimento o recupero dei propri beni, non vendetta, cioè danneggiamento dell'altro); nei mezzi (la difesa militare concepita solo come ultima risorsa); nel tempo (che significava, da una parte, essere pronti ad armarsi già nel presente per affrontare pericoli attesi nel futuro; dall'altra usare la difesa il più rapidamente possibile, ma non necessariamente nell'immediato). Il problema dell'obbedienza dovuta dai sudditi all'utorità era naturalmente centrale in questi testi, ma intesa come fondata non tanto su di una obbligazione unilaterale, quanto piuttosto su di una relazione di reciprocità, una *obligatio mutua*. Per i giuristi autori della maggior parte di questi testi era innegabile che usava un potere ingiusto quel giudice il quale rifiutasse un appello e emanasse ordini su questioni il cui *officium* era incompetente. A un ordine ingiusto nessuno doveva obbedire, e la difesa degli interessati giudicati disobbedienti e per questo ribelli era giuridicamente legittima.

Generalmente, nella pamphlettistica della Lega di Smalcalda l'uso in senso stretto di *Gegenwehr* era riferito al corrispettivo diritto dei principi imperiali sia alla immediata difesa di se stessi, sia alla difesa dei propri sudditi secondo il principio della "pace territoriale" (*Landfriede*). Ma con *Gegenwehr* si intendeva pure che tanto ai principi imperiali, quanto ai ceti imperiali, quanto anche agli *inferiores magistratus* spettasse, secondo *ius naturae*, il compito di *vim vi repellere* contro gli assalti dell'imperatore (una concezione sostenuta anche un secolo dopo, nel corso della Guerra dei Trent'anni).

Diversamente da *Gegenwehr*, con il termine-concetto di *Notwehr* si intendeva il diritto che il singolo aveva alla diretta difesa del proprio corpo e della propria vita e di quelli della propria famiglia, quando i magistrati competenti non fossero in grado di

(102) G. HAUG-MORITZ, *Das Widerstandsrecht des Schmalkaldischen Bundes*, in R. VON FRIEDEBURG (ed.), *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit*, cit., pp. 141-161.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

farlo. Tale diritto era anche contemplato in un paragrafo della *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532, ed era quindi parte del diritto penale: nella costituzione imperiale il suo esercizio era previsto soprattutto contro le violenze dei soldati o gli abusi degli ufficiali dell'autorità (103). Ma nella seconda metà degli anni quaranta, all'acuirsi del conflitto tra Lega di Smalcalda e imperatore e con la crisi dell'*Interim*, nella pamphlettistica contemporanea l'uso del *Notwehr* venne riferito anche a gruppi di persone, dandone un'interpretazione non solo individuale ma anche collettiva. Si rivendicava nei casi di violenze compiute su giovani donne da soldati "stranieri" dell'imperatore; o anche per la difesa di intere popolazioni, come sostenuto pure da Melantone. Nel concreto di specifiche situazioni, come durante la difesa della città di Magdeburgo nel 1550-51, *Gegenwehr* e *Notwehr* (ma anche *Defension*) erano usati contemporaneamente a indicare la difesa della "patria" e della "nazione" (tedesca) dalle truppe spagnole dell'imperatore (104).

Una serie di *consilia* giuridici e di pareri teologici elaborati nell'ambiente di Filippo Melantone, e stampati tra il 1546 e il 1547, evidenziano il peso di argomenti tratti dallo *ius naturae* nel sostenere la legittimità e possibilità della resistenza contro il principe legittimo in caso di conflitti religiosi (105).

Lo stesso Melantone sosteneva che usare *Gegenwehr* contro un principe violento fosse un diritto naturale che Dio aveva "piantato" nell'animo umano (106), sottolineando ripetutamente che il Vangelo

---

(103) R. von Friedeburg, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit.

(104) È qui il caso di ricordare che sia R. von Friedeburg, sia gli autori dei saggi compresi nel volume da lui curato, condividono la critica (peraltro già espressa da D. Böttcher, *Ungehorsam oder Widerstand*, cit.) alla distinzione operata per lungo tempo dalla ricerca tra un "diritto di resistenza" costituzionale (*Gegenwehr*) e un "diritto di resistenza" privatistico (*Notwehr*), e fatta propria anche da Q. Skinner, *Le origini del pensiero politico moderno*, 2, *L'età della Riforma*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1989.

(105) M. Scattola, *Widerstandsrecht und Naturrecht im Umkreis von Philipp Melanchton*, relazione presentata al convegno *Herrschaftskrise und Glaubenskonflikt. Das Interim 1548/50*, organizzato dal Verein für Reformationsgeschichte e tenutosi a Wittenberg nei giorni 3-6 ottobre 2001. Ringrazio l'Autore per avermi permesso di leggere il manoscritto.

(106) M. Scattola, *Widerstandsrecht und Naturrecht*, cit. sottolinea anche il ruolo della *Zirkulardisputation über das Recht des Widerstandes gegen den Kaiser (Matth. 19,21)* redatta da Martin Lutero il 9 maggio 1539.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non annullava il diritto naturale, ma che piuttosto l'ordine del diritto naturale era opera di Dio e corrispondeva al suo volere. Perciò doveva essere legittimato anche il diritto all'autodifesa e alla difesa di bambini, familiari e sudditi, poiché questo era stato iscritto nella natura da Dio stesso. In determinati casi, quando si verificava una *atrox iniuria* e non ci si poteva attendere alcun aiuto dall'autorità, tale *Gegenwehr* non era solo consentita, ma anche ordinata. La ragione umana poteva poi trovare l'idea della *Notwehr* semplicemente nel diritto naturale. I comandamenti di diritto naturale erano quelli che Dio fin dalla creazione aveva iscritto nel cuore degli uomini. Melantone li definiva anche filosoficamente come *notitiae inditae*, in quanto tali appartenenti a un ordine generale del mondo e costituenti una "legge naturale" fondata dalla giustizia eterna, una legge che riguardava sia il "reggimento ordinario" del mondo sia la "giusta Chiesa" (107). Tra le *notitiae inditae* che agivano come principi direttivi per la vita morale — come già Melantone aveva sostenuto nei *Loci communes theologici* —, oltre a quelle che ordinavano di onorare Dio, di non rompere il matrimonio, stavano anche quelle che ordinavano di mantenere i patti, e di resistere a un potere ingiusto. L'ordine politico doveva essere sempre rispettato, ma quando il principe diventava tiranno — e tale trasformazione era riconoscibile dal fatto che volesse distruggere l'ordine politico della comunità opera di Dio — allora doveva essere combattuto e le autorità a lui sottoposte dovevano deporlo (108). Nel *locus de Magistratibus civilibus* dall'idea che l'ordine politico fosse stato stabilito da Dio e non fosse stato abolito dal Vangelo, Melantone derivava il principio "Ne laedat civis civem, sed omnes sciant se inter sese devictos esse ad mutuam defensionem et communem salutem, quae consistit in compensatione aequali voluntatum, officiorum et rerum. Si quis autem violaverit hunc ordinem poena afficiatur" (109). Nel *locus De vindicta* la dottrina della *Gegenwehr* naturale, pensata anche per combattere le pretese degli Anabattisti di Münster alla eliminazione di ogni tipo di autorità e alla istituzione di un regno del Vangelo, veniva specificata nel senso di *naturalis notizia* o *appetitio*

(107) M. SCATTOLA, *Widerstandsrecht und Naturrecht*, cit.
(108) Ivi.
(109) Ivi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conservationis sui adversus iniustam violentiam. Sulla base della *Drei-Stände-Lehre* la *Gegenwehr* poteva essere esercitata non solo da un principe, per difendere i suoi sudditi, persino con la guerra; ma anche da ogni ceto o città o famiglia in quanto in grado di agire politicamente: ovvero i sudditi intesi non come moltitudine ma come realtà costituita di corpi. Ognuno secondo il suo *Beruff* poteva punire un signore tirannico e senza Dio (110).

L'idea della difesa naturale così sostenuta unificava diverse tradizioni, una delle quali riprendeva principi fondamentali del diritto romano dichiarati nel Digesto e ascritti anche all'ambito dello *ius gentium*. La scienza giuridica cinquecentesca fece riferimento sia allo *ius naturae* sia allo *ius gentium*, tendendo più al secondo quando dall'istinto all'autodifesa di qualsiasi essere (animali e uomini) si voleva passare al diritto all'autodifesa. Il diritto aveva bisogno di un ragionevole riconoscimento, che poteva aver luogo solo tra uomini e tramite la mediazione della ragione. Secondo le categorie del diritto romano questo era l'ambito specifico dello *ius gentium*, al quale pertanto doveva essere attribuita l'autodifesa in quanto diritto secondo giuristi come Jean de Coras o Hugues Doneau (111).

Il "droit naturel et des gens", insieme agli esempi e alle testimonianze forniti da "les sainctes lettres, les histoires prophanes, les loix greques et romaines", era per il calvinista Jean de Coras quello che provava un principio fondamentale per la società degli uomini. Nella "commune negociation des hommes", nella "commune societé et conversation" per cui gli uomini erano stati creati, "les pactions, transactions, accords, negociations, et consequemment les *capitulations d'entre le prince et ses subjects*" erano assolutamente indispensabili (112). Nella Francia delle guerre di religione, e qualche anno

(110) Ivi.

(111) Ivi. Più in generale, sulle intime connessioni tra *Widerstandsrecht* e *Naturrecht*, si veda, dello stesso M. SCATTOLA, *Das Naturrecht vor dem Naturrecht. Zur Geschichte des "ius naturae" im 16. Jahrhundert*, Tübingen, Niemeyer, 1999. Cfr. anche B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2000, *passim.*

(112) J. DE CORAS, *Question politique: s'il est licite aux subjects de capituler avec leur prince*, a cura di R. M. KINGDON, Genéve, Droz, 1989. Per la lettura del testo cui qui alludo, A. DE BENEDICTIS, *Supplicare, capitolare, resistere. Politica come comunicazione*, in C. NUBOLA-A. WÜRGLER (eds.), *Petizioni e suppliche nella prima età moderna (sec.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima del massacro della notte di San Bartolomeo, il principio veniva però negato da chi, per ingraziarsi il re, per renderlo flessibile "au point de la verité", sosteneva che patti, transazioni, accordi, capitolazioni tra re e sudditi erano nulli e anzi dovevano essere proibiti. "Flateurs", "notables fabricateurs de paradoxe" erano coloro che da qualche tempo seminavano tale opinione sia tra i "populaire", sia tra i "superieurs" e il principe. Soprattutto, insisteva Jean de Coras, ignoranti "de tout droict naturel et politic" (113). In base a questo diritto Stati, o Parlamenti, o Pari potevano resistere alla volontà del re discutendo di materie di stato, o di guerra, o di imposizioni di nuovi tributi, o di fare nuovi editti e ordinanze; potevano dichiarargli, mostrandone le ragioni, che la sua intenzione non poteva essere attuata "selon droict et justice". I "paradoxeurs", invece, incolpavano per questo Stati, Parlamenti e Pari del crimine di lesa maestà, li accusavano di essere ribelli al re (114). Il disprezzo dei "paradoxeurs" per la storia, per i costumi e le consuetudini della Francia li portava a non ammettere che, se il re o i suoi ufficiali attentavano ai privilegi concessi ai sudditi con giuramento solenne nel corso della cerimonia d'incoronazione, gli Stati potevano presentare *gravamina* richiedendo la restituzione dei privilegi. Per i "paradoxeurs" un re che accettasse le "justes remontrances et humble insistances", le "humble resistances et raisonnable remonstrances" non era più re. Facevano di tutto per sedurre il re con tale argomento, e così lo spingevano a trasformare il suo *office* in quello di un tiranno. Ma lo slittamento verso la tirannide avrebbe naturalmente avuto conseguenze, poiché, era sottinteso, avrebbe interrotto la comunicazione politica tra re e sudditi: "S'il veut de roy devenir tyran, c'est l'interes des subjects, qui ont droict d'y contredire, et par tous moyens s'essayer de maintenir leur prince en roy et non en tyran, et procurer envers luy qu' il soit accompagné d'un bon conseil, moderant toutes ses actions, le reduisant au cerne de la

---

XV-XVIII), Bologna, il Mulino, 2002,. Recentemente il *pamphlet* è stato analizzato anche da S. TESTONI BINETTI, *Il pensiero politico ugonotto dallo studio della storia all'idea di contratto (1572-1579)*, Firenze 2002, pp. 77-86.

(113) J. DE CORAS, *Question politique*, cit., p. 4.

(114) Ivi, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raison, et chassant d'autour de luy tels flateurs que nostre paradoxeur" (115).

Jean de Coras era uno dei giuristi tra i quali, come già i contemporanei potevano chiaramente notare, la Riforma trovava aderenti qualificati. La pubblicazione a stampa della sua, per quanto anonima, *Question politique*, costituiva un contributo ai numerosi scritti di propaganda prodotti prima e dopo il 1572. Certo, con la *Francogallia* di François Hotman (1573), il *De iure magistratuum* di Theodor Beza (1574) e con le *Vindiciae contra tyrannos* (1579) — ovvero con i testi principali dei cosiddetti "monarcomachi" — la questione della resistenza veniva assolutizzata anche attraverso una maggiore connessione tra argomentazioni teologiche, politiche e giuridiche (116).

Il discorso sulla tirannide si faceva più puntuale e articolato (117), anche se non sempre e non necessariamente portava alla necessità del tirannicidio. Alcune recenti riflessioni hanno mostrato come nella *Francogallia* il tirannicidio non fosse affatto un discorso esplicito o particolarmente voluto, come pure quello sul diritto di resistenza. Il trattato di Hotman, con le sue due "strategie argomentative" di tradizione-continuità e Sacre scritture (118), era una trattazione complessiva dei fondamenti storici del diritto pubblico francese il cui scopo consisteva soprattutto nella definizione della limitazione del potere regale. Già nella prefazione Hotman considerava come causa principale della guerra civile in Francia la centralizzazione del potere regio ai costi dei ceti. E poiché la storia di un

(115) Ivi, p. 21. Va ricordato che l'identificazione di comportamenti tirannici si alimentava di una lunga tradizione sapienziale alla quale aveva dato un fondamentale contributo Bartolo da Sassoferrato: D. QUAGLIONI, *L'iniquo diritto. "Regimen regis" e "ius regis" nell'esegesi di* I Sam. 8, 11-17 *e negli "specula principum" del tardo Medioevo*, in A. DE BENEDICTIS (ed, con la collaborazione di A. PISAPIA), *Specula Principum*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, pp. 209-242.

(116) Ch. STROHM, *Das Verhältnis von theologischen, politisch-philosophischen und juristischen Argumentationen in calvinistischen Abhandlungen zum Widerstandsrecht*, in A. DE BENEDICTIS-K.H. LINGENS (eds.), *Sapere, scienza e coscienza nel diritto di resistenza,* cit. I tre classici testi sono stati analizzati di recente anche da S. TESTONI BINETTI, *Il pensiero politico ugonotto,* cit.

(117) M. TURCHETTI, *Tyrannie et tyrannicide*, cit., pp. 419-442.

(118) Su cui P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1, Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 81-96.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diverso ordinamento dello Stato durava da ben undici secoli, in caso di necessità tale ordinamento doveva essere difeso con la violenza e con le armi contro il potere dei tiranni (119).

Nella riflessione giuridica calvinista — lo si è visto prima con Jean de Coras — il legame pattizio tra sovrano e sudditi costituiva uno snodo fondamentale. La teoria del doppio patto, di un patto religioso con Dio e di un patto civile tra popolo e re, stava al centro delle *Vindiciae*, frutto di una strettissima interazione tra argomenti teologici e argomenti giuridici tratti dal diritto romano e dal diritto medievale (120). Da qui anche la "connessione esplicita tra resistenza al sovrano e difesa dei beni essenziali della vita dei soggetti" (121).

Era il bene della comunità, l'agire con responsabilità pubblica e non come privati, che spingeva i calvinisti, di fronte a coloro che assegnavano al re un ruolo di comando unilaterale, a insistere invece sulla necessità che il rapporto tra re e sudditi si basasse su patti. Più risolutamente ancora delle accorate sollecitazioni di Jean de Coras (il crinale del 1572 faceva la diferenza), la questione costituiva il nucleo centrale della diatriba che nel 1575 oppose il professore ginevrino di teologia — ma di formazione giuridica — Lambert Daneau al professore di diritto Pierre Charpentier, anch'egli ginevrino, il quale aveva invitato i protestanti ad abbassare le armi incondizionatamente (122). Gli argomenti usati da Daneau provenivano tutti dal diritto romano, e servivano per sottolineare che la guerra civile non poteva concludersi — come insisteva Charpentier — con una resa dei protestanti, ma con un patto „aequo iure"tra re e protestanti. Le armi dovevano ancora essere tenute in mano non per motivi privati, ma per il mantenimento — così Daneau — dello "ius publicum".

Sentirsi collettivamente responsabili del bene della comunità, della difesa del diritto pubblico del regno faceva parte di una

(119) Ch. STROHM, *Das Verhältnis von theologischen, politisch-philosophischen und juristischen Argumentationen*, cit.

(120) Ivi.

(121) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1, Dalla civiltà comunale al Settecento*, cit., p. 86.

(122) Una prima approfondita analisi dello scritto in Ch. STROHM, *Ethik im frühen Calvinismus. Humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentationen sowie mentalitätsgeschichtliche Aspekte am Beispiel des Calvins-Schülers Lambertus Danaeus*, Berlin-New York, de Gruyter, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concezione della politica che nell'ultimo quarto del XVI secolo si trovò a dover fare i conti con la sfida di una nuova e diversa elaborazione. Più di Jean Bodin, fu Justus Lipsius — con i *Politicorum sive civilis doctrinae libri* del 1589 — a delineare una dottrina dello stato e un'etica politica che individuava l'unica via possibile di soluzione dei conflitti nella vittoria della ragione sugli affetti e sulle passioni, così per l'individuo come per la comunità (123). Le passioni che agitavano e minacciavano l'animo individuale costituivano un pericolo ancora maggiore per la vita politica, procurando rivolta, caos e anarchia. In questo quadro i ruoli dell'agire erano prefissati: agire secondo ragione era possibile solo al sovrano, agire secondo affetti e passioni era tipico del popolo. Ne conseguiva che il sovrano doveva sempre disporre di un potere sufficiente per eliminare affetti e passioni. Daneau rispose qualche anno dopo a questa sfida, ponendosi allo stesso livello teorico di Lipsius con il trattato *Politica* del 1596, e portando più in alto il livello delle argomentazioni già utilizzate per rispondere a Charpentier. La soluzione dei conflitti proposta da Daneau faceva propria la straordinaria accentuazione neostoica del ruolo dell'autorità, ma l'autorità di Daneau era quella della legge, intendendo con essa le *leges regni fundamentales*. L'obbedienza alle leggi fondamentali del regno promessa dal re al popolo (il riferimento e l'interpretazione della *Digna vox*, Cod. 1,14,4 erano qui ovviamente centrali) rappresentava un criterio decisivo per la valutazione della legalità del potere sovrano. L'inosservanza e la violazione delle *leges fundamentales* erano un chiaro segno di tirannide, poiché comportavano la rottura del patto tra sovrano e popolo. Per mantenere le *leges fundamentales* (tra le quali stava la difesa della vera religione) si poteva fare guerra al sovrano, rimanendo nei limiti della necessaria resistenza e senza cadere nel pericolo della rivolta poiché si difendeva la "constitutio" dello stato (124).

---

(123) Tra le più recenti letture di LIPSIUS, R. TUCK, *Philosophy and Government 1572-1651*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1993, pp. 45-64, e P. SCHIERA, *Specchi della politica*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 76-78.

(124) Ch. STROHM, *Das Verhältnis von theologischen, politisch-philosophischen und juristischen Argumentationen*, cit. Sul rapporto tra il concetto di *leges fundamentales* e quello di *constitutio* sono fondamentali le ricerche di Heinz Mohnhautp, per le quali rinvio, in sintesi, a D. GRIMM-H. MOHNHAUPT, *Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La *Politica* di Johannes Althusius stava all'interno di questo processo di generalizzazione e assolutizzazione degli argomenti sulla resistenza, sia come parte di un problema politico-giuridico che aveva a che fare con la realtà delle cose, sia come parte di un continuo e pubblico dibattito sulle nuove concezioni della politica (125). Il ruolo intoccabile e sovrano che in Daneau avevano le *leges fondamentales* spettava in Althusius, in misura ancora rafforzata, ai ceti o agli Efori. Erano questi la vera controparte del sovrano in quanto controllavano che egli si attenesse ai suoi doveri religiosi e che rispettasse il patto col popolo o le leggi fondamentali dello stato, l'*Herrschaftsvertrag* in cui stavano scritti i diritti del popolo. Inosservanza e violazione da parte del sovrano legittimavano gli Efori, come rappresentanti del popolo, a resistere o addirittura lo obbligavano a resistere, secondo una sistematica elencazione di motivi (dodici nella terza edizione della *Politica methodice digesta*) sostenuti da chiare argomentazioni giuridiche.

Si è scritto molto sul "diritto di resistenza" degli Efori come "diritto" spettante solo ed unicamente alla istituzione che rappresenta il popolo. L'attenzione al "vocabolario" da parte della recente storiografia che sto passando qui in rassegna (e che si esercita, va sottolineato, nella ricerca su specifici conflitti, analizzandone il linguaggio e considerandoli processi di comunicazione politica) consente di mostrare un quadro più articolato delle posizioni di Althusius (126). La "resistentia" era rigidamente proibita ai sudditi, ai quali era solo consentita la "defensio in casu necessitatis". Nel caso però che fosse in gioco la difesa della "patria", delle "leggi del

(125) Ch. STROHM, *Das Verhältnis von theologischen, politisch-philosophischen und juristischen Argumentationen,* cit. Della recente bibliografia su Althusius ricordo G. DUSO- M. SCATTOLA-M. STOLLEIS, *Su una sconosciuta 'disputatio' di Althusius*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 25, 1996, pp. 13-126; G. DUSO, *Il governo e l'ordine delle consociazioni: la "Politica" di Althusius*, in G. DUSO (ed.), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna,* Roma, Carocci, 1999, pp. 77-94, e il recente volume E. BONFATTI-G. DUSO-M. SCATTOLA (eds.), *Politische Begriffe und historische Umfeld in der Politica methodice digesta des Johannes Althusius*, Wiesbaden, Harrasowitz, 2002.

(126) Come pure il saggio di M. SCATTOLA, *"Controversia de vi in principem". Vertrag, Tyrannis und Widerstand in der Auseinandersetzung zwischen Johannes Althusius und Henning Arnisaeus*, in A. DE BENEDICTIS-K.H. LINGENS (eds.), *Sapere, scienza e coscienza nel diritto di resistenza*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

territorio", anche i semplici sudditi potevano resistere poiché diventavano "subditi resistentes & cives patriae amantes" che si riunivano insieme per compiere il loro dovere. Lo stesso valeva quando si trattava della difesa della comunità contro l'invasione di un tiranno *ex defectu tituli*: "At tyranno absque titulo regnum invadenti, etiam privata autoritate sine alterius jussu, omnes et singuli patriae amantes optimates & privati resistere & possunt & debent" (127).

Nei conflitti che coinvolsero i territori dell'Impero durante e anche negli anni immediatemente successivi alla Guerra dei Trent'anni, il ruolo di difensori delle leggi del territorio e della patria poteva essere rivendicato anche da ceti territoriali come i cavalieri dell'Assia inferiore contro la politica del principe territoriale. Era qui esplicito il riferimento ai "cives patriae amantes" di Cicerone: un riferimento che anche in altre situazioni e periodi stava a sottolineare la volontà e la capacità dei sudditi a controllare i modi della propria autoconservazione, del mantenimento del bene nel rispetto del mutuo patto tra governante e sudditi (128). Agli inizi del XVII secolo la formula ciceroniana era utilizzata tanto dal giurista calvinista Johannes Althusius quanto dal giurista luterano Reinhard Koenig o dal teologo luterano Johann Gerhard per riconoscere anche ai ceti inferiori un diritto a *Gegenwehr* contro i rispettivi principi territoriali. Per tutto il periodo 1572-1674 fu anche un *topos* in dissertazioni giuridiche sul tema *De Potestate Patriae* redatte nelle università di Jena, Rostock, Herborn, Greifswald, Marburg, Tübingen, Giessen, Wittenberg e Leipzig (129). Nei territori dell'Impero l'argomento della difesa della patria e delle *leges patriae* proprio dei conflitti tra ceti e principi consentiva, ancora nel tardo XVII secolo, di incorporare i singoli privilegi cetuali entro lo stato territoriale

(127) R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Landespatriotismus: Territorialstaatsbildung und Patriotenpflichten in den Auseinandersetzungen der niederhessischen Stände mit Landgräfin Amelie Elisabeth und Landgraf Wilhelm VI. von Hessen-Kassel 1647-1653*, in A. DE BENEDICTIS-K.H. LINGENS (eds.), *Sapere, scienza e coscienza nel diritto di resistenza*, cit., in riferimento a Althusius, Politica, XXX, 48; XXXVIII, 68.

(128) Come nel "monarcomaco" scozzese George Buchanan, su cui si veda ora il saggio di R.A. MASON, *People Power? George Buchanan on Resistance and the Common Man*, in R. VON FRIEDEBURG (ed.), *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit*, cit., pp. 163-181.

(129) R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Landespatriotismus*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche grazie alle trasformazioni del sapere giuridico dalla vecchia *prudentia civilis* al nuovo *usus modernus*. Gli stessi conflitti, tra gli anni trenta e gli anni cinquanta del XVIII secolo, non ricorrevano più, però, alle *leges patriae*, ma registravano la difesa di specifici diritti e privilegi nobiliari e cetuali, come nel caso del *Land* Mecklenburg. Una "strada senza uscita", per le concezioni della liceità del resistere sostenute nella *Alteuropa* (130).

Da qui derivava, probabilmente, il rifiuto kantiano del contratto inteso come "fatto" — e quindi di una duratura cultura giuridica — e l'inappellabile condanna della disobbedienza dei sudditi: "Vi è dunque un *contratto originario*, che è l'unico sul quale si può fondare una costituzione civile universalmente giuridica tra gli uomini e si può istituire una comunità. Ma questo contratto (chiamato *contractus originarius* o *pactum sociale*), come unione di tutte le volontà particolari e private di un popolo in una volontà comune e pubblica (ai fini di una legislazione semplicemente giuridica), non è punto necessario presupporlo come un *fatto* (come tale non sarebbe neppure possibile), quasi che, perché noi ci considerassimo legati a una costituzione civile già stabilita, dovesse prima esser dimostrato dalla storia che un popolo, i cui diritti e le cui obbligazioni noi come discendenti avremmo ereditato), dovesse *una volta* aver compiuto realmente un tale atto e dovesse averne lasciato a noi testimonianza scritta od orale. Questo contratto è invece una *semplice idea della ragione*, ma che ha indubbiamente la sua realtà (pratica): cioè la sua realtà consiste nell'obbligare ogni legislatore a far leggi come se esse dovessero derivare dalla volontà comune di tutto un popolo e nel considerare ogni suddito, in quanto vuol essere cittadino, come se egli avesse dato il suo consenso a una tale volontà. Questa è infatti la pietra di paragone della legittimità di una qualsiasi legge pubblica" (131).

III. Vocabolario, discorsi, argomenti sulla liceità del resistere nell'Europa medievale e della prima età moderna furono ben più estesi e diffusi di quanto non sia stato sopra riferito. (E non solo perché furono ben presenti in alcuni "classici" del pensiero politico,

(130) Ivi.

(131) I. KANT, *Sopra il detto comune*, cit., p. 262.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come John Locke, o si trasformarono nel "diritto di rivolta" della Francia rivoluzionaria (132). Si può ragionevolmente supporre che essi fossero intrinseci ad ogni conflitto, tanto "normali" quanto fu "normale" la dimensione del conflitto, non rimanendo confinati all'interno dei conflitti politico-religiosi del XVI e XVII secolo e quindi non essendo limitati ai territori direttamente coinvolti da "guerre di religione" (133). Altrove chi scrive ha ripresentato alcuni discorsi e argomenti sviluppati in Catalogna, a Napoli, in Piemonte, ovvero nella cattolica Europa mediterranea (134), tutti accomunati dalla lucida consapevolezza di doversi difendere non solo da pratiche politiche, ma anche da concezioni nuove della politica che assumevano la "relazione di potere e obbedienza come unico criterio ordinante, perno esclusivo dell'ordine politico" (135). D'altra parte, non è un caso che nel più recente ed esaustivo quadro comparato sui secolari tentativi di assorbimento della "società giurata o corporata" dalla "sovranità diffusa" nella "nuova identità collettiva" dello Stato (136), nella *Geschichte der Staatsgewalt*, Wolfgang Reinhard abbia mostrato la complementarità di *Partnerschaft und Widerstand* negli stati europei di età moderna, e la "normalità" dei discorsi coi quali

(132) Il taglio dato a questo saggio mi consente di non soffermarmi, al momento, su un tale autore e su un tale problema (come anche pure su altri qui non presi in considerazione per economia del discorso). Poiché, come spero di aver mostrato in vari punti, i discorsi sulla liceità del resistere traggono argomenti dai discorsi sulla cittadinanza, rinvio per Locke e per la rivoluzione francese a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1, Dalla civiltà comunale al Settecento*, cit., pp. 266-309, e a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 2, L'età delle rivoluzioni*, cit., pp. 19-35.

(133) Cfr. ora F. Benigno, *Specchi della rivoluzione. Conflitto e identità politica nell'Europa moderna*, Roma, Donzelli, 1999. Specifici rinvii a particolari situazioni in W. Schmale, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit. Ein deutsch-französischer Paradigma*, München, Oldenbourg, 1997.

(134) A. De Benedictis, *Identità comunitarie e diritto di resistere*, in P. Prodi-W. Reinhard (eds.), *Identità collettive tra Medioevo ed Età Moderna*, Bologna, Clueb, 2002, pp. 265-294.

(135) P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1, Dalla civiltà comunale al Settecento*, cit., p. 100.

(136) Su cui P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, il Mulino, 1992, soprattutto pp. 161-487. Di P. Prodi si veda ora anche la *Introduzione* a P. Prodi-W. Reinhard (eds.), *Identità collettive tra Medioevo ed Età Moderna*, cit., pp. 9-30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si rivendicava fino al diritto alle armi per l'attuazione del proprio diritto nel corso dei numerosi conflitti che attraversarono l'Europa della prima età moderna (137).

Insomma, le riflessioni e discussioni se resistere e/o difendersi fosse lecito, e a chi, e in quali circostanze, e secondo quali modalità, non costruirono teorie o dottrine della resistenza (nessun "diritto di resitenza"), ma risposero a questioni fondamentali di prassi, intorno alle quali il sapere giuridico medievale e moderno si arrovellò ripetutamente e continuamente, includendo sempre argomentazioni risalenti in quelle che venivano riorganizzate nel dilemma di volta in volta presente.

Se questo è il quadro che ora si sta ricostruendo, mi pare che il "diritto al presente" (138) dell'età della globalizzazione possa comprendere, per l'"affollamento" che lo caratterizza, molti dei motivi — e più complessivamente il sapere — su cui per alcuni secoli molti giuristi hanno lavorato, soprattutto per il carattere "inclusivo, piuttosto che esclusivo e selettivo" (139) del suo sapere e delle sue procedure. La maggiore vicinanza del diritto presente al "contesto antico" (140) e alla "costituzione medievale" (141) può giustificare il breve esperimento che si vuol compiere in poche righe, con una qualche forzatura di cui si è consapevoli, di "attribuire" ai giuristi "antichi" il metodo di lavoro e le priorità in agenda dei giuristi "presenti".

I giuristi che, nel lungo periodo sopra attraversato, esaminavano la questione della "resistenza", non si ponevano generalmente il problema di "censire tutto l'esistente o organizzarlo in un chiaro elenco o in un rigido ordine gerarchico" (142), un progetto che anche

---

(137) W. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München 1999, pp. 210-304 (si può consultare ora la traduzione italiana *Storia del potere politico in Europa*, Bologna 2001, pp. 247-361).

(138) M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.

(139) Ivi, p. 65.

(140) Ivi, p. 103.

(141) Ivi, p. 108, in riferimento agli studi di M. FIORAVANTI, soprattutto, da ultimo, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999.

(142) M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit. p. 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto dell'età della globalizzazione non pratica per la sua estrema difficoltà (143). Gli stessi giuristi ragionavano sulla base di più fonti del diritto, di più "soggetti giuridici", di più istituti. In questo senso, il loro "orizzonte giuridico" percepiva gli attentati posti dal primato della legge, che però allora non era ancora del tutto "incontrastata signora e prima attrice della scena giuridica" (144).

Qui sta un punto fondamentale. L'affollamento del "diritto al presente" può forse comprendere quei giuristi meglio di quanto non avesse fatto il diritto del primato della legge. Probabilmente basterebbe dire, in sintesi, che quei giuristi agivano in un'età di diritto giurisprudenziale e giudiziario (145).

Data la rilevanza, nel diritto dell'età della globalizzazione, del contratto — e dei diritti che se ne occupano (146) —; delle costituzioni poste per via pattizia (147); dei percorsi costituzionali di tipo pattizio e di tipo contrattuale (148); dati interessi più vicini alle antiche che alle nuove costituzioni (149), alla costituzione medievale piuttosto che alla costituzione ottocentesca; data la necessità di comprendere i conflitti e le ripetute rivendicazioni di un diritto di rimostranza (150), di capire le forme della violenza (151); data, soprattutto, la concezione diffusa che la titolarità di un diritto equivalga al potere di chiederne l'osservanza, di porre sul tappeto la questione della sua esigibilità (152), e l'altra, intimamente connessa, che l'aspettativa di giustizia produca diritti (153); dati tutti questi aspetti del "diritto al presente" (e altri che qui non ho ripreso), allora si può ritenere che i giuristi che lo pensano siano in grado di comprendere — privi della presunzione tipica della cultura giuridica ottocente-

(143) Ivi, p. 65.
(144) Ivi, p. 66.
(145) Ivi, p. 69.
(146) Ivi, p. 70.
(147) Ivi, p. 78.
(148) Ivi, p. 115-118.
(149) Ivi, p. 97.
(150) Ivi, p. 107.
(151) Ivi, p. 183.
(152) Ivi, p. 130.
(153) Ivi, pp. 184-185.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sca (154) — i discorsi dei giuristi medievali e moderni, non da ultimo in quanto erano pure espressione di processi di politicizzazione del giudiziario e di giuridicizzazione della politica (155).

Gli argomenti del resistere prima del "diritto di resistenza" possono allora presentare qualche interesse per chi ora si muove nel tentativo di pensare nuovi scenari, aggiornati per il futuro, dello Stato di diritto. Come è stato fatto recentemente per la questione della tradizione repubblicana in Machiavelli (156), il confronto con la "genealogia" del "diritto di resistenza" potrebbe far acquisire "una profondità di campo storiografica tale da permetterci di portare alla luce modi "altri", inconsueti e originali di affrontare e di concettualizzare i problemi teorici" (157).

Si è già mostrato ripetutamente come ogni proposizione del problema del resistere fosse del tutto interna a conflitti e costituisse un tentativo di risolverli da parte di chi, attivamente, avesse lo scopo di difendere le proprie libertà. In questo senso aveva preoccupazioni "repubblicane" che non escludevano affatto la loro compatibilità con la monarchia (158). Chi si poneva il problema di difendere le proprie libertà, e per questo resisteva, praticava un agire di "cura vigile dei propri diritti", era costantemente disposto a "opporsi agli oltraggi" e a "difendere la propria sicurezza" (159). La "*activity of claiming*" e la rivendicazione (160) costituirono per secoli la premessa e la sostanza insieme di ogni discorso di difesa delle libertà e di

(154) Ivi, p. 137.

(155) Ivi, p. 203.

(156) L. BACCELLI, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, in P. COSTA-D. ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 424-93.

(157) Ivi, p. 427. Segnalo qui un modo "altro", completamente diverso per impostazione da quello di Baccelli, portatore di una proposta estremamente stimolante e che sta facendo discutere non solo gli storici del diritto: M.T. FÖGEN, *Rechtsgeschichte - Geschichte der Evolution eines sozialen Systems*, in "Rechtsgeschichte", I, 2002, pp. 14-20. La "originalità" di questa storia del diritto potrebbe anche comprendere il diritto di resistere.

(158) Cfr. R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt*, cit., e anche A. DE BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna, il Mulino, 2001.

(159) L. BACCELLI, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, cit., pp. 434-35, in riferimento nei primi due casi a Adam Ferguson.

(160) Ivi, p. 437.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liceità del resistere. Anche per questo è possibile, a mio parere, "reperire nell'esperienza politico-giuridica della prima modernità un'altra concezione dei diritti, alternativa a quella giusrazionalista, riferibile al "sentimento" di affermazione della propria dignità e di resistenza al dominio arbitrario" (161).

Se poi questa concezione del "diritto di resistenza" (deprivata, naturalmente, del ricorso alle armi) alternativa a quella elaborata nello Stato di diritto e come parte di esso, possa offrire "un contributo significativo alla riflessione contemporanea sui diritti fondamentali" (162), questo è compito che può spettare solo ai giuristi, ammesso che se lo vogliano assumere (163). Chi, come me, è solo storica può unicamente segnalare, da ultimo, che tutta la concezione del resistere di cui si è parlato fu propria di un'Europa a suo modo (non certo kantiano) "repubblicana", in cui le idee di governo misto esprimevano insieme sia il principio aristotelico del "giusto mezzo", sia — senza esserne in contrapposizione — l'idea di una articolazione dei poteri in modo tale che l'uno guardasse l'altro; e che si poneva, si può dire quotidianamente, il problema della tirannide (164). Anche per questo l'incompleto quadro presentato nelle pagine precedenti può essere di qualche interesse per chi oggi pensa a una prassi del governo misto come forse "unico modulo adatto all'Unione Europea all'inizio del nuovo millennio" in quanto espressione di "un'idea flessibile di governo nella nuova Europa e quindi di prefigurazione di una nuova modalità europea dello Stato di diritto" (165).

---

(161) Ivi, p. 437. Questa "altra concezione dei diritti" è appunto stata indagata da W. SCHMALE, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte*, cit.

(162) L. BACCELLI, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, cit., p. 437.

(163) Per una sintesi della discussione in atto tra i giuristi dopo la II Guerra Mondiale cfr. E. BETTINELLI, *Resistenza (diritto di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XIII, Torino, Utet, 1997, pp. 183-199.

(164) Ivi, p. 433.

(165) R. BELLAMY-D. CASTIGLIONE, *Il deficit democratico dell'Europa e il problema costituzionale*, in P. COSTA-D. ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 506-534: 529.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RICHARD BELLAMY-DARIO CASTIGLIONE

BEYOND COMMUNITY AND RIGHTS: EUROPEAN CITIZENSHIP AND THE VIRTUES OF PARTICIPATION

1. The return of the citizen. — 2. Models of citizenship. — 3. Citizenship as belonging: A European Community? — 4. Citizenship as rights: a European Constitutional Patriotism? — 5. Citizenship as participation: The role of civic engagement. — 6. Conclusion.

1. *The return of the citizen.*

The revival of citizenship studies over the past twenty years has been associated with two sets of related challenges to the liberal democratic regimes of nation states. The first set consists of the challenges to national political cultures posed by ethnic diversity and minority nationalism within the state, and globalisation (often associated with commercialisation and Americanisation) without. These developments have prompted debates over the importance of nationality and a shared culture as sources of reciprocity and allegiance between both citizens themselves and them and the state. For example, both academics and policy-makers have fiercely debated such issues as the content of civic education in schools and the degree to which naturalised citizens should be obliged not just to adhere to the political norms of the host nation but also to acquire various of its social and other cultural characteristics, such as the dominant religion and language. The second set of challenges stem from the political, social and administrative problems posed by the growing electoral apathy of citizens, the fiscal crisis of the welfare system, and the transformations of the relationship between the public and private sectors induced by neo-liberal policies. These developments have also been broadly linked to market driven global forces and a multicultural concern with recognition at the expense

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of the politics of redistribution. They have given rise to debates over the degree to which markets or the law prove better than democratic politics in enabling citizens to influence public and private producers and service deliverers and hold them to account.

Both sets of challenges have led social and political scientists to investigate the presuppositions of citizenship and to ask whether the role of the citizen can be adapted to a context that goes beyond a form of liberal democracy linked to the nation state. The first set of challenges is evident in the concern of sociologists in particular with the rules of membership that give access to citizenship and in comparing the responses of different social systems to the growth in immigration (1). There has also been a related debate amongst political theorists over the degree to which liberalism and democracy either conflict with or assume some form of national political community. Both these discussions are connected to an earlier clash between liberals and their communitarian critics prompted by the second set of challenges. Communitarians had argued that liberals encouraged a self-defeating form of extreme individualism by concentrating on rights to the neglect of the claims of society and the common good. By offering a link between issues of entitlement and just distribution, on the one hand, and issues of membership and solidarity, on the other, the theory of democratic citizenship promised a synthesis of — but also, as Will Kymklica has remarked (2), a kind of 'strategic retreat' from — this argument, which it was felt had reached an *impasse*. However, the opposition between these positions has resurfaced recently and connected to the debates over the first set of challenges in the current discussions surrounding cosmopolitan theories of global democracy and the claims of international justice.

In various ways, therefore, contemporary accounts of citizenship have concentrated on either a communitarian concern with belonging or a liberal concern with rights. In both cases, a more

(1) Cf. R. BRUBACKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1992.

(2) W. KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2002², pp. 284 and 318; cf. also W. KYMLICKA and W. NORMAN, *Return of the Citizen*, "Ethics", 1994, vol. 104, n. 2, pp. 352-81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traditional focus on political participation has taken second place. For communitarians, it arises only when a people or demos share a common good and values through belonging to a relatively homogenous and circumscribed political community. For liberals, democracy is but one, and not necessarily the best, means for individuals to exercise and secure their rights. Indeed, within a global and market orientated society, the law and impartial regulators may be superior guarantors of individual rights. For them, citizenship is a matter of entitlement rather than political participation or civic commitment.

The debate on European citizenship draws upon, but does not entirely belong to, the recent revival of interest in the citizen's role and character. For partly contingent reasons, it first developed within a more juridical and administrative discourse, which had the prime aim of defining the specific, primarily economic, rights and liberties that accrue to member state nationals in relation to the nascent European juridical space. However, the often contradictory demands that lie behind criticism of the EU's legitimacy have pushed this discussion beyond that early stage, leading it to take on board the current preoccupations of sociologists, political scientists, theorists, politicians and policy makers rehearsed above — even if traces of the original legal bias remain. Consequently, the political aspects of citizenship have been understood mainly in terms of a bundle of rights that define the status of the citizen, while the social aspects have been interpreted almost exclusively in terms of criteria for admission or membership. It is our contention that this perspective offers a partial and partly misleading genealogy of the historical forms of citizenship, one that unduly reflects the dominant concern with belonging and rights of recent studies and the juridical framework within which EU citizenship initially developed. The purpose of this essay is to offer a more adequate normative model of the citizen that fits not only with the development of the European political order, but also makes sense of its historical roots in the modern languages of democratic citizenship.

2. *Models of citizenship.*

The original idea of citizenship, to be found in Greek political

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

thought, arises out of a democratic view of the political order. Citizens were those members of a political society whose basic equality was established by the constitution recognising them as entitled and capable of being rulers and ruled in turn. The constitutive principle of this political regime, as one in which all citizens had 'full and equal membership', was established through various institutional arrangements and political practices. Although the equality of all members of a political community has remained a central feature of the idea of citizenship throughout its history, its basis has shifted away from the ability and duty to be self-ruling, to one of unqualified entitlement for each and every adult. The partial re-reading of the role of the citizen in jurisprudential terms, as an individual subject whose status is defined by the possession of rights and claims against the sovereign, and the identification of the citizen with all adult members of a national community, have both, in different ways, obscured what was originally an entirely political relationship defined by a certain kind of constitutional regime.

In modern times we find a variety of models and conceptions of citizenship. These have been distinguished using a number of criteria, from the contrasting interpretations of citizenship offered by different political ideologies and languages (liberal, libertarian, communitarian, social-democratic), to the diverse national histories of citizenship and the distinctive legal and political definitions to which they gave rise. At a more abstract and analytical level, however, it has become common to identify three broad families of theories based on different views of what makes a citizen a member of a political community (3). One view insists on the equal status of the citizen as a rights-bearer. This position is the *citizenship-as-rights* model. A second view looks at the supposedly shared cultural, ethnic or other characteristics of the citizens of any given community. This thesis constitutes the *citizenship-as-belonging* model. A third view speaks in more classical terms of a citizen as possessing the requisite civic

(3) H. R. VAN GUNSTEREN, *A Theory of Citizenship* Boulder, Co, Westview Press, 1998, pp. 16-21; K. EDER and B. GIESEN eds, *European Citizenship between National Legacies and Postnational Projects*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 3-7; but cf. also KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy*, pp. 287-302.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

virtues to participate in the community. This is the *citizenship-as-participation* model.

These three models are not mutually exclusive, and any account of citizenship will include elements of each of them. However, historically they have come to be associated with conflicting conceptions of citizenship, each of which take different views of the qualifications, entitlements, obligations and virtues of citizens. Classical views of citizenship emphasised virtue. What entitled someone to be a citizen depended on his or her capacity to exercise the rights of citizenship rightfully. Politics, as the only form of the public domain, was where such virtues could be displayed and exercised. The entitlements of citizenship could therefore best be displayed and defended through political participation and vigilance, while their diffusion consisted in nothing more than the extension of the franchise. It was not rights *per se* so much as the '*right* to have rights', and the correlative duty to exercise them, which counted in this model (4). However, this right was linked to belonging to a specific kind of community — the free city republics — and to occupying a certain role through membership of a propertied class who had the time and money to engage in the citizen duties of public service and soldiering.

Gradually, as John Pocock has observed, this, mainly Aristotelian, paradigm of citizenship gave way to another classical paradigm stemming from the Roman juristic tradition and its later developments in medieval and early modern natural law (5). This tradition tended to view the relations between people as being mediated by relationships between people and 'things'. Property rights and civil private law provided the model for the citizen's place and role within the community. Thus, citizens were no longer seen as mainly public agents. They were principally private agents, oriented less to political action for the common good than the pursuit of their personal goals under the protection of the law or of public power. Nevertheless, the concentration of powers in the state and its administration was regarded as a defence as much as a threat to the

(4) On this, see Section 5, below.

(5) J.G.A. Pocock, *The Ideal of Citizenship since Classical Times*, "Queen's Quarterly", 1992 vol. 99, n. 1, pp. 33-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individual. Consequently, the rights of citizens came increasingly to be conceived as 'subjective' rights, establishing a limit to the burdens and obligations that public power itself could impose upon them.

Historically, this 'privatisation' of the rights of citizenship has been accompanied by, and to some degree promoted, the universalisation of citizenship to the whole of the adult population. Initially, this development occurred within the confines of the nation state, and so was modified by a citizenship of belonging linked to nationality, territory and group solidarity. However, human rights increasingly justify access to citizenship rather than *vice versa*. Though beneficial in certain respects, this process has also contributed to the fragmentation of citizenship as civil society has pulled apart from the state, so that rights have been treated as either uncompromising claims on resources or as absolute limits to obligations. Individuals no longer see their rights as emanating from an authority or as reflecting the duties they owe to fellow members of the polity. Instead, they see them as subjective properties. Without a sense of a common purpose, though, it is often difficult to adjudicate between different claims or to order them according to some kind of priority. As a result, there has been a revival of interest in the role and normative importance of national political communities as well as attempts to construct a sense of global community simply on the basis of rights rather than any sense of belonging or identity.

Emphasising only one of the analytical dimensions of citizenship, however, distorts the role that it played in the formation of modern nation states and fails to offer a normatively convincing grounding for citizenship in a postnational context. One way of exploring the ways citizenship as participation, rights and belonging interact with each other is by seeing them as different aspects of how citizens accept the legitimacy of any organisation. This acceptance depends on the congruence between four dimensions of its operation (6). On the one hand, it must be deemed legitimate at what might be called the 'polity' level. This level involves the acceptance

(6) For a discussion of this, see RICHARD BELLAMY and DARIO CASTIGLIONE, *Legitimising the Euro-'polity' and its 'regime': The Normative Turn in European studies*, "European Journal of Political Theory", 2003 vol. 2, n. 1, pp. 7-34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of its *sphere* of operation as legitimate, be that decided territorially or on the basis of particular tasks or functions, and on those who are controlled by it being legitimately considered (and considering themselves) its *subjects*. On the other hand, it must be deemed legitimate at what might be called the 'regime' level. This entails that citizens consider the political system as legitimate in the sense of both the *styles* of politics it employs and their *scope*. In other words, the regime's style must be thought to be sufficiently democratic in terms of its representativeness, the operation of elections and so on, and it must be deemed not to intervene into non-political areas.

All four of these dimensions (the *sphere* and *subjects* of the polity, and the *style* and *scope* of the regime) can be said to have an 'external' (objective) and an 'internal' (subjective) aspect that reflect rights and belonging respectively. From a more objective perspective, all four must meet certain minimum standards of justice. Yet subjectively, citizens must also identify with them as somehow 'theirs'. After all, Britain, France, Italy and Germany all subscribe to the objective legitimacy standards set by such international rights charters as the European Convention on Human Rights. However, their citizens still identify themselves as British, French, Italian and German and would be unhappy at a proposal suggesting, say, that we now consider the German regime as that of Europe as a whole and send our representatives to its parliament and so on. Indeed, within all these countries there are minorities, such as the Scottish in Britain, who desire a separate polity and regime of their own. In these cases, the regime and polity of Germany and Britain respectively may meet objective standards of legitimacy but they lack subjective legitimacy.

Why is identification with a regime and polity important? Part of the reason lies in the fact that agreement on the objective criteria exists at a fairly abstract level and there is considerable scope for disagreement on how they should be interpreted when applied to particular cases. All these countries recognise rights to freedom of speech and privacy, for example, yet interpret them in very different ways. Details of a politician's private life are not considered a matter of legitimate public interest in Germany but are in Britain, with the result that British newspapers can publish matters that German papers may be prevented from revealing. To accept the validity of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

such differences one need not rely on some form of communitarian-based relativism, merely an acknowledgment that a plurality of reasonable views of rights is possible. Indeed, alternative positions are generally articulated by different ideological, cultural and interest groupings within any given community. Citizenship as participation comes in here; for it has traditionally been the way a people who feel they belong together have democratically decided how they should understand their rights and establish fair rules of co-operation. The next three sections will explore how far this synthesis of belonging, rights and participation can hold together given the challenges confronting the nation state, using the EU as an example. Section 3, which follows, will examine the attempt to ground European citizenship in a sense of Europeanness, while section 4 will examine the claim that the EU can offer a new form of post-national citizenship linked to rights. Both proposals are found wanting. By contrast, section 5 outlines the prospects of employing a form of participatory citizenship as the source of both belonging and rights not only in the EU, but also more generally in any modern complex society.

3. *Citizenship as belonging: A European Community?*

When the policy of European citizenship was first mooted, it was conceived as providing a symbol of identification with the EU. As such, it went along with such other symbolic measures as the introduction of a European passport, anthem and flag. The hope was that as the member states pooled certain sovereign powers, so citizens would in some appropriate sense also pool their national identities. Access to EU citizenship rights would stem from and help promote identification with the EU as a polity within its given sphere.

This policy arose out of the belief that the pattern of legitimacy within the EU must mirror that of the nation state and stem from a citizenship of belonging based on a certain symmetry between sovereignty and identity. According to the ideal of the nation state, for a people to exercise self-government they must identify with each other and with the polity and its regime, which must be sovereign within its own territory. As the demands of minority nationalities

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

have brought to light, this match between a sovereign state and a single people was rather less common than the ideologists of the nation state assumed. Yet sovereignty and identity in both the EU and the member states are now pulling apart in new and dramatic ways, undermining any form of citizenship that assumes a neat overlap between them.

An analysis of each of these terms reveals why. Sovereignty refers to the possession and exercise of power. It is an attribute of both the polity and the regime aspects of any organisation. The polity aspect of sovereignty concerns where, over whom and by who power is exercised, thereby connecting respectively to the sphere and subjects of politics. It involves both the domestic exercise of power over and by subjects within defined spheres, and the foreign employment of power to defend or extend the polity. The regime aspect of sovereignty concerns the ways power is exercised. As such, it connects to the scope and styles of politics, both in the domestic and the foreign arena.

With a certain degree of exaggeration, which reflects the historical origin of the idea within the context of monarchical absolutism, sovereignty is often assumed to be an absolute and unitary condition (7). A regime must possess total constitutional independence and be the supreme authority in the way it governs the territory and people of an autonomous polity. This condition entails that any dispersal of power must be vertical and hierarchically ordered. Thus, federalism standardly represents a vertical parcelling out of the polity aspect of sovereignty, with powers being delegated from the centre, which retains the final say. Likewise, the separation of powers usually consists of a vertical distribution of the regime aspect of sovereignty, with one of the branches being more decisive than the others, though which branch — the executive, legislature or judiciary — differs between political systems and even according to the issue.

Identity refers to the internal aspects of legitimacy. As we noted above, a legitimate polity requires subjects to identify with both each

(7) ALAN JAMES, *The Practice of Sovereign Statehood in Contemporary International Society*, in ROBERT JACKSON ed., *Sovereignty at the Millenium*, Special Issue, 1999 vol. 47 "Political Studies", pp. 457-73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

other and the boundaries defining the political sphere, whilst a legitimate regime involves citizens regarding their identities as adequately recognised by the prevailing styles and scope of politics. As we also remarked, a polity and its regime may meet perfectly acceptable external standards of legitimacy and yet fail to satisfy internal expectations. If a national minority do not identify with one or other aspects of the polity, then it and its regime will be unacceptable no matter how unexceptionable its procedures might be. Similarly, a regime may enshrine just principles, but the ways they are implemented can still fail to recognise the identities of certain groups. For example, the ability of linguistic minorities to participate fully in politics will be hindered if they cannot do so in their own tongue, even if the system enshrines equal voting rights for all. Legitimacy requires a certain congruence between sovereignty and identity, therefore, even if such an identity has more often been a matter of history and civic engagement than of ethnicity and culture (8). In other words, where power is situated, over whom, by who, how it is exercised and for what purpose must all match the ways people conceive of themselves and of their relationships with each other.

The ideology, if not necessarily the reality, of the Westphalian state system, assumed this fit existed within the nation state. Its achievement was to bring together territory (sphere), functions (scope) and people (subjects) within a single political system (style). Where other political identities and units existed, these were embedded within, and so subordinate to, the larger political identity and unit. Thus, Britishness was supposed to accommodate English,

(8) The assumption that identification with a polity requires strong ethnic and cultural ties — e.g. A. D. SMITH, *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, Blackwell, 1986 — appears unrealistic for most states, let alone multi-state entities such as the EU. Multiculturalism is the norm rather than the exception. As Will Kymlicka has noted, 'the world's 184 independent states contain over 600 living language groups and 5000 ethnic groups': W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 1. We discuss this issue more fully in R. BELLAMY, and D. CASTIGLIONE, *The Normative Challenge of a European Polity: Cosmopolitan and Communitarian Models Compared, Criticised and Combined*, in A. FØLLESDAL and P. KOSLOWSKI eds., *Democracy and the European Union*, Berlin, Springer-Verlag, 1997, pp. 254-84.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Welsh, Scottish and Northern Irish identities. Each region formed a part of the United Kingdom, with their local governments feeding into the Westminster system. As this example indicates, this hierarchical and unitary organisation of sovereignty and identity was never wholly uncontentious and today it clearly is not. Both the polity and the regime aspects of sovereignty have been challenged, with identity being similarly affected.

With regard to the polity aspect, greater interconnectedness at the international level and greater heterogeneity at the local and regional levels have undermined not only the functional efficacy of states to frame independent socio-economic and security policies, but also their ability to draw on or forge a national identity capable of sustaining an allegiance to either the public good or the collective institutions and decisions that define and uphold it. Externally, states have become increasingly involved in and subject to international bodies, with a concomitant loss of power. Internally, minority nations have argued in consequence that they can be as viable as the larger political units to which they currently belong, and have demanded greater autonomy and even independence. Likewise, immigrant groups look for recognition of their ethnic identities in special rights and group representation. Meanwhile, a more diffuse and fragmented set of attachments that are both sub national and transnational in character have developed amongst people generally. For example, the ties of family, work, ideology, religion and sport increasingly operate either below or beyond the nation state, competing with and diluting any sense of a purely national identity.

The regime aspect of sovereignty and identity is also affected. We must now confront a situation of multiple and interacting *demoi*. This circumstance has profound consequences for where and when democratic decision-making can take place, amongst whom and about what. Increasingly, different policies will generate very different answers to each of these elements. This fact also poses challenges to how we apply democratic norms, potentially questioning the suitability of simple majority rule, formal conceptions of the rule of law and notions of equal citizenship should these fail to protect minority interests or respond to important differences of context. As a consequence, multinational states such as Britain, Belgium and Canada — but also more unitary ones such as France, Italy and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Spain — are evolving new styles and scopes of politics to cope with this situation, introducing a hitherto unprecedented degree of constitutional and democratic complexity (9).

The EU emerges from these self-same forces, being both a mechanism whereby nation states have responded to these changes and a challenge to their current polity and regime sovereignty and the identification their citizens have with them (10). Compared to the member states, though, the EU's nascent polity and regime are even more complex. Within the EU, function and territory are pulling apart, producing growing disjunctures between its territorial and its functional membership in core policy areas. As a result, it is developing into a poly-centric polity with a multileveled regime. This process involves the redistribution of sovereignty and the creation of multiple political identities (11). For example, in monetary policy Britain, Denmark and Sweden stand aloof. Indeed, different polices tend to involve different types of territorial actors operating in different sorts of institutional settings. In many cases, the actors are sub- or trans-national rather than national, with the comitology process involving private as well as public agents and agencies. Moreover, representatives in even the same body are often selected in different ways by their respective constituencies, as in elections to the EP. The jurisdictions — the spheres and subjects — of these various bodies are not clearly demarcated, they often have different powers in different parts of the EU, and they employ different styles and possess different scopes of politics. Nor is there any overarching authority to decide disputes between them. Except in very restricted domains, such as certain aspects of competition policy, the EU has few exclusive competences and has not asserted its hierarchical control over the member states. Meanwhile, European citizens increasingly view their political engagement less, or not solely, as a

(9) For a survey, see D. AUSTIN, and M. O'NEILL, *Democracy and Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

(10) A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation State*, London, Routledge, 1993; F. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, Oxford University Press 1999.

(11) J. G. RUGGIE, *Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations*, "International Organisation", 1993, Vol. 47, n. 1; pp. 139-74, at p. 172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

general commitment to a particular party and system, and more as a concern with various causes and issues (12). Though voting is in decline, non-electoral political participation is in the ascendant. As a result, people have become members of a range of new alliances, some national, others sub-national and many of a transnational nature, and (as we noted) now operate as members of multiple *demoi*.

A standard hierarchical account would regard these different identities and their corresponding centres of decision-making either as operating at distinct levels or as components of an ever more overarching political identity and system, with the regional being nested within the national and the national within the European. However, neither of these models works entirely in either functional and institutional or personal terms. European measures are not discreet, they alter the shape of domestic politics — introducing new subjects, namely resident citizens from other member states, and new spheres, by giving economic, foreign, security and justice policy a significant European dimension; whilst altering its scope, through the need above all to ensure the freedom of capital, goods, services and labour within the Union, and its styles — from European elections and referenda, through the raising of European issues within domestic politics, to the enhancement of executive power offered by the intergovernmental aspects of EU decision making. At the same time, national, subnational and transnational concerns continue to shape European integration and policy-making.

A citizenship of belonging on the nation state model will not work for the EU, therefore. We belong to too many polities — our member states, our issue and interest groups, our ideological and cultural communities, and so on. Nor are these neatly ordered in a hierarchical way. We cannot either treat belonging to the EU as an all-encompassing form of identity, enabling us to be European-British, European-Christians, European-socialists and so on. Nor can we regard these as discrete identities, so that I am British for certain purposes and a European citizen for others. Thus, identification with the EU arises for the most part in combination with

(12) H-D. KLINGEMANN, and D. FUCHS eds., *Citizens and the State: Beliefs in Government Vol. 1.*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

other identities, interacting and occasionally conflicting with them (13). The multiplication of polities and regimes, operating at different levels of aggregation and attracting varying degrees of identification, changes the character of both the external and the internal legitimacy either of these can assert. The task is to find an account of citizenship that can make normative sense of these multiple forms of belonging.

4. *Citizenship as rights: a European Constitutional Patriotism?*

The weakening of national sovereign power has led some commentators to believe the answer must lie in a post-national citizenship grounded in rights. Rights have long offered the dominant approach to citizenship within the liberal tradition and inform its interpretation of the constitutional practices of liberal democracies. This liberal model conceives rights, the rule of law and constitutional democracy in largely juridical terms (14). Although there are different variants of this juridical paradigm (British, American and broadly European), they all concentrate on the importance of legal mechanisms for controlling the abuse of power and protecting individuals. Their aim is to secure a just framework of rights within which citizens and the government can legitimately act. The resulting liberal constitution lays out the entitlements and obligations of citizens vis-à-vis both the state and each other. It constrains what individuals may do to or expect of others and what the state may do to or expect of them. As a consequence, rights define not only the subjects of the polity but also its sphere and the scope and styles of its regime.

Developing this liberal thesis, John Rawls has argued that citizens of a liberal democracy share an overlapping consensus on political rights (15). The citizens of a state that upholds these principles of political justice not only should be obliged to obey it, but

(13) See, BELLAMY and CASTIGLIONE, *The Normative Challenge.*

(14) See, R. BELLAMY and D. CASTIGLIONE, *Constitutionalism and Democracy - Political Theory and The American Constitution*, "The British Journal of Political Science", 1997 vol. 27, pp. 595-618.

(15) J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

also, because they share these rights, will actually feel an allegiance to it. Thus, a polity possessing a just regime will be stable over time. In a similar spirit, Habermas maintains that it is the just political culture of a state that binds us to it, rather than nationality or some other social, religious or ethnic cultural force (16). We identify with a polity because of a constitutional patriotism stemming from the justice of its regime. In the Rawlsean scenario, if EU institutions embody standard liberal democratic rights to which all adult members have access through being citizens, they should give substantial and permanent support to them. Habermas concurs, but suggests, at least on some occasions, a partial thickening of the Rawlsean consensus. He shares Rawls belief that European citizens should identify with EU institutions if they are just, but adds they also do so because they reflect a distinctly European (as opposed to American, say) political tradition that results from a particular historical process. Nevertheless, this European political culture is fundamentally political rather than cultural. For instance, it is characterized by a commitment to a welfare state and the abolition of the death penalty (the main contrasts Habermas draws between Europe and the USA in this regard). Like Rawls's overlapping consensus, therefore, Habermas's constitutional patriotism ultimately issues from the rights presupposed by democracy.

There are two problems with the Rawlsean and Habermasian arguments. First, as we noted in the last section, rights may provide a source of objective legitimation for an organisation, but they are at best a necessary rather than a sufficient condition for subjective legitimation. In part, this arises because Rawls and Habermas elide the legitimacy of a regime with that of its polity. However, a regime may be objectively legitimate yet fail to attract the subjective allegiance of all its citizens because they question the legitimacy of the polity within which it operates. By contrast, citizens of an objectively illegitimate regime often offer it tacit support because they subjectively identify with the polity — presumably many Iraqis felt like this. Likewise, a polity may be objectively legitimate, in the sense of not being the result of recent conquest or colonization, but still lack

(16) J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, Appendix II: *Citizenship and National Identity.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

subjective polity legitimacy among a cultural minority. Moreover, this absence of subjective polity legitimacy may lead citizens to question the legitimacy of the regime, even if it meets fairly abstract democratic criteria. For example, few, if any, Quebec nationalists would deny that Canada is undemocratic *per se*. Their own view of rights and democracy are more or less the same as Canadian federalists in abstract terms. But they do feel that in the context of the existing Canadian polity its political regime lacks democratic legitimacy because, in their view, the French territories cannot deploy these rights in ways that reflect their cultural interests.

The second problem kicks in here. As we noted, in the liberal tradition rights supposedly define politics. Consequently, they cannot themselves be matters of normal political debate. In fact, the rationale behind constitutional bills of rights is to allow their judicial protectors to overturn or constrain political decisions that offer supposedly illegitimate interpretations of rights or appear to neglect them altogether. In Rawls's theory, the potential tension between democracy and rights is resolved by arguing that liberal democracy assumes a consensus on certain political, civil and social rights. Habermas approaches the same issue from the opposite direction, as it were. In his view, a consensus on rights is both the end point and the presupposition or rationale of democratic deliberation. We discuss with others in order to (and because we can) agree on rights. The difficulty with both theories is that beyond the most abstract level, and sometimes even here, there is considerable disagreement about the foundations and character of rights, and how they apply to particular issues. Moreover, debates about rights not only provide the substance of many political debates, they also produce different accounts of the nature of the political.

Take the main ideological divide within liberal democracies between libertarians and social democrats. As figure one shows, these two positions generate contrasting views of rights. These different conceptions lie behind the main contemporary political divisions, animating debates about the welfare state, the regulation of the market economy and so on. Moreover, there can be no overarching theory of rights that encompasses both positions. For these views conflict in often incompatible ways.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FIG. 1

	Libertarian	*Social Democrat*
Legal Rights (liberties and immunities)	Formally equal -ve liberties	Formally equal -ve liberties though certain immunities for reasons of substantive equality and linked to social rights to defend their equal worth
Political Rights (powers)	Protective, limited	Protective and informative, limited
Social Rights (claims)	Few (mainly insurance and compensatory) or none	Broad range: including enabling and distributive as well as insurance and compensatory
Civic Rights (powers)	Few (consumer) or none Strict divide between state/civil society, public/private	Workers and consumer Need for state to regulate and balance civil society
Duties	Of respect, with duties subordinate to rights	Of concern and respect, with duties being corollary of rights

Part of the reason for the intractable character of their conflict arises from the fact that, as figure two reveals, each offers a different view of all four of the dimensions of politics.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FIG. 2.

	Libertarian	*Social Democrat*
Subjects	All autonomous agents capable of entering legally recognised contracts, particularly in the economic sphere	All autonomous agents capable of entering legally recognised contracts, including social and political sphere
Spheres	Political a narrowly defined public framework for social interaction. Political discussion and intervention, if not regulation, inappropriate within a broad private sector.	Political a more broadly defined public framework for social interaction. Political discussion and intervention, if not regulation, inappropriate within a narrower private sector.
Scope	To protect the natural —ve freedom and formal equality of individuals	to foster autonomy by preserving the broader —ve freedom and more substantive equality of individuals and classes
Styles	Constrained maximisation to achieve mutual advantage via market trading	Constrained maximisation to achieve mutual benefit via pluralist bargaining

Thus, debates between libertarians and social democrats are not within a political framework of rights, they are about that framework.

The same goes for citizenship. It too is not constructed by a set of political rights. Rather, citizenship has been about the claiming of rights and the constitution of the political realm. Thus, workers in the nineteenth century did not just seek to become subjects (by obtaining the vote) in an otherwise unchanged political system. They sought to extend the sphere of politics through the introduction of industrial democracy, to change its scope by allowing greater regulation of the economy, including public ownership of certain industries, and to alter its styles, through such measures as recognizing the right to strike. Women campaigners made similarly broad demands when claiming the franchise, that likewise aspired to change both polity and regime. In the late twentieth and early twenty-first centuries, the political demands of cultural minorities have been if anything even more dramatic. For example, Britain has introduced

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

new devolutionary structures to accommodate the demands of Scottish, Welsh and Northern Irish communities, with potentially new regional assemblies for parts of England as well. These have changed all four dimensions of politics within the UK — possibly rather more so than was initially foreseen. However, it cannot be argued that these various challenges will give rise to an ever-expanding set of compossible rights, as Habermas appears to suggest. For these challenges often clash with each other, are both regressive and progressive, and set up tensions that give rise to fresh demands as part of an on-going process through which citizens continuously reconstitute both polity and regime.

Needless to say, the EU represents a major change to the nature of politics within all the member states. There has been a tendency to view EU citizenship as simply a grant of rights by the member states that legitimates, but does not change, the existing EU structures. In other words, rights offer an objective form of legitimacy that citizens should embrace and identify with. Yet citizens are clearly ambivalent about the EU. Most may welcome it, but their identification with it is qualified in numerous ways. In particular, there are endless debates over both its polity dimensions — does it do too much or too little — and the character of its regime — too intergovernmental and insufficiently federal, or vice versa. Consequently, European citizens have not been mere passive recipients of rights.

For example, in a rather fragmented way, reflecting both the lack of a common European public sphere and the non-hierarchical structure of decision making, citizens'pressure has forced onto the political agenda environmental, food-safety and other risk-related issues. By so doing, they have redefined the sphere and the subjects of democratic politics by appealing to an enlarged conception of affectedness cutting across national boundaries. Although this is not an exclusively European phenomenon, the integration process is an ideal terrain for addressing many of the concerns citizens have with regard to the risks they face as consumers in a more global and integrated network of production and distribution. The same applies to the new patterns of mobility and communication that the integration process has both reflected and encouraged. Just as these have contributed to the creation of the new status of European citizenship for member state nationals, so they have also posed the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problem of equal treatment for third-country nationals and the extension of their rights of residence. Similarly, the formation of a European juridical space has facilitated struggles and demands for the extension of civil rights at a national and sub-national level, altering in the process the style and scope of local politics. Finally, the EU has simultaneously encouraged the homogenisation of citizenship rights at the transnational level while encouraging their differentiation at a local level by fostering demands for the recognition of certain forms of cultural, ethnic and linguistic diversity, which previously had been denied within national regimes. In sum, rights do not constitute and cannot of their own accord legitimately constrain politics or citizenship. Rather, they are themselves constituted through citizenship activity. If the EU is to be seen as a remaking of the politics of the nation state, then we need a language of citizenship that mirrors their part in this process.

5. *Citizenship as participation: The role of civic engagement.*

The rights and belonging paradigms offer rather 'passive' and mainly 'horizontal' views of citizenship. The former tends to establish citizenship either as a series of individual and mainly 'private' entitlements (in the liberal version) or as 'clientelistic' claims against the administrative state (in the social democratic version). The latter treats the acquisition of citizenship as the product of natural bonding, acculturation and socialisation. These processes supposedly define the citizen's sense of identity, determining how he or she acts and thereby qualifying him or her for this status. Both views posit a relationship between the individual and a larger, super-ordinate entity — the state or the community — as the essence of what being a citizen is about. Moreover, as we have seen in the previous sections, both views tend to reduce the role and importance of disagreement as an essential component of politics.

However, disagreement is an inherent feature of co-existence and co-operation in societies operating in the normal 'circumstances of justice', with relative scarcity and limited altruism (17). Its origins

(17) As remarked by Rawls following Hume: J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1971, pp. 126-30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lie as much in the imperfections of human character and social arrangements (bad faith, self-interest, entrenched forms of injustice) as in the plurality of values, conditions and lifestyles of modern societies; besides reflecting the sheer complexity of political issues and social co-operation. The resulting disagreements give rise to what Jeremy Waldron has described as the 'circumstances of politics': the condition of having to reach agreement on collective policies (including the constitution of the polity and its regime) in the face of disagreements about the right and the good (18). Citizenship-as-participation comes in here, as the way in which citizens, as equal and full members of a political community (a 'horizontal' as well as a 'vertical' bond), actively engage with each other in order to create and re-create the conditions in which they can address the 'circumstances of politics'. They do so by trying to agree on the more objective and universalistic aspects of legitimacy (norms, values, rights, duties), and by establishing the more subjective and local forms of legitimacy (affiliation, identity and solidarity) that can sustain them.

Disagreement enters into politics, therefore, producing an ongoing political constitutionalism whereby a polity and its regime is continually reconstituted more appropriately to recognise, respect and represent the values, opinions and vital interests of its members. The side-lining of the participation paradigm in the process of European integration, and the almost exclusive focus on rights and identity issues, has resulted in a certain timidity in recognising the legitimate role citizens have in the constitutionalisation of the EU. This is also due to a misunderstanding of the nature of citizens' participation in modern, complex societies. We shall examine this timidity and the misunderstanding in turn.

If few theorists share our belief that citizens'actions and struggles do and should play a continuous constitutive role in establishing rights, obligations and political practices, many are willing to grant them a part in rare moments of exceptional constitutional change. Though we have disputed the implied distinction between normal and constitutional politics (19), believing momen-

(18) J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 102.
(19) See, BELLAMY and CASTIGLIONE, *Constitutionalism and Democracy.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tous change often and more readily occurs as the result of cumulative and incremental shifts in people's opinions, values and institutional practices, it is nonetheless true that in many democracies some kind of formal popular consultation and debate is deemed necessary for a major reform of the constitution. Given the present enlargement and deepening of the EU, there is a sense that Europe may currently be going through just such a constitutional moment. This belief may be unfounded, as the difficulties in constructing a common European position on the international stage readily testify. But at the time of writing, there is no way of saying whether the current crisis over Iraq will indefinitely halt any serious reform towards a more integrated system of governance or, by contrast, will make it more compelling. Yet, in spite of the indeterminacy of the pace and direction of the constitutionalisation process, it remains true that over the past few years the EU has embarked upon a self-conscious constitution-building exercise that has culminated in the drafting of a Charter of Fundamental Rights and the establishment of a Convention on the Future of Europe. Although the Charter has so far remained a purely declaratory document, the Convention clearly hopes to rationalise the EU's institutional architecture and define its scope, values and legal personality within a new constitution.

In the EU context, supporters of both the rights and the belonging views of citizenship have put great store by these 'constitutional moments', since they regard the formal declaration of the Charter and/or the Constitution as an essential condition for fixing the rights and political identity of EU citizens. Liberals of different shades have consistently argued for the Charter to be both legally binding and fully incorporated into the constitutional text. For they consider incorporation essential to establish a conception of personhood based on equal dignity and a certain degree of security in one's liberties. Besides, from a democratic perspective, they regard the proclamation of the fundamental rights of European citizens as a way of giving legal substance to the European *demos* and the creation of a public communicative sphere for opinion formation (20). For their part, communitarians who wish Europe to be-

(20) J. HABERMAS, *The Postnational Constellation*, Cambridge, Polity Press, 2001; S. RODOTÀ, *Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti*, "La Repubblica", 8 January,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come a new civic nation clamour for the introduction of core substantive values into the constitutional document. They argue that what holds Europeans together is their common historical, religious and cultural heritage. Giscard D'Estaing's claim that Turkey is ethnically and culturally too different to be allowed to join is illustrative of this position. Arguments in favour of this view have emerged in the current Convention, as they did in the drafting of the Charter, with delegates fiercely debating whether there should be an explicit reference to God, and particularly Christianity, as sources of human rights and European political values.

Yet, in spite of the importance that advocates of the rights and belonging paradigms put on formal constitutionalisation, they have paid little attention to the role that citizens might play in it. Both camps seem satisfied with the very indirect way in which citizens have been represented in the two conventions, through a low-key self-selecting process occurring within current institutions. There has been little concern over the low level of public interest in these proceedings or the minimal press coverage it has received. Some of the initiatives organised to give public visibility to the convention proceedings have been rather perfunctory, as in the case of the Youth convention, while the attempt to involve citizens more directly through the participation of civil society organisations has been largely symbolic and not thoroughly thought out. Indeed, at last year's Social Forum in Florence denunciations were made of the aloofness of the convention process from the debate about Europe and its geopolitical place in a globalised world — the issue that truly concerns the peoples of Europe (21). The only formal role that citizens have been assigned, and only in those few cases where a member state's domestic procedures require it, is to vote in referenda in the final phase of the ratification process. After the experiences of the Danish referendum on Maastricht and the Irish on Nice, however, even such limited involvement is considered prob-

2001, E. O. ERIKSEN, *Why a Charter of Fundamental Human Rights*, in *The Chartering of Europe*, edited by E. O. ERIKSEN, J. E. FOSSUM, and A. J. MENÉNDEZ, ARENA Report No. 8/2001, p. 29.

(21) See also the antiglobal demonstrations that have started accompanying the IGC meetings.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lematic. There seems to have been a presumption that popular consent should only serve to rubber stamp whatever agreements had already been made between governments and the Commission. As a result, when the Irish electorate, for example, failed to support Nice, their decision was treated as a momentary lapse of good judgement and simply sent back to them for a second time so they could get it 'right'.

The extremely limited role allowed for citizens'direct participation is sometimes attributed to the relative lack of urgency and momentousness with which institutional reform is seen by the European citizens, and the difficulty of arousing popular interest in rather complicated issues of institutional engineering that seem to have no direct or tangible impact on policy. But this is clearly not true of the series of crucial decisions taken by the EU and the member states over the past few years that have precipitated the present round of constitution-building. Enlargement and monetary union are constitution-making events with clear policy implications, and yet public discussion at European level has been carefully managed and often curtailed. Where it has surfaced at national level, as in the British case about the Euro, it has been due more to the presence of a strong popular opposition (often opportunistically manipulated by part of the elite opposed to any form of integration) than to a genuine openness to a considered and well-informed public debate. Indeed, the full social and political implications of some of the policy and institutional decisions taken as part of the establishment of a European common currency, such as the 'stability pact', the role of the European Central Bank, and the price-stability criteria, have only just begun to be publicly debated. The rigidity of some of the structures and policies put in place has given rise to calls for reform from many, often quite disparate, quarters. However, these calls have met with strong resistance — not just from the institutional centre of the EU, but also from many member states, who fear that any change may undermine the whole structure of macro-economic policy put together in the wake of monetary union, whose legitimacy it is felt rests more on the painstaking way in which administrative decisions were arrived at than any clear popular support.

It is evident that at a macro-political level, Europeanisation has

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resulted in a timid approach to the virtues of democratic debate and democratic decision-making. This timidity is largely due to the difficulty of imagining democracy in conditions where there seems to be no unified *demos* capable of speaking with a single voice. It also reflects a very narrow interpretation of what is meant by citizenship as 'the right to have rights' (22). As we saw, on the Aristotelian view the *right* to have rights is what makes citizens' participation not just possible but essential to their very role. However, this expression can also be interpreted a very different way to mean simply the already given *set of rights* that come with the right of citizenship. This alternative view belongs to the juridified conception of politics propounded by modern liberalism and typifies post-war constitutionalism. Indeed, many American authors, citing the use of this phrase by the American Supreme Court, treat it as a summary of the more 'passive' and 'private' view of citizenship-as-rights (23). Yet, we doubt that the participatory implications of this expression can be entirely jettisoned (24). If there are reasonable disagreements about rights, so that they fall within the 'circumstances of politics', then there can be no justification for favouring elite over democratic-based procedures for their settlement. In a society where citizens are presumed to be equal, the ideal of 'comparative justice' proves the most suitable norm for distributing the political authority to make decisions concerning not only policies but also principles (25). Participation, seen as citizens sharing in political power with other citizens, is the right that makes it possible for them to establish the nature and extent of the set of rights they should all enjoy. Such participation should be understood as an

(22) Cf. C. LEFORT, *Democracy and Political Theory*, Cambridge, Polity Press, 1998.

(23) Cf. KYMKLICKA, *Contemporary Political Philosophy*, p. 288, and pp. 322-3, note 6, where reference is made to *Trop v. Dulles* 356 US 86, 102 1958.

(24) WALDRON, *Law and Disagreement*, Ch. 11, *Participation: The Right of Rights*, pp. 232-54 and R. BELLAMY, *"The Right to have Rights": Citizenship Practice and the Political Constitution of the EU*, in R. BELLAMY and A WARLEIGH eds, *Citizenship and Governance in the EU*, London, Continuum, 2001, Ch. 3.

(25) WALDRON, *Law and Disagreement*, p. 238, and note 21, for reference to Joel Feinberg's understanding of 'comparative justice'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

equal and *reciprocal* right to have an *effective* voice in making the collective decisions on which all citizens' life-chances depend (26).

This argument returns us to the original ideal of citizenship-as-participation that we find in the classical injunction that the citizens of a republic are those who are both *rulers* and *ruled*. However, it is often argued that this understanding of citizenship does not apply to the conditions of modern politics and society, where the individual citizen's input is no longer necessary for the polity to both function and survive. This claim proves misplaced. As John Stuart Mill observed in his *Considerations on Representative Government*, 'political machinery does not act of itself... [it] has to be worked by men and women, and even by ordinary men and women. It needs not their simple acquiescence, but their active participation, and must be adjusted to the capacities and qualities of such people as are available' (27). Active participation is therefore as important an ingredient of modern as it was of ancient democratic government, though the particular form that it takes, and the institutional machinery through which it is channelled, must, as Mill says, be 'adjusted to the capacities and qualities' of the people available in the modern world. It is in this sense that, besides being looked at as a right, participation needs to be seen as a quality of the institutions and the virtues of the citizen.

In this regard, the timorous view of citizen participation often rests on a misunderstanding of the preconditions of the classical conception of citizenship that leads to the assumption that it cannot be adapted to modern complex societies. Both liberals and communitarians tend to assume it presupposed a homogeneous and simple society, in which public matters were strictly separated from private ones. Homogeneity ensured there was little disagreement on basic values while simplicity meant that the policies to be decided were few. The strict public/private split arose from citizenship being restricted to those whose property was sufficient for them to be free

(26) R. BELLAMY, *Rethinking Liberalism*, London, Continuum, 2000, pp. 155-59, 177-83.

(27) JOHN STUART MILL, *Considerations on Representative Government*, in *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*, London, J.M. Dent & Sons, 1944, p. 177 (our emphasis).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to engage in public service without any desire for a reward, with public matters in any case excluding the management of private affairs. As a result, there was little scope for a clash of interests. In these circumstances, all those qualified to do so had the time to deliberate on the public good and were likely to reach an impartial and consensual agreement on it.

These conditions hardly hold in the modern world. Liberals and communitarians react differently to this state of affairs. Liberals argue that politics has degenerated in being largely about the pursuit of private interests by public means. What were to become the twin evils of later republicans, factionalism and rent-seeking, they claim are now the norm. This fact provides the main reason for taking rights out of the political arena altogether and handing their protection to the courts. The most that can be expected of citizens in the way of civic virtue is law-abidingness and a passive toleration of others. The difficulty with this analysis is that the restricted account of politics and its virtues it proposes is itself only likely to be adequate in relatively homogenous and simple societies motivated by the public good. People will only be happy to trust in others and abide by the law, keeping participation to a minimum, where there are shared interests and values. However, if everyone is out for him or herself, why should we expect judges, public servants or politicians to be any more disinterested than anybody else. Qui custodit cuius custodes becomes the central question, to which no satisfactory answer has yet been given. Communitarians accept this diagnosis of modern liberal politics, but advocate a return to the ancient virtues within more localised settings, where homogeneity and simplicity prevail. Yet this solution appears hopelessly anachronistic, and could only be established and sustained by a decidedly illiberal degree of moral policing and interference with individual choice. Such a policy seems unsustainable and unacceptable even at the local level, let alone that of entire nations. Moreover, it too succumbs to the very problems it seeks to overcome. The emphasis on our communal and familial ties risks further dividing and factionalising society, creating barriers between included and excluded groups and individuals.

Fortunately, we believe things are not so bad as these accounts suggest. The classical view has Roman as well as Greek antecedents,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and was developed by later thinkers well aware of the modern predicament. In the neo-Roman account, class and ideological conflict were taken as givens. The spur to participate was precisely to avoid a rival faction taking power so that they could use public means to pursue private ends. The solution to these struggles was to find ways of balancing the various groups within a system of mixed government — thereby obliging them to cooperate with each other. As the American Federalists presciently saw, complexity and size aided this process (28). The one produced a plurality of interests, so that any faction would always have to contend with other factions. The second allowed power to be dispersed territorially, so that any polity always had to contend with the claims of various sub-polities, thereby preventing central government dominating all. It is our contention that the multi-levelled forms of governance that are painstakingly evolving in Europe offer an opportunity for developing such a neo-republican conception while avoiding the dangers of factionalised and rent-seeking participation its critics fear.

Although multilevel governance undermines the sense of unity that characterises traditional forms of democratic power, and so apparently multiplies the occasions for factionalism and rent-seeking, it does not necessarily exclude the introduction of other forms of more diffuse democratic participation and deliberation, thereby giving the citizens more of a say on what matters most to them in relation to their life-chances. In comparison to the national level, Europe offers opportunities as well as apparent losses. European politics is undeniably often characterised by log-rolling and horse-trading between national governments in defence of sectoral interests of various degrees of legitimacy. However, it also offers fora for a more deliberative style of politics — one that is partly detached from the constraints imposed by modern-day party politics, and sometimes better able to combine individual and democratic perspectives with those advanced by expert bodies. For example, the Commission, or some of the agencies and committees under it, can

(28) See, R. BELLAMY, *The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, in R. BELLAMY and D. CASTIGLIONE (eds.), *Constitutionalism in Transformation. Theoretical and European Perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

often assume a more general view of the Union's and its citizens'common good, countering some of the more particularistic and partial positions advanced by the national governments (29). Thus, certain aspects of the BSE crisis testify to the ability of European institutions to defend the interests of European consumers against the entrenched power of certain sectors within national communities. But, the reverse also holds true. For intergovernmentalism has also allowed some particular interests to be successfully defended against the force of simple majoritarianism within a given national community. From such a perspective, it should also be possible to find and develop modes and instruments of transnational governance that, along with efficiency, also value citizens'more direct input (30).

The encouragement of such forms of governance at the European level may also be able to compensate for the more populist and executive-centred tendencies in national democracies, which tend to stifle proper democratic debate and deliberation and occasionally show worryingly authoritarian inclinations. Indeed, for all its lack of effective power, or perhaps because of it, the European Parliament may some times be able to reflect European public opinion better than the sum of the national parliaments or governments could, as may presently be the case in the Iraq crisis. Certainly, its highly representative character and the need to reach decisions by a majority of all MEPs and not just of those who vote, encourages a deliberative and consensual form of politics. The complexity of European decision making is often criticised. Yet it is arguably the very diversity and mutually balancing character of the various policy-making polities and regimes comprising the European Union that places it in a better situation than the more hierarchically organised national systems to represent the variety of rights, interests and identities that characterise citizenship in modern societies.

---

(29) See P. Craig, *Democracy and Rule-making Within the EC: An Empirical and Normative Assessment*, "European Law Journal", (1997), vol. 3, n. 2; pp. 105-30; and C. Joerges, *The impact of European integration on private law: Reductionist perceptions, true conflicts and a new constitutional perspective*, "European Law Journal", (1997), vol. 3, pp. 378-406.

(30) See J. Cohen and C. Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy*, "European Law Journal", (1997) vol. 3, pp. 313-42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

As for the practical problems raised by active participation, the typical concerns about citizens' willingness to engage in decision making are partly misplaced. In modern complex societies, citizens no longer participate solely in a narrowly defined public political domain. It has become increasingly evident that people live in overlapping networks of decision-making that are not organised in a simple hierarchy. An increasing number of decisions affecting individuals as private persons, but also as citizens, are made in ways and places that escape direct political control. The burgeoning of the regulatory functions of the state (and of European institutions) through independent or semi-independent agencies, which often operate in the field of privatised public utilities, poses, for instance, the problem of how to organise and give representation to the interests of the citizen-consumers, balancing the growing power of corporate enterprises in semi-monopolistic economic sectors. Similarly, the globalisation and internationalisation of capital and labour markets have weakened the connection between territory and economic activities, thus sapping the vital sources of industrial and work-based democracy and making large groups of economic agents powerless. European-wide territorial policies should aim both to protect the vital interests of local populations and to foster institutional and associative forms that re-empower them.

To have meaning, participation must apply as much to civil society as to the state. There is nothing entirely new in this, since most conceptions of democracy recognise the supporting role played by civil society and associational life in general. Involvement in civil society, however, should not be seen simply as an education for politics, or as the seedbed for the virtues of political citizenship. In many cases, though not in all, participation in civil society is no different to participation in politics, and the virtues required in both are mutually sustaining, if not the same. There are important ways in which the political virtues of *civicness*, which entails acquiring a sense of what the public interest is, can at times be fostered or even coincide with the cultivation of the more *civil* forms of virtue, consisting in the development of generalised trust, a sense of fairness, reciprocity, and a general civility in relation to others. Modern participation requires these virtues to be actively exercised in the practices of citizenship and collective decision making, in which

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuals may engage through forms of traditional political participation, but also more directly either at the local level or in social settings. These different levels and forms of collective decision making increasingly form part of a more global interlocking system of governance, in which we continuously dip in and out following personal patterns of engagement and activism. Therefore, the problem is not that of sustaining any single or uniform pattern of civic engagement (electoral turn-out, for instance; or party membership), but of recognising that engagement takes very different forms and that citizens should have the opportunity to have their say in a variety of settings, which may better express the intensity of their opinions or the proximity of their interests.

From such a perspective, the virtues of modern citizens are more varied and in less need of being exercised to the utmost at all times and circumstances. Moreover, if voice and participation are important aspects of the liberty of citizens, so is 'exit' as an option that modern citizens may want to be able to exercise in various contexts of contemporary society. As Herman van Gunsteren suggests, 'people who ... take the option of exit provide important signals on the road of peaceful change in a free society' (31). Such a change is eventually supported by the 'loyal' citizen, but neither absolute loyalty nor complete disinterest work. What is needed is a healthy and variable mix of the two options across society, people and issues (32). Nonetheless, the virtues that characterise the cyclical involvement of the average citizen cannot be sustained in their purely procedural sense, nor can they be paternalistically imposed on them. Modern participation requires a certain amount of virtue across the polity, or to be precise, it requires a mixture between civic and civil virtues, and their practice by a substantial number of citizens. It is, after all, from the encounter with other citizens in the process of collective deliberation that the civic bond is established and cemented — in Europe no less than in other places.

---

(31) Van Gunsteren, *Theory of Citizenship*, p. 123.

(32) See, D. Castiglione, *Public Reason, Private Citizenship*, in M. Passerin D'Entreves and U. Vogel (eds.), *Public and Private: Legal, Political and Philosophical Perspectives*, London, Routledge, 2000, pp. 28-50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *Conclusion.*

The belonging and rights accounts of citizenship fail to be genuine accounts of citizenship at all. For different reasons, both sideline the main rationale for citizenship — namely, participation in making collective decisions in the face of disagreements over values and conflicting interests. It is the fact that these disagreements and conflicts exist that makes democratic politics necessary to resolve them in ways that avoid tyranny or domination. For there can be no expert or impartial decision-maker in such circumstances, and the only way to ensure one's views and interests are fairly considered in the final decision is to play a part in making them. Once the necessity of civic participation is acknowledged, it remains to be seen whether it is possible. Again the belonging and rights-based accounts assume it is not. Here too we have challenged their arguments, suggesting that the very processes they assume have undermined such political agency may well be promoting it. The impossibility of a civic Europe lies more in a failure of political will and imagination than any limits of modern societies as such.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIORGIO BERTI

PRINCIPI DEL DIRITTO E SUSSIDIARIETÀ

1. Principi. — 2. Principi e organizzazione. — 3. Principi e regionalismo. — 4. Legalità. — 5. Sussidiarietà. — 6. Società e Stato. — 7. Il distacco dello Stato dalla società. — 8. Effetti sulla democraticità dello Stato. — 9. Unità dello Stato e autonomie: sussidiarietà e gerarchia. — 10. Sussidiarietà e Unione Europea. — 11. Sussidiarietà e giuridicità: considerazioni finali.

1. *Principi.*

Il linguaggio giuridico esprime di frequente dei concetti i quali, essendo informati al criterio filosofico del dover essere, acquistano il valore o la veste di "principio". Il principio a sua volta, quando sollecitato, si rifrange in una quantità di regole, che sono appunto la riedizione del principio in una maggiore prossimità al reale. Tra il principio e la regola possono collocarsi ad esempio le dodici tavole di Roma antica, le quali furono il frutto di una traduzione positiva di principi normativi formatisi spontaneamente in secolari esperienze (1).

Per questo, quando oggi si torna a usare il concetto e il termine

(1) Si veda in proposito F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, a cura di V. ARANGIO RUIZ, Sansoni, Firenze 1949, *passim*. Il "giuridico" una volta elevato a sistema o a pluralità di sistemi e delimitato dal suo stesso "metodo", ridà vigore ai "principi", in certo senso superando la positività, che è contaminata dalla politica. L'isolamento del diritto è anche purificazione del diritto come linguaggio e come metodo. Su questi aspetti si veda R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza del giuridico nel sistema di Savigny*, ora in *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989, p. 170 ss.; Y. THOMAS, *Mommsen et "l'isolierung du droit"* nel vol. *Le Droit public Romain*, Tome I, p. 1-48, Diffusion De Boccard, Paris 1984; per la dottrina italiana inoltre P. COSTA, *Il progetto giuridico*, Giuffrè, Milano 1974. Sui principi generali del diritto e sulla loro efficacia anche nel diritto pubblico si veda ora il libro di A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Giappichelli, Torino 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di principio, occorre cercare di rifarsi all'ambiente umano o sociale o istituzionale nel quale il principio stesso si è maturato o nel quale esso è destinato a espandersi in nuove concrezioni e quindi in nuove regole. Alle volte sembra che l'utilizzo del principio serva a mitigare un effetto giuridico che non si vuole venga percepito secondo il suo vero contenuto, ma venga lasciato a mezz'aria così che se ne faccia o si creda di poterne fare un impiego accettabile. Altre volte, il principio, quando inserito in una serie normativa di particolare pregnanza e dignità, come è la costituzione di uno stato o di una entità simile, oltre che divenire più suggestivo, acquista il senso di una regola fondamentale del diritto come interpretazione della vita associata e del rapporto fondamentale tra l'uomo e la società. È appena il caso di dire allora che il termine "principio", lungi dall'avvolgere la conoscenza dell'ordine giuridico, ne esprime la complicatezza, l'intrinseco "difficile"del mondo giuridico.

Se poi il principio diviene invece una specie di espediente per cercare oltre l'esperienza immediata la soluzione di un caso o di più casi, allora è come se si denunziasse una sorta di sconfitta: l'impossibilità di esprimere i contorni e quindi la storicità di una regola (2).

2. *Principi e organizzazione.*

La nostra e le precedenti generazioni sono state largamente influenzate dal credo positivo, e quindi dal diritto prodotto attraverso meccanismi istituzionali e procedurali dal soggetto dotato di una potestà sovrana. E non è difficile intuire che quanto più un potere è forte o una potestà è davvero sovrana e cioè abilitata a fare il bello o il cattivo tempo in ogni settore della vita dei popoli, tanto più quel soggetto esprime volontà così precise o puntuali da raggiungere l'obiettivo del momento quasi senza necessità di complicati

(2) I principi d'altronde debbono ispirare una quantità di regole di vita, controllabili e sanzionabili. Altrimenti essi stessi si vanificherebbero. Nello stato moderno e contemporaneo il diritto è divenuto monopolio del potere politico incarnato nello stato e si è creata così una perniciosa, per vari aspetti, commistione esistenziale tra politica e diritto. La prima adotta il diritto per ricostituirsi come insieme di potestà, e la sovranità ne è quindi la prima e più rilevante espressione. Debbo rinviare su ciò alle annotazioni 5 e 6 in appendice al mio volume *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova 2001, IV ed.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

processi interpretativi, e quindi senza dover ambientare il precetto espresso in una cornice più ampia, cioè nella cornice dei principi (anche se un processo interpretativo, sia pure scarno, ricorre in ogni caso).

Dipende anche dai modi con i quali l'imperio viene organizzato: se l'organizzazione è accentrata, essa sarà il luogo di regole precise destinate all'applicazione immediata. Mentre un principio viene alla soglia della consapevolezza quando lo spessore interpretativo implica un'aggiunta di conoscenza ed una rielaborazione del contenuto normativo attraverso l'apparato logico interpretativo di una pluralità di soggetti equiordinati e tra loro dialoganti, nello spazio di mezzo tra la regola ufficialmente detta e l'applicazione di essa in un caso o in più casi. È in questa cornice che il principio viene a soccorrere colui che interpreta e colui che applica la regola. Il soccorso può essere tale, per forza persuasiva, da avere anche l'idoneità a tradursi nel suggerimento di contestare la regola per essere questa di fatto incompatibile con il principio. Si pensi all'utilizzo da parte delle corti costituzionali del principio di uguaglianza, tutte le volte che è apparso che una regola positiva, pur creata nell'aureola di quel principio, incidesse malamente sulla parità di chances dei cittadini.

Si pensa da molti che in un'organizzazione federalistica, a differenza che in uno stato unitario ed accentrato, vi sia molto più spazio per i principi del diritto, che avrebbero così il compito di ridurre le disparità fra i regimi giuridici dei vari stati minori e indurre in via interpretativa una fondamentale unità della federazione, anche oltre le materie di stretta competenza di quest'ultima (3). Non si può contestare ragionevolmente un tale convincimento, pur sottolineando tuttavia che la sede di origine dei principi e il loro vigore di penetrazione divengono in questo modo appannaggio dell'ordinamento più vasto, il quale dunque acquista, attraverso la formulazione di principi, quel ruolo di fattore dell'unità, che gli stati minori per definizione non sarebbero in grado di produrre. Pertanto, dal punto di vista delle fonti del diritto, e a parte le materie riservate, opererebbe una divisione massima tra principi propri dello stato grande e disciplina per regole, propria degli stati locali (4).

---

(3) Vedi J. Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlin 1968.

(4) Sul federalismo in Europa, dal punto di vista storico-giuridico, ma anche per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Principi e regionalismo.*

Di ciò ha fatto larga applicazione il regionalismo italiano, dove non tanto i principi generali del diritto quanto addirittura i principi ricavabili da leggi dello stato gravavano, secondo il vecchio testo dell'art. 117 Cost., sul legislatore regionale.

Però in questo caso, i principi non hanno alcuna naturalezza, essendo nient'altro che il frutto della spremitura di regole vere e proprie, stabilite per l'interezza dell'ordinamento statale. È tuttavia significativo che si sia usata la figura del principio, quasi che anche i collegamenti tra istituzioni all'interno di uno stato dovessero esprimersi in termini di principi.

Nella successiva e tutto sommato ambigua campagna legislativa per l'incremento dell'autonomismo e l'avvio di un federalismo domestico (o addomesticato), la figura dei "principi" viene utilizzata come una sorta di passe-partout, che consente di far convivere autonomismo e centralismo in un apparente nuovo ordine, condensato alla fine nella c.d. riforma costituzionale del Tit. V della II parte Cost. (l. cost. 18/10/2001 n. 3).

In questa riforma si fa impiego della figura dei principi per trasferire a future legislazioni sistemazioni meno generiche e di superficie dei rapporti tra centro e periferia.

4. *Legalità.*

Quando i principi, in qualsiasi modo definiti, ricadano in un ambito normativo predefinito, divengono strumentali e, invece che illuminare il legislatore e coloro che applicano le leggi, fungono da fattore di legittimazione delle soluzioni date ai problemi del momento: strumenti di raccordo tra istituzioni, con un tasso di norma-

---

impostazioni generali, si veda S. SCHEPERS, *Le droit fèdèral en Europe*, Bruxelles, 1991. Importanti contributi si trovano nei due volumi del *Handbuch des Staatsrechts*, a cura di J. ISENSEE e P. KIRCHHOF, Heidelberg 1987. Ma v. già, per impostazioni attente ai limiti dell'attività dello stato e ai rapporti tra società e stato: J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit., con ampi riferimenti al pensiero tedesco classico (Kant, Humboldt, Jordan, v. Mohl, Jellinek); R. DEHOUSSE, *Fédéralisme et relations internationales*, Bruxelles 1991; e sul federalismo americano A. HAMILTON, *Il federalismo*, ed. Olivares 1993 con ricco saggio introduttivo di D. FISICHELLA.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tività tenue o ridotto. In questo modo i principi diventano anche pretesti o veicoli di depotenziamento della legalità formale, vero principio questo sul quale nel bene e nel male furono impiantati i rapporti, oltre che fra i poteri dello stato, tra lo stato e le autonomie.

Nel pieno dello stato di diritto (un pieno di tipo concettuale, più che temporalmente collocabile), tutte le relazioni dell'emisfero pubblico della società apparivano in certo senso ricondotte, a volte quasi a forza e contro la ragione, al principio di legalità, che univa insieme molteplici figure, ne legittimava l'azione e ne determinava le capacità. La legalità sembrava riassumere in sé ogni altro principio di convivenza e di azione.

Il mondo pubblico insomma si reggeva su questo principio che, presso di noi, e prima ancora nell'ordinamento francese, aveva come corollari, sul piano organizzativo, l'accentramento dei poteri, la gerarchia delle competenze ed un'organicità tanto marcata e intensa da raccogliere e riprodurre all'interno della figura dello stato persino gli enti di autonomia (comuni come organi dello stato) (5).

Questo principio è andato scolorendosi in questi ultimi decenni e ha perduto di rigore: il contatto col mondo privato ha tolto alquanti contenuti alla legalità della versione pubblicistica, così influenzata dalla sovranità e dal potere. E certi corollari organizzativi di questo principio sono appassiti e sono divenuti figure invecchiate e quasi disdegnate dal pensiero corrente.

Sono così emersi altri, epperò pur essi (almeno in parte) artificiosi, principi, tratti dall'osservazione apparentemente più disincantata delle stesse cose pubbliche, come se queste, perduto l'antico

(5) Sulla modernizzazione dello stato di diritto e sulla sua consistenza nell'attualità, sono da tener presenti i contributi di D. COLAS, D. ROUSSEAU, nel volume *L'état de droit*, Puf, Paris 1987. Sul principio di legalità in particolare G. VEDEL e P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, Puf, Paris 1958, p. 444 ss., a prescindere naturalmente da pressoché tutta la dottrina pubblicistica dei paesi europei. Sullo stato di diritto dovremmo oggi rileggere antichi testi a cominciare per esempio da J. LOCKE, *Trattato del governo civile*, tradotto nell'italiano idioma, Amsterdam 1773: secondo Locke, tutto il potere politico dà corpo al potere legislativo dello stato. Se questo potere non funziona a dovere per cattiva condotta, tutto ritorna alla società e il popolo riacquista la pienezza della propria sovranità. Un'altra proficua lettura può essere fatta del *Saggio sui limiti dell'attività dello stato* di G. HUMBOLDT, traduzione italiana a cura di G. Perticone, al quale si deve un illuminante introduzione (Giuffrè, Milano 1965).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piedestallo, si fossero mescolate disordinatamente al grande insieme delle figure del diritto comune (6).

Pubblico e privato non sono più qualificazioni di capacità differenti oppure diversamente disegnate. Se il pubblico cede al privato e con questo si mescola, non si potrà più rimarcare e condurre alle estreme conseguenze il potere pubblico e il bozzolo di legalità nel quale esso deve contenersi.

Anche i controlli, figure ben note e caratteristiche della legalità pubblica, paiono quasi ripudiati nelle più recenti leggi sull'amministrazione.

Pubblico e privato, dismessi gli antichi paludamenti, si ripropongono allora nella nudità della contrapposizione tra politica e società: questa contrapposizione fa scoccare delle scintille che sotto l'ombrello della legalità non si vedevano ed è così che lo stesso legislatore va cercando dei concetti o dei vocaboli che sintetizzino in se stessi le difficoltà delle relazioni tra i due mondi e i modi per ridurne gli attriti ed anche i conflitti.

È in ciò che il principio di legalità sembra messo da parte, perché rimasto pura forma, spoglia di contenuti di un qualche rigore. Ora, non è che con i principi che si mettono accanto alla legalità si recuperi il perduto rigore del diritto pubblico e delle sue figure, ma si intende esprimere in modi più significativi i passaggi di maggiore rilievo tra la politica e la società. Il principio di sussidiarietà, di cui tanto oggi si parla, diviene in questo modo la sintesi o la linea conduttrice del passaggio dalla società storica all'organizzazione politica, in quanto questo passaggio, non essendo più definibile a priori, diviene necessariamente visibile e conoscibile nella continuità del suo verificarsi e nelle dinamiche processuali mediante le quali appunto prende consistenza ai nostri occhi (7).

---

(6) Sulla riapparizione dei principi e la correlativa conversione del positivismo giuridico, con largo esame della dottrina giuridica più significativa (da Rousseau, Locke fino a Hart, Dworkin, Perelman, Bobbio, Maccormick e altri) si v. L.Y. WINTGENS, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, Bruxelles 2000.

(7) Sul processo di decentralizzazione in Francia e la relativa varietà di profili, si v. F. e Y. LUCHAIRE, *Le droit de la décentralisation*, Paris, Puf 1983; AA.VV. (sotto la direzione di G. Gilbert e A. Delcamp), *La décentralisation dix ans aprés*, LGDJ, Paris 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *Sussidiarietà.*

La sussidiarietà si trova oggi un po' dovunque, e cioè in ogni forma di composizione tendenzialmente federalistica delle organizzazioni pubbliche. Peraltro, un principio sussidiario opera in qualsiasi forma organizzativa: infatti, le competenze, che sono segno di divisione, ancor più se definite esclusive, non potrebbero mai ricondursi alla funzione unitaria dell'organizzazione di cui sono articolazioni, se non attraverso strumenti di risalita verso l'unità e di superamento delle separazioni. È chiaro infatti che qualsiasi disegno organizzativo è rivolto a creare un'efficienza ed una funzionalità dell'insieme per modo che ciò che è fatto da una parte sia appunto funzione dell'insieme unitario. Certo, quando l'organizzazione è rigida, e lo vediamo agevolmente scorrendo la letteratura giuridica del tempo dei poteri accentrati, la sussidiarietà è interiorizzata al punto che non emerge in quanto tale: tutto è pre-disegnato ed ogni risultato od ogni obiettivo raggiunto si colloca comunque in quel punto nel quale esso è frutto allo stesso tempo della parte e del tutto.

Sono i miracoli dello stato di diritto: dopo aver assorbito in sé ogni momento ed ogni processo super-individuale, questo tipo di stato aveva dato vita a strutture statiche e dinamiche che consentivano che lo svolgimento di tutte le attività avvenisse meccanicamente per la singola parte e per l'insieme generale. Ogni organo chiamava un ente di appartenenza e quest'ultimo chiamava lo stato: si direbbe, una sussidiarietà pre-confezionata e generalizzata, non turbata, né alterata da spazi per scelte estemporanee, per affermazioni di autosufficienza, di capacità globale, e via dicendo.

Quando si slacciano i fili che tengono unito l'insieme per definizione o ne creano connessioni forti e generalmente non modificabili, allora occorre fare ricorso a qualche principio, o ad una ispirazione o ad una idealità nuova, anche se artificiosa, affinché ogni parte del vecchio sistema possa giustificarsi in se stessa quasi per una nuova ragione di vita, e perché abbia senso una qualsiasi forma di riconduzione delle espressioni singolari ad una legittimità unitaria.

Il fatto stesso che si ponga al di sopra di singole entità un'altra entità che le prime sovrasti e ricomprenda e in qualche modo valorizzi, obbliga a giustificare, sia pur di volta in volta, l'essere dell'ente più piccolo rispetto all'essere di quello largo e compren-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sivo, e nel contempo a giustificare quest'ultimo rispetto agli enti o ai soggetti collettivi più prossimi alle società reali. Avviene così che si debba formulare il principio dinamico del raccordo e, prima ancora, della reciproca legittimità delle organizzazioni minori (o di investitura sociale immediata) e di quella più ampia alla quale si fa capo proprio al fine di potenziare le prime.

La struttura organizzativa dello stato liberal-democratico è tutta una rete di sussidiarietà, per la sola ragione che non vi è istituzione che non debba completarsi nell'altra, pena la caduta dell'intero edificio. Ogni soggetto ed ogni organo pubblico vive l'atmosfera del tutto e perciò si completa nell'insieme. Ciò accade sia nell'esperienza dello stato accentrato e articolato gerarchicamente, sia nello stato che fa spazio alle autonomie ed è composto secondo un criterio di impianto di tipo federale. È nell'organizzazione stessa la sussidiarietà, e un po' colpisce che non se ne dimostri sempre adeguata contezza.

Il problema allora sorge non in un'organizzazione costruita e vivente in quanto perfetta in sé, ma quando si profilino specifici ed occasionali rapporti tra organizzazioni diverse. Oppure quando si prenda in considerazione un insieme non per la sua organizzazione o il suo modo di essere, ma in quanto lo si colga nel bisogno di riflettersi in una diversa organizzazione. E sotto questo profilo si potrebbe già discorrere dell'ausilio che è necessario alle cose, prese nella loro sostanza, perché esse possano venire qualificate per la loro funzione: la sostanza ha bisogno della forma anche solo per essere visibile e farsi quindi riconoscere.

Come potremo pensare all'uguaglianza fra gli uomini, oppure alla fratellanza se non potessimo misurare questi beni con metro oggettivo? Se non potessimo usufruire di luoghi e cose su cui riflettere il comportamento umano e dare senso ad esso quanto al rapporto con gli altri, mediante figure adatte a formulare un giudizio sul rispetto della parità, dell'uguale trattamento o delle uguali chances, o, come si diceva, della fraternità come legame tra uomini e regola della vita di relazione (8)?

---

(8) Sul principio di sussidiarietà, da ultimo P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002: con un'ampia trattazione di vari aspetti della sussidiarietà, nelle sue radici sia nello Stato che nella Chiesa. Come viene a risultare dall'approfondimento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *Società e Stato.*

È accaduto così che nel configurare i rapporti tra la società e lo stato o la politica, si sia cercata una formula per dare a questi rapporti dei significati compatibili con il primato dell'uomo e quindi della società (come luogo di relazioni tra uomini) e l'organizzazione politica della società stessa. L'associazione tra gli uomini, comunque costituita e finalizzata, è strumento di sussidio, purché serva anzitutto a dare consistenza e conoscibilità a finalità e scopi pensati come comuni ad un gruppo più o meno esteso e comunque reale di

---

dell'indagine condotta da De Carli, le versioni verticale e orizzontale della sussidiarietà si intrecciano nella storia con tutte le problematiche che riguardano lo stato e il suo formarsi in relazione all'economia e alla società nella molteplicità delle dimensioni da questa via via assunte. Questa indagine è meritoria perché ci pone innanzi la struttura della sussidiarietà come principio, costruendola attraverso l'utilizzo del concetto in una grande varietà di contesti e di occasioni, a cominciare dal grande bacino di esperienza e di pensiero che la dottrina sociale della chiesa ha sottoposto a ripetuti esami e valutazioni anche attraverso il linguaggio delle encicliche. Ciò è tanto vero che nel trattare del principio di sussidiarietà nell'ordinamento dell'unione Europea a partire dal Trattato di Maastricht (art. 3 B), la dottrina, più che ad esperienze normative od organizzative degli stati, si richiama alla sussidiarietà come principio della teologia morale cattolica, ripreso nelle encicliche di Leone XIII (*Rerum Novarum*), Pio XI (*Quadragesimo anno*) (ma si vedano anche le encicliche *Familiari Consortio* del 1981 di Giovanni Paolo II e, prima, *Mater et Magistra* e *Pacem in terris* di Giovanni XXIII). Il principio di sussidiarietà è stato poi utilizzato nell'affrontare le problematiche dello stato sociale e sotto questo profilo si intende meglio il parallelismo tra la dottrina sociale della chiesa e la dottrina dello stato sociale (su ciò v. E. Tosato, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in "Nuova Antologia", 1959). Sulla dottrina sociale della Chiesa si vedano anche i contributi contenuti nel volume *Scienze sociali e dottrina sociale della Chiesa*, edito dal Centro di ricerche per lo studio della dottrina sociale della chiesa presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 1997. Il principio di sussidiarietà trovò inoltre eco all'assemblea costituente e l'applicazione di esso nella costituzione del 1948 venne preparata dagli esponenti cattolici presenti nell'assemblea, in particolare Dossetti e La Pira.

L'utilizzo del principio, negli studi e nella preparazione politica dell'ordinamento dell'Unione Europea, ha rinfocolato l'attenzione scientifica verso il principio stesso: si vedano ora per tutti A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in "Quaderni costituzionali", 2001, p. 13 ss.; T. Ballarino, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'unione Europea*, Cedam, Padova 1997[5], p. 23 ss.; S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in "Foro Italiano", 1995, V parte, p. 373 ss., e da ultimo, come detto, il contributo di P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, con ampi riferimenti di altra dottrina.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

persone. La forma sussidiaria entra in gioco quando il percorso che stiamo compiendo nel superamento delle singolarità richiede una sorta di verifica od una definizione per dare appunto immagine sia pure ancor non compiuta ai risultati perseguiti. L'uomo nella società non potrebbe vivere senza l'alimento dell'associazione.

Tutto ciò è detto a chiare lettere nella stessa formulazione dell'art. 2 della nostra costituzione: l'uomo svolge la sua personalità nelle formazioni sociali, e cioè nelle associazioni alle quali si trova a partecipare. Ergo, l'associazione è sussidio necessario della personalità dell'uomo, e serve a dare immagine e senso all'essere uomo nella società. Al punto terminale di una filière di associazioni si ritrova però lo stato, che più che agglomerato di singoli è insieme organizzato di associazioni o di formazioni sociali. Insomma, lo stato politico, tradotto in organizzazione, è necessario a sua volta per dare senso, immagini, collocazione certa e duratura alle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità umana.

Da ciò deriva anzitutto che non si può discorrere di sussidiarietà senza dare al concetto una connotazione di dinamicità. La sussidiarietà è di per se stessa struttura dinamica, cioè processo. Ciò, per la semplice ragione che la funzione sussidiaria deve aggiustare di continuo la ragione di se stessa, e mettersi alla prova, alla stregua della storia vivente dei gruppi sociali.

Allo stesso modo, infatti, la famiglia è un'entità dinamica, anche se la prossimità di natura all'uomo toglie l'immediatezza della percezione dell'essere dinamico. La costituzione afferma infatti che la famiglia si forma mediante il matrimonio (figura genericamente contrattuale), ma si costituisce come società naturale che ha in quanto tale dei propri diritti (art. 29).

Il fatto di essere il primo traguardo del percorso sociale della persona non toglie dunque alla famiglia idoneità sociale dinamica, se non altro per far generare naturalmente da sé altre associazioni sempre più larghe e specializzate, fino alla soglia della politicità.

Il percorso della sussidiarietà è pertanto inesausto. Ogni strato associativo ne genera altri più ampi, più densi di contenuti e di forme (9).

---

(9) Quando la sussidiarietà viene evocata per profilare congegni di cooperazione stabile od occasionale tra soggetti pubblici e soggetti privati e si valorizza così l'utilizzo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dire che un ente è sussidiario di altri enti significa alla fine che nessun ente può appagarsi di se stesso e imporre la propria presenza e il compimento delle proprie funzioni con l'assolutezza del comando, con l'imperio, quasi appunto tagliando i fili della comunicazione con altre entità, quelle appunto sussidiate, con le quali è in una condizione di naturale parità.

7. *Il distacco dello Stato dalla società.*

Lo stato liberal-democratico, soddisfatto della propria legittimità formale e dell'assolutezza della propria capacità di reggere la società come insieme di individui isolati, ha esaltato al massimo grado il suo distanziamento politico proprio da quella sostanza sociale nella quale doveva basare la propria sovranità.

Per volere essere sciolto da ogni condizionamento interno ed

---

di iniziative di cittadini singoli e associati, ma soprattutto di associazioni in attività di interesse generale, si discorre di sussidiarietà "orizzontale", per distinguerla da quella "verticale" che coglierebbe invece i rapporti intraorganizzativi interiori al mondo pubblico. Su ciò si veda già J. ISENSEE, *op. cit.*, p. 92 ss. Il principio di sussidiarietà "orizzontale" è esaminato anche in confronto alla sussidiarietà "verticale" da G. U. RESCIGNO, nella "Rivista di diritto pubblico", 2002, p. 5 ss.; ma si veda anche A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, ivi, p. 51 ss. (nello stesso numero della "Rivista di diritto pubblico", 2002, aspetti particolari della sussidiarietà sono trattati da G. Pastori, E. Ferrari, C. Marzuoli rispettivamente alle pp. 85, 99, 117). Come si è detto più sopra, la sussidiarietà orizzontale, come definizione del rapporto tra la società e lo stato, aveva sollevato l'attenzione degli studiosi del passato recente non solo con riguardo alla valorizzazione della società e dei suoi principi e valori, ma anche con specifico riguardo ai compiti assuntisi dallo stato nell'economia. Fuori dall'autorità e dalla potestà dello stato unitario centralizzato, e con l'occhio puntato ad un particolare federalismo o regionalismo potenziato, si tende a valorizzare l'apporto dei gruppi sociali soprattutto nell'ambito dell'attività amministrativa (art. 118 u.c. Cost.). Anche a questo riguardo va posto in evidenza il facile utilizzo del principio nella varietà storica dei relativi modi di proporsi, in confronto al formarsi o al riformarsi dello stato. Importante sarebbe salvaguardare la dignità del principio, sia da parte del legislatore, troppo sciolto nel servirsi di parole e di concetti, sia da parte della dottrina giuridica, che fa eco molto spesso in modo acritico alle evoluzioni e involuzioni del legislatore.

Per una chiara impostazione della sussidiarietà nelle sue varie radici rimandiamo ancora A. D'ATENA, *op. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esterno, lo stato si era dotato di una sovranità artificiosa, togliendo a se stesso il terreno sul quale avrebbe dovuto fondarsi.

Di qui, il distacco sempre più accentuato dalla società reale e dagli uomini e la progressiva, anche se talora inavvertita, riduzione di garanzia degli stessi diritti umani, trattati spesso con indifferenza, quando non con ostilità. Così appunto lo stato, come costruzione organizzativa di poteri politici, distaccati dalla comunicazione con la società, si è sovrapposto a questa stessa, alla fine negandone o contestandone la vitalità e la produttività sociale ed economica verso i singoli.

Nella contemplazione della società moderna, si finisce sempre con il prendere le mosse dallo stato e dal diritto dello stato. Lo stato diviene anche la parola simbolo di un ordine necessario non solo a conservare la libertà e i diritti degli uomini, ma anche a favorirne il progresso, ampliando le chances di tutti verso una vita migliore. D'altronde, l'aumento degli strumenti destinati ad accrescere il benessere degli uomini e a rendere possibile una sia pure illusoria felicità conferisce allo stato una potenzialità di azioni e quindi un'autentica sovranità, percepibile nella disponibilità di mezzi, che solo la società intera, in quanto organizzata in stato, può predisporre ed elargire ai singoli. La necessità e la sussidiarietà dello stato rispetto all'intreccio delle relazioni umane si traduce peraltro in accrescimento sempre più veloce e certo inarrestabile della sua potenza.

L'utilità e la necessità delle cose aumenta la potenza statale, rendendola imprescindibile. Allo stato di diritto si accompagna presto lo stato sociale, che porta seco, quando non ne è manifestazione, un accrescimento di forza politica, giustificata da un iperattivismo derivante a sua volta dal progressivo incremento degli interessi, sollecitati dal canto loro da sempre nuovi e crescenti bisogni individuali e collettivi.

8. *Effetti sulla democraticità dello Stato.*

La democraticità dello stato è maggiormente risposta ai bisogni, e assai meno attenzione ai diritti, o garanzia delle libertà. Queste ultime, nello specificarsi in sempre nuove fogge, tendono anzi ad appiattirsi sulla domanda generalizzata di beni materiali, nell'illu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione che il possesso di questi sia sufficiente presidio dei diritti individuali. In questa dinamica, i bisogni e i diritti sociali si avvicinano sempre più a quelli economici, se non altro per effetto della mediazione reale di quella nuova dominante autorità che è l'impresa. E presto il confronto sarà tra l'organizzazione economica delle imprese (e dei sindacati) e l'organizzazione politica, delle istituzioni ufficiali e dei partiti.

Anche questa semplificazione plagia l'immagine dell'uomo portatore sovrano di diritti: il capitalismo tende ad oscurare l'istanza liberale; il soddisfacimento dei bisogni di vita in chiave ugualitaria produce conformismo e allontana lo spirito di solidarietà. Un diffuso materialismo di fatto rende grigia la società, crea un'immagine di benessere ugualitario, e però toglie la consapevolezza dell'impegno verso la libertà e la correlativa responsabilità personale. Così le costituzioni sono applicate solo in superficie, in realtà perdono vigore e sono mistificate.

Per questo la politica distrae il popolo, nuova massa, con le proposte continue di riforme costituzionali ed istituzionali. Tutti sanno che qualsiasi riforma, se non accompagnata da un diffuso senso della propria necessità come rimedio immediato a mali presenti, lascia le cose al punto di prima, e non incide nel complesso reale dei protagonisti della politica e degli attori sociali. Con le leggi fatte a profusione si può anche giocare e far sì che, con rimandi intrecciati dall'una all'altra, le cose restino com'erano.

Anche questa nuova asfittica democrazia porta in primo piano lo stato rispetto alla società degli uomini, e ciò avviene attraverso una continua intersecazione dei due versanti per modo che la politicità, mediante strutture giuridiche, si approprii del consenso sociale e questo si consumi negli istituti della rappresentanza, ma ancor più in una nuova partecipazione di tipo processuale.

In tal modo la politica, cioè l'organizzazione statale, penetra la società e questa sembra addirittura rimodellarsi su quella: una coloritura uniforme sembra calarsi sul tutto e riproporre il gioco della sussidiarietà con partenza dal nuovo traguardo raggiunto.

In pratica, il gioco della sussidiarietà viene riflesso sull'ambito istituzionale, dove la relazione società-stato si moltiplica e assume varie fogge e si svolge in mille dinamiche. Lo stesso limite del potere politico verso la società viene insomma introitato e variamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

somatizzato dalle istituzioni e cioè dalla pluralità degli organi dello stato. Il principio della separazione delle competenze o dei poteri è, a ben guardare, l'effetto del trasferimento nella faccia interna dello stato dell'insieme dei giochi nei quali si rappresenta la corrispondente varietà di relazioni fra la società economica o libera e la società politica. Solo in uno stato dotato di uno strumentario adatto a tenere in piedi poteri separati e pur coordinati, la società è salva e le libertà sono garantite: così si è invero pensato per lungo tempo.

La progressiva penetrazione dello stato nella società a fini di solidarietà o di uguaglianza ha via via ridotto il peso del principio della separazione dei poteri e proposto alla nostra attenzione una sorta di riconduzione al cittadino della scelta e del controllo dei modi per ottenere adeguata tutela e valorizzazione di se stesso: in vario modo, a cominciare dalla classifica dei diritti soggettivi pubblici fatta da G. Jellinek, si configura una serie di strutture o rapporti, dove il cittadino svolga da sé la propria partecipazione al potere per raggiungere pienezza di tutela dei propri diritti, nei limiti in cui appunto questi possono convivere con il potere.

La partecipazione dell'uomo alle manifestazioni del potere pubblico si è accentuata nel tempo e nei vari ordinamenti in concomitanza con l'acquisto di evidenza dei passaggi procedimentali dell'azione pubblica. E ciò è avvenuto anche in parallelo con l'affievolimento del vigore e dell'efficacia delle strutture pubbliche in quanto identificate nell'articolazione della capacità della persona giuridica dello stato. L'avanzata dell'economia, delle dinamiche finanziarie, dell'uso delle tecnologie ha infatti ridotto le dimensioni e la potenza delle figure politico-giuridiche, rendendole sempre più simili a quelle del diritto comune e dell'economia.

L'impressione che l'evoluzione dà nel suo complesso è nel senso di una sorta di prolasso che colpisce, evidentemente per invecchiamento, le strutture dello stato e soprattutto quella sintesi di potere che costituisce il luogo ideale di formazione della volontà imperativa, e che è appunto lo stato-persona.

9. *Unità dello Stato e autonomie: sussidiarietà e gerarchia.*

In virtù dell'art. 5 della nostra costituzione, la riaffermazione dell'unità dello stato ordinamento si accompagna alla previsione di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una serie di strati di autonomia, deputati a sorreggere la decadente unità del corpo statale. Si comprende come, una volta rotta o in qualche modo allentata tale unità, si apra una serie di spazi nei quali la cooperazione tra le istituzioni dell'autonomia e del decentramento con le residue (e peraltro sempre operanti) istituzioni centrali avvenga non attraverso decisioni del vertice statale ma in virtù di una distribuzione di competenze e della predisposizione di procedure o di strumenti dinamici di collegamento. Allo stesso tempo il cittadino "istituzionale" che era uso confrontarsi con lo stato unitario e fungere da collaboratore di questo nel perseguimento degli interessi sociali, si trova per così dire allo scoperto ed acquista quindi, almeno all'apparenza, una maggiore dose di capacità partecipativa. Si è sempre pensato per vero che le forme di stato ad autonomia avanzata o addirittura di tipo federalistico fossero o siano maggiormente compatibili con l'affermazione e la valorizzazione delle libertà e dei diritti fondamentali.

La sussidiarietà entra in campo proprio come termine identificativo di una serie di rapporti intraistituzionali che non sono basati sul comando o sulla volontà imperativa, sia pure variamente espressa, del vertice statale come sede della sovranità, ma attraverso il riconoscimento reciproco delle istituzioni e degli enti pubblici e soprattutto come indice di una rimessa alla base territoriale e popolare dell'origine e della scaturigine delle strutture politiche e dei loro poteri o competenze.

Si potrebbe dire anche che la sussidiarietà si contrappone all'assolutezza gerarchica: ma come è facile comprendere, si tratta più che altro di un'espressione ottativa, non sembrando infatti dubbio che dovunque sussiste la tendenza del potere politico a risalire rapidamente la linea verticale e a ricollocarsi al centro dello stato.

Difatti, l'esperienza regionalistica italiana è dimostrativa, nella facile rappresentazione storica di essa, del rapido riassorbimento dei poteri nelle mani del governo centrale.

Non entro ora in merito alla riforma del Titolo V della costituzione, recentemente adottata, nella quale è peraltro da notarsi che l'utilizzo del termine sussidiarietà avviene solo nell'ambito della disciplina delle funzioni amministrative, attribuite ora di prima mano ai comuni. Tali funzioni sono conferibili anche alle regioni e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allo stato, però solo nella linea della sussidiarietà: il che dimostrerebbe che la sussidiarietà entra in gioco in quanto il riconoscimento dell'origine o della base delle competenze avvenga in capo all'ente più prossimo, per sua natura e collocazione, agli ambiti nei quali si producono i bisogni sociali, nella specie il comune.

Un aspetto collaterale che vale la pena di sottolineare è che il principio di sussidiarietà reclama, per la sua intrinseca elasticità di contenuti, la caratterizzazione amministrativa, e cioè non legislativa né giudiziaria, dei soggetti o delle strutture di cui costituisce mezzo di allacciamento. In altri termini, la generalizzazione della sussidiarietà è anche generalizzazione della caratterizzazione amministrativa e quindi pratica e pragmatica dell'ambito generale preso in considerazione. Come ho notato altrove, proprio l'attribuzione ai Comuni del ruolo di depositari della funzione amministrativa pubblica costituisce fattore di riedizione in chiave democratica e secondo la valorizzazione della prossimità dei centri organizzativi ai luoghi di emersione degli interessi collettivi, dello stato amministrativo, a suo tempo debellato dallo stato legislativo.

10. *Sussidiarietà e Unione Europea.*

Passiamo ora piuttosto alla "sussidiarietà", quale ufficializzata nell'ambito dell'Unione Europea dal Trattato di Maastricht, e destinata ad assicurare, a fronte delle nuove competenze comunitarie, la conservazione da parte degli stati aderenti delle loro competenze materiali (quelle non abbandonate in partenza in favore dell'Unione), fino a quando non sopraggiungano segni gravi di inefficienza statale a raggiungere gli obiettivi.

Il principio di sussidiarietà gioca come garanzia della persistenza del potere statale fin dove è possibile e produttivo.

Di fronte all'organizzazione comunitaria, che si dovrebbe presumere potenzialmente capace in ogni ambito di interessi, lo stato arriva fin dove può.

L'esistenza stessa dell'Unione Europea diviene per vero fonte di bisogni nuovi, e può comunque determinare la scoperta o l'insorgenza di interessi sociali, prima sconosciuti o lasciati da parte. Dovunque e sempre l'esistenza di una struttura organizzativa a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potenzialità illimitata crea nuovi bisogni: una struttura associativa, anche se fra stati, potenzia ogni singolo stato, ma riflette allo stesso tempo su di esso e sulla sua funzionalità i difetti o le inettitudini dipendenti dalla singolarità territoriale, economica, sociale, e via dicendo.

Mi vien da pensare così che la valvola della sussidiarietà apra l'ingresso dell'energia comunitaria proprio nelle occasioni e nei campi nei quali la comunità diviene anche potenziamento o allargamento di bisogni e di scopi da raggiungere. D'altra parte, l'avvio di un processo di unione di tipo federale, a cominciare dall'invenzione dei bisogni, delle competenze e dei mezzi finanziari e giuridici appropriati, non può che accrescere la statalità, e cioè il peso delle scelte politiche e delle decisioni. Nel momento nel quale si forma la nuova comunità sopranazionale, si nota una elevazione del grado di potenzialità decisionale pubblica rispetto ai bisogni sociali e all'utilizzo delle strutture economiche da parte delle imprese.

Sarebbe per vero contro natura che l'accrescimento della sfera pubblica indotto dalla cooperazione interstatale non determini un parallelo accrescimento dei bisogni collettivi e delle necessità, e in aggiunta il bisogno di mezzi per fronteggiarli.

La politica insomma riguadagna e accresce il suo peso, affievolito nell'ambito dello stato nazionale, e pretende mezzi adeguati a soddisfare le sue nuove ragioni di presenza.

La sussidiarietà alla quale allude la carta dell'Unione finisce così col combaciare con questo accrescimento. Assistiamo a un processo inverso rispetto a quello della regionalizzazione interna al singolo stato: e forse questi due processi portano a compensare le rispettive risultanze. Dal punto di vista quantitativo non vi saranno mutamenti troppo sensibili, se è giusto quanto rilevato sin qui. Vi saranno piuttosto quei rifacimenti di strutture, di organismi, di sostanze e di forme necessari a coprire il vuoto lasciato dalla perdita di potere dello stato territoriale di tipo nazionale.

11. *Sussidiarietà e giuridicità: considerazioni finali.*

La sussidiarietà non è dunque un processo giuridicamente definibile a priori. Subisce sempre il condizionamento della sostanza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle relazioni effettive, il cui formarsi viene eccitato e determinato dai fatti. Da questo punto di vista, il nome racchiude anche il senso del pragmatismo che si insinua negli ordinamenti a seguito della caduta della sovranità, così come intesa nel linguaggio tradizionale dello stato di diritto.

A ben guardare, i presupposti di questa sopravvenuta e del tutto particolare forma di anomìa organizzativa si leggono già nei preamboli e nei principi fondamentali dichiarati nelle costituzioni degli stati cosiddetti democratici: basta richiamare la separazione tra l'affermata sovranità del popolo e gli apparati di esercizio di questa sovranità, lasciati in realtà ad un gioco che molto spesso sfiora soltanto la sovranità popolare.

Già l'aver operato all'interno della sovranità statale attraverso l'introduzione della separazione dei poteri ebbe a rappresentare un compromesso tra il potere sovrano e la società libera, e ad introdurre nella sovranità un cuneo che consentì alle forze politiche di adattare il compromesso alle circostanze storiche, ai reciproci modi di essere del potere politico e della società e delle sue libertà. Forse in tale orditura è dato scoprire un inizio della neutralità del diritto, anche quando vuole essere regola tra le cose collettive. Può esserci insomma gerarchia oppure quel tipo di sussidiarietà, che della gerarchia vorrebbe essere l'opposto o il superamento, ma non riesce mai ad esserlo del tutto.

Per queste ragioni la sussidiarietà, come poco fa si è detto, non è definibile per contenuti, ma assume le sembianze delle relazioni organizzative che essa vorrebbe in qualche modo suscitare e qualificare. Designa simbolicamente un movimento e soprattutto la partenza di questo movimento. Opponendosi oggi al centralismo e alla gerarchia, rivela la necessità dell'adattamento delle organizzazioni alla effettività delle forze in gioco.

Non avrebbe dunque senso domandarsi ora se e in qual modo la sussidiarietà possa tradursi in rapporti e debba essere in qualche modo gestita. Se così fosse, il principio perderebbe immediatamente la sua autonoma ragione d'essere e diverrebbe ancora niente altro che un effetto della gerarchia oppure di una rigida definizione di competenze. Si potrebbe dire allora che il principio è soprattutto un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veicolo di legittimazione: i modi per trasmettere delle competenze ad un ente più ampio e comprensivo sono dunque i più vari e dipendono da accordi ai quali tutte le parti debbono prestarsi. Piuttosto, questa legittimazione trascolora nell'obbligazione di trasmettere o di accogliere delle competenze, quando tra le parti si convenga sulla esistenza di condizioni o di circostanze che rendano necessario o fortemente opportuno traslocare la funzione verso l'ente che, per la propria consistenza, è più adatto ad esercitarla in modo adeguato ai bisogni da soddisfare.

Non credo che si possa andare oltre nella ricerca di precisazioni concettuali o di definizioni. Forse la sussidiarietà è un principio guida, che non varrà mai di per se stesso come regola di comportamenti sanzionabili con strumenti di giustizia. Avrà sempre piuttosto un significato simbolico e a questa funzione di simbolo dobbiamo alla fine piegarci.

E questa è anche la sorte dei principi che ormai si affollano nella legislazione e nella cultura giuridica: a seconda degli ambiti organizzativi od associativi che di volta in volta vengono presi in considerazione (ma è soprattutto l'amministrazione la nuova palestra dei principi), le nuove relazioni tra soggetti, organi, istituzioni vengono sempre più appoggiate a principi. Si pensi al principio di proporzionalità, al principio di collaborazione, al principio di specialità, per non discorrere dei massimi principi collegati alle libertà, ai valori della solidarietà, e via dicendo. L'ordinamento cerca sempre una sua unità, quasi fosse una specialissima famiglia. Ora, lasciati da parte i principi legati all'organizzazione in senso stretto, l'unità viene ricostruita attraverso delle figure normative e quindi oggettive. I principi sono queste figure e stringono tra loro legami di evidente parentela. Però i principi hanno senso se sollevano l'obbligazione di tutti, e cioè se tutte le persone si investono del valore normativo che è incluso in ogni principio. I principi dunque aprono le porte alla diffusione della responsabilità delle persone, dei gruppi, delle strutture politiche.

La sussidiarietà è un principio, la cui formazione rispetto alle vicende della società, oppure della comunità e dello stato, è storicamente verificabile: quindi un principio che è tanto più valido quanto più rivela i suoi processi di formazione, quando oltretutto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questi processi avvengono in momenti e in campi differenti. Il principio per vero li unifica e ne rende conoscibile la radice nel profondo della giuridicità (10).

(10) All'origine della fenomenologia giuridica esiste sempre alcunché di apparentemente irraggiungibile, di inappagato rispetto alla nostra ansia di apprendere, definire e classificare.

I principi hanno molte radici e le sintesi che in essi si condensano mostrano una pluralità di punti di osservazione e quindi di conformazione. Il principio ci fa però saggiare l'unità del diritto e ciò che di esso è specifico, sul piano culturale prima che su quello dell'esperienza concreta. Non riusciremmo altrimenti a raccogliere insieme e distanziare allo stesso tempo fenomenologie tanto diverse per ambientazione sociale, temporalità, bisogni e interessi, aspetti questi che rivelano tuttavia un filo che collega, in modo sotterraneo, le diverse apparenze.

Si potrebbe dire che il principio è il verbo dell'apparire della giuridicità come traduzione di questa in orientamento di vita. Il bisticcio, apparente, tra l'essere effettivo e l'essere doveroso si risolve alla fine nella sintesi del principio, il quale è normativo in se stesso, ma costantemente rivelatore del proprio perché e della sua necessità.

Il principio è altresì profondamente razionale nel momento stesso nel quale assume la forma e la dimensione del complesso dei rapporti al quale serve. Raccoglie in sé il "naturale"dell'ordine fra gli uomini e il "positivo", come visibilità di una o più norme, affinché queste siano cogenti e se ne possa rinfacciare l'efficacia a chi non conosce o non osserva coscientemente i bisogni e le istanze della vita collettiva.

Della sussidiarietà ho avuto modo di occuparmi in varie precedenti occasioni, in particolare: Regionalismo europeo nella prospettiva del Trattato di Maastricht e della sua revisione nel 1996, in Atti del Convegno *Posizione delle Regioni italiane nella prospettiva del Trattato sull'Unione Europea*, p. 27 ss., pubblicazione a cura della Regione Autonoma Trentino Alto Adige, Trento 1992; Considerazioni sul principio di sussidiarietà, in "Jus", 1994, p. 405 ss.; *Democrazia, pluralismo e sistema economico. (Le costituzioni e l'Unione Europea)*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 1996, p. 1142 ss. Voglio rilevare a questo proposito che l'affrontare lo stesso tema in momenti diversi, dal punto di vista culturale, politico, ecc., non è indifferente alla ricostruzione del proprio pensiero e all'utilizzo degli istituti. Solo apparentemente questi rimangono uguali a se stessi. E si avverte grande difficoltà a ricomporre, mantenendo il riferimento allo Stato e al suo diritto, dei concetti che ora contengono in sé, per esserne stati nel frattempo aggrediti, i germi della dissoluzione dell'ideale edificio del diritto pubblico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UGO MATTEI

MIRAGGI TRANSATLANTICI. FONTI E MODELLI NEL DIRITTO PRIVATO DELL'EUROPA COLONIZZATA

1. Difficile immaginare un momento più propizio, ma forse anche più ostile, per una riflessione pacata sulle fonti del diritto europeo.

Si è aperto da poco un nuovo millennio. Con esso il BGB ha completato il primo secolo di vita. Il Codice Napoleonico si appresta a celebrare, in gran pompa, il bicentenario. Il codice Italiano ha raggiunto la soglia della maturità, festeggiando a sua volta un importante anniversario. Cruciali ed ambiziose riforme nel diritto privato generale, in primis lo Schuldrecht tedesco vedono la luce. Gli Inglesi abbattono tabù vetusti, affidando per la prima volta ad un giudice interno una forma di controllo di costituzionalità sulle leggi. Si è prodotta da poco, a livello comunitario, una Carta fondamentale dei diritti che consegna all'osservatore segnali per lo meno ambigui. Autorevoli (e meno autorevoli) uomini politici sono al lavoro in un ambizioso tentativo di dotare l'Europa di una Carta Costituzionale autentica. Gli Stati continuano a cedere, pur fra resistenze di varia matrice, sovranità all'Unione. L'unione, a sua volta, cede sovranità ai grandi legislatori dell'era globale, il Fondo Monetario Internazionale e l'Organizzazione Mondiale del Commercio. Fra i giuristi privatisti europei infuria il dibattito sulla codificazione, mentre la Commissione li ricambia promettendo pochi spiccioli per studi dall'ambizione smisurata. Le facoltà di Giurisprudenza vengono riformate, e gli studi comparatistici divengono quasi un logo, nel delirio di provincialismo conseguente lo sforzo disordinato di mostrarsi moderni ed avanzati. I grandi studi legali Inglesi ed Americani conquistano le piazze più lontane dalla loro tradizione giuridica, sbarcando in massa anche in Italia. Mentre gli osservatori cercano di capire che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cosa stia avvenendo ecco che, a loro volta, i nuovi arrivati corrono il rischio di essere spazzati dai grandi magazzini "tutto compreso": le grandi Società di Revisione, sempre baldanzose nonostante la scarsa prova di indipendenza offerta oltre-Oceano, offrono, per la prima volta, servizi giuridici.

Si potrebbe continuare, tratteggiando un panorama di cambiamenti, in una pluralità impressionante di settori, capace di procurare le vertigini, se non l'angoscia, a chi debba aggiornare (o produrre) testi di diritto comparato!

Nel diritto, ovviamente, come in ogni altra forma culturale, tutto muta, sicché osservare il mutamento di fronte ai nostri occhi, costituisce il compito essenziale dello studioso avvertito. Se peraltro il mutamento non è una novità, la velocità ed il ritmo del mutamento che oggi si presenta di fronte a chi affronti il tema delle fonti del diritto in Europa sicuramente lo è. Il diritto privato europeo, prodotto da tali fonti, determinato da tutti, e molti altri tra i fattori tratteggiati poc'anzi, è un'oggetto in trasformazione così rapida che la stessa possibilità di descriverne i dati salienti risulta non poco compromessa. D'altra parte, è mai esistita la possibilità *di mere descrizioni* nel mondo del diritto? Abbandoniamo perciò del tutto il complesso di inferiorità nei confronti degli scienziati naturali, il cui oggetto di osservazione attende, immobile o quasi, di essere misurato e accingiamoci ad interpretare il mutamento, anche soltanto alcuni mutamenti, nel panorama delle fonti Europee.

È possibile tracciare una teoria capace di spiegare almeno in parte quanto fin qui avvenuto (1)?

2. La natura della rivista che ospita questo importante momento di riflessione collettiva sull'Europa, spinge inevitabilmente ad interrogarsi sul passato, senza obbligarci a fare i conti con tentativi predittivi di dinamiche future che, io credo, debbano tenere in considerazioni possibili e repentine soluzioni di continuità. D'altra parte, il civilista non può pretendere di vestire professionalmente i panni dello storico, (meno che mai in questo consesso!) sicché

(1) Ho cercato di tratteggiare una tale teoria in U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law. A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in 10 Indiana J. Global Legal Studies (2002) e Global Jurist frontiers, www.bepress.com.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perfino l'osservazione a ritroso va in qualche modo limitata ad un periodo a noi vicino.

Collocherò quindi *il presente*, l'oggetto del mio tentativo di interpretazione, in un torno di anni che va dalla fine della Guerra Fredda ad oggi, spingendomi a ritroso al più fino ai primi anni ottanta, un momento ormai noto come "Rivoluzione Tatcher-Reaganiana". Mi limiterò inoltre, ad un numero relativamente limitato di mutamenti, cercando di cogliere quelli più profondi e potenzialmente strutturali, tralasciando perciò quasi interamente il diritto sostanziale, per riflettere su aspetti più marcatamente istituzionali.

Intendo esplorare taluni dei più recenti cambiamenti nel panorama istituzionale del diritto privato Europeo come fenomeni di ricezione di stilemi e modelli ispirati in larga misura dal diritto degli Stati Uniti d'America, così come recepito dai centri di produzione giuridica del mondo globale, il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio, soltanto per menzionare i più noti ed i più potenti (2). Un diritto Statunitense d'esportazione, dunque, qualcosa di profondamente diverso da quello della madre patria, così come sempre diverso è il diritto coloniale da quello dei luoghi della sua produzione. La mia analisi dell'Europa come nuovo *contesto di ricezione* fonda tuttavia le sue radice in un momento in cui l'Europa era *contesto di produzione*. Un momento in cui erano gli Stati Uniti a presentarsi come *contesto di ricezione* di stilemi e modelli prodotti in Europa (3).

Fonti del diritto è tema poliedrico che il comparatista non può affrontare in modo formale. Le pagine che seguono, come ritengo l'intero Quaderno, si collocano ad un livello discorsivo per così dire "sistemologico", capace cioè di cogliere aspetti profondi che ancorché mutabili e mutanti, non sono tuttavia interamente alla portata del tratto di penna di un legislatore. Seguirò quindi mutamenti culturali (che preludono forse a cambiamenti strutturali), mutamenti in cui dunque, la dottrina rivendica il ruolo di protagonista. L' idea

(2) Cfr M.R. Ferrarese, *Le istituzioni giuridiche della globalizzazione* (2001). Vedi S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale* (2003).

(3) La nozione di contesti di produzione e contesti di ricezione è messa a fuoco da Diego Lopez Medina, *Comparative Jurisprudence*, Harvard Law School (2001).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è cogliere i momenti di cambiamento profondo avvenuti in questi ultimi vent'anni cercando di coglierne il senso di massima.

3. Da qualche tempo ci si interroga sulle ragioni di un fenomeno che è oggi sotto gli occhi di tutti. Il modello giuridico degli Stati Uniti d'America, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, circola nel mondo più di ogni altro. Gli Stati Uniti da contesto di ricezione si sono trasformati nel più poderoso contesto di produzione di modelli, stilemi, e regole giuridiche del mondo globalizzato (4).

Gioverà osservare questa importante trasformazione perché si tratta del riflesso speculare di quanto avvenuto in Europa, dove la trasformazione ha seguito un itinerario opposto: da produzione a ricezione.

Gli Stati Uniti coloniali ricevono dalla madre patria la prima fondamentale "appartenenza" sistemologica al mondo di common law. Certo, il diritto coloniale fu radicalmente diverso da quello inglese, ma non si può negare che dall'Inghilterra le colonie americane prima e, dopo l'indipendenza, gli Stati Uniti, abbiano recepito la fondamentale centralità delle Corti e della giurisprudenza fra le fonti del diritto.

Non molti anni dovettero trascorrere perché il contesto di ricezione statunitense, ormai dotatosi di una Costituzione scritta, scavalcasse la stessa madre patria, nel primato del giudice e della giurisprudenza fra le fonti del diritto. Già dal 1803 il giudice Americano si è arrogato il potere di dichiarare una legge invalida, per contrasto con la sua propria interpretazione del (vago) dettato costituzionale (5). Quasi duecento anni ci sono voluti perché gli inglesi, parzialmente, accedessero alla subordinazione del processo di produzione giuridica politicamente legittimato al processo di interpretazione professionale del giudice (6). La sovranità parlamentare piena fu da sempre la chiave del sistema di Westminster.

---

(4) Ho analizzato questo fenomeno in U. MATTEI, *Why the Wind Changed. Intellectual Leadership in Western Law*, 42 Am. J. Comp. Law. 195, (1994).

(5) Cfr. Marbury v Madison, 6 U.S 137, (1803).

(6) Come noto, in Inghilterra la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo è stata incorporata, dopo un lungo dibattito, come un vero e proprio Bill of Rights. Cfr. D. LECKIE - D. PICKERSGILL, *The Human Rights Act Explaines*, London, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il caso Bush v. Gore, quello in cui la Corte Suprema Federale ha "deciso" le prime elezioni presidenziali del nuovo millennio, ci mostra quanto gli Americani siano stati capaci di rendere spettacolare la sovranità del giudiziario (7).

Gli Stati Uniti indipendenti, ricevono dai philosophes francesi gran parte della retorica sui diritti individuali e sulla proprietà privata. Tale ricezione, solitamente legata al nome di Madison, viene incorporata nella Costituzione, in particolare nel Bill of Rights (8). La vocazione universalistica di quelle concezioni filosofiche non è mediata in America dallo statalismo giacobino. I diritti di proprietà non devono convivere con un apparato pubblicistico che strutturalmente e profondamente li limita. I diritti universali, incorporati nella concezione statunitense del diritto internazionale, sono recepiti e divengono parte della "supreme law of the land".

Ancora una volta il modello importato viene amplificato e spettacolarizzato in un contesto di ricezione che già ha saputo dotarsi di soluzioni originali —- in particolare che ha già amplificato il ruolo delle Corti. Sul piano interno, la ri-distribuzione dei diritti di proprietà (nel senso più ampio del termine, quello consegnato loro dalla tradizione economica) ad opera delle agenzie amministrative e del legislatore viene limitata, considerata costituzionalmente inaccettabile, e comunque relegata ad un periodo storico eccezionale quale il New Deal. Le corti si ergono a paladine dei diritti di proprietà, contro la ridistribuzione politica: l'attuale giurisprudenza della corte Rhenquist in materia di espropriazione mostra come la partita sia stata largamente vinta dalle concezioni proprietarie più assolute, universali ed intolleranti di ogni intervento distributivo (9).

Sul piano del diritto internazionale, le Corti Statunitensi, dotate di eccezionali strumenti coercitivi, rivendicano giurisdizione globale, in civile ed in penale, universalizzando ancor più la già rozza ed

(7) Su questo caso la letteratura è ormai cospicua sia sotto forma di libri che di articoli. Una buona collezione di saggi si può trovare nel volume 2002 della rivista monografica *Law and Contemporary Problems* pubblicata dalla Duke University Law School.

(8) La più vivace trattazione resta a mio parere G. GILMORE, *The Ages of American Law*, (1983) tr. it. *Le grandi epoche del diritto americano*, (1987).

(9) Cfr. per una ricostruzione comparativa attenta al dato economico, A. PRADI, *Il problema del valore dei diritti*, Trento, (in corso di stampa).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

etnocentrica concezione universale dei diritti degli illuministi e dei gius-naturalisti. Le corti statunitensi, basano sempre più aggressivamente le loro pretese di giurisdizione universale sull'"incorporazione" del diritto internazionale nella costituzione federale. Vecchi strumenti normativi, studiati per sconfiggere la pirateria d'alto mare nel diciottesimo secolo, vengono ristrutturati e consentono alle Corti statunitensi di rivisitare episodi storici lontani, quali la tragedia dell'Olocausto, con una spettacolarizzazione della giurisdizione che non ha uguali nel mondo (10).

Gli Stati Uniti si discostano ancor più radicalmente dal modello inglese, se l'osservatore delle fonti sposta la sua attenzione dalla giurisprudenza alla dottrina. Mai prima di Cristopher Columbus Langdell, un sistema di common law aveva legato la formazione del ceto dei giuristi al mondo universitario. Ed ancora una volta siamo di fronte ad un' importazione dalla vecchia Europa. Ed ancora una volta siamo di fronte ad una spettacolarizzazione ed amplificazione locale del modello (tedesco) di riferimento traslocato nel panorama istituzionale del contesto di ricezione. Il modello del professorato tedesco, la peculiarità di un ceto di giuristi accademici a tempo pieno, il contatto fra il mondo del diritto e la "cultura alta" della tradizione universitaria, tutte importazioni d'oltre Atlantico, sono amplificate e rese spettacolari dal modello universitario privato della neonata tradizione accademica di Harvard e della Ivy League. L'educazione del giurista ed insieme ad essa una gran parte della sua legittimazione, è trasferita in blocco nelle mani di "scienziati". Il diritto visto come scienza, naturale all'inizio, sociale poi, spinge il discorso giuridico d'oltre oceano fino ad un limite che mai, prima d'allora, era stato raggiunto: il diritto diviene ingegneria sociale e infine tecnologia (11). Ancora una volta sono condizioni specifiche del contesto di ricezione che amplificano l'input europeo. L'insegnamento e la ricerca universitaria non sono, come in Germania, un bene pubblico offerto in primo luogo dallo Stato. Sono attività che

(10) Ho discusso questi temi in U. MATTEI & J. LENA, *United States Jurisdiction over conflicts Arising Outside of the U.S. Some Hegemonic Implications*, Global Jurist Topics (2001), www.bepress.com.

(11) Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, (1995).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

devono mantenersi sul mercato, un mercato fortemente competitivo, che deve "vendere" prodotti di immediata utilizzazione. Ed è così che la "law school" deve diventare scuola professionale, politecnico: deve dimostrare di saper formare ed immettere sul mercato tecnici sempre più specializzati e "riconoscibili" come il prodotto di una certa scuola. Il realismo a Yale e alla Columbia, il Legal Process ad Harvard, la Law and Economics a Chicago, sono soltanto gli epifenomeni più accademicamente visibili di una spasmodica ricerca della diversificazione, volta ad attrarre studenti sempre più ambiziosi e qualificati, sottraendo clienti alle scuole concorrenti (12). In America, primo e (ancor per poco unico) modello al mondo la facoltà giuridica si trasforma, come Medicina, Ingegneria o Architettura, in *graduate school*, rivolgendosi a studenti già dotati di una qualche formazione universitaria di base. Nel progetto professionale del giurista accademico statunitense, trasformato in tecnocrate, sostenere la reputazione e l'immagine della propria scuola di appartenenza non è questione di buon vicinato accademico ma di interesse personale. Si tratta di investire nel logo del proprio successo. Questa forma mentale viene riprodotta a livello internazionale dove gli accademici Americani regolarmente mostrano eccezionale lealtà nei confronti del proprio modello, finendo per non vederne i guasti ed i limiti.

4. In queste condizioni il diritto degli Stati Uniti si presenta all'appuntamento con la "globalizzazione" economica e con la nascita delle sue istituzioni giuridiche. Ricco in prestigio— insieme all'intera tradizione di common law — già dal dopoguerra; libero dalle pastoie del positivismo normativo, grazie alla necessità di sviluppare "principi generali" volti a guidare il ragionamento giuridico del giurista in una pluralità di Stati; accompagnato da una incessante retorica auto-congratulatoria, divenuta parte essenziale del progetto professionale del giurista statunitense (13).

Grazie a questi ingredienti essenziali, il diritto Statunitense non

(12) Una importante discussione critica di queste dinamiche si può leggere in D. F. Noble, *America by Design. Science, Technology and the Rise of Corporate Capitalism* (1977).

(13) Cfr. E. Grande, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*; (2000).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poteva che esercitare un fascino irresistibile fra i giuristi della provincia — almeno quelli più curiosi intellettualmente — soffocati dalla limitatezza culturale cui si trovavano costretti in casa propria da decenni di statalismo normativo e di burocratizzazione delle istituzioni accademiche e giudiziarie. Tutto ciò anche senza considerare l'imponente sforzo propagandistico volto ad accreditare alla concezione Americana della *rule of law,* ed alla sua mancanza nell'area comunista, il merito della fine della guerra fredda.

La *rule of law* americana si vede riconosciuta la palma dell'apoliticità, una patente essenziale per il successo planetario di un movimento giuridico (14). La Banca Mondiale ed il Fondo Monetario per la prima volta a partire dagli anni novanta finanziano progetti e ricerche nel campo del diritto. Il diritto non è più oggetto di uno scontro politico fra blocchi contrapposti. La legalità socialista non contrasta più la *rule of law*. Il diritto non è più né politica né cultura ma ingegneria istituzionale. In quanto tale, diviene parte fondamentale dei progetti di "aggiustamento strutturale", volti a smantellare ogni concezione della statualità incompatibile con le ricette monetariste e post-keynesiane (15).

Quasi per incanto, il vento era mutato. L'Europa da contesto di produzione era trasformata in contesto di ricezione. Un fenomeno visibilissimo, in Svizzera come in Italia, in Germania come in Olanda, ma anche in Spagna ed in Grecia. L'avanguardia giuridica cita e si ispira agli Americani. Gli studenti brillanti vogliono fare il master in America. Gli Americani sono gli ospiti prestigiosi, cui sempre più spesso vengono conferite lauree honoris causa ed altri riconoscimenti. Sforzi istituzionali ingenti vengono dedicati a promuovere modelli e stilemi neo-Americani (16). L'Associazione Europea di Analisi Economica del Diritto, fondata sul finire degli anni ottanta, costituisce forse l'esempio più interessante. L'egemonia si

(14) Si veda D. KENNEDY, *Three Globalizations*, in corso di stampa in "Suffolk Law Review".

(15) Il più interessante luogo dove familiarizzarsi con la letteratura più influente sulle ricette seguite dalla Banca Mondiale e dal Fondo Monetario è la bibliografia giuridico-economico-istituzionale offerta dal sito www.worldbank.org

(16) Cfr. W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, 39 Am J. Comp. Law 229 (1991).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fonda sul consenso. Nel mondo globale la costruzione di apparati ideologici non richiede più l'iniziativa dello Stato o del Partito.

5. In concomitanza con il mutamento del vento, il pensiero accademico Americano sviluppa i tratti necessari per l'esercizio dell'egemonia. Nell'ambito del realismo giuridico, fenomeno complesso, ed eccezionalmente duraturo in terra statunitense, collochiamo gli ultimi significativi episodi di ricezione, e di apertura culturale nella dottrina d'oltre oceano. È ben noto come Pound leggesse e citasse i francesi, come Llewellyn conoscesse e si ispirasse ai tedeschi, come Cardozo conoscesse e si abbeverasse a tutte le grandi culture giuridiche Europee, e come i giuristi "immigrati", da Kessler a Schlesinger, abbiano svolto nel corso degli anni cinquanta, sessanta e settanta un eccezionale opera di "cosmopolitizzazione" della scena giuridica statunitense.

Il primo movimento di pensiero squisitamente originale (ed esclusivamente parrocchiale) negli Stati Uniti è stato il c.d. Legal Process, fiorito ad Harvard negli anni cinquanta come prima reazione forte al dominio realista sull'accademia Americana (17). La scuola del legal process, nasce e si sviluppa in strettissima simbiosi con il particolare substrato istituzionale degli Stati Uniti d'America. Non è un caso che i suoi contributi più significativi siano stati offerti nel diritto pubblico, né probabilmente uno studio tanto sofisticato delle alternative istituzionali percorribili avrebbe potuto essere sviluppato lontano dagli Stati Uniti. Nessun diritto al mondo ha saputo sviluppare un sistema giudiziario federale completo, e l'allocazione istituzionale delle competenze decisionali è da sempre il problema prioritario che il giurista americano, pratico o teorico, deve affrontare. Nel lavorio quotidiano del giurista statunitense, le preoccupazioni legate alla giurisdizione, alla scelta del diritto applicabile, alla possibilità o meno di ottenere *discovery*, al rimedio eventualmente ottenibile, sono assai più presenti e determinanti delle discussioni sul diritto sostanziale. Era quindi in qualche modo naturale che sul piano teorico si cercasse di sviluppare, prima o poi, una assiologia delle opportunità percorribili, al fine di recuperare un minimo di

(17) Si veda A. Di Robilant, *Movimenti e Scuole Post-realisti*, in *Digesto Discipline Privatistiche. Appendice* (2003).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella prevedibilità che il realismo giuridico aveva tramutato in una chimera. Da qui il contributo teorico fondamentale della scuola del *legal process*: la capacità di mostrare come il luogo istituzionale della decisione determini i contenuti della stessa ([18]). Ma la lezione teorica, in qualche modo generalizzabile oltre il contesto specifico statunitense, è stata colta molto successivamente, perché gli studiosi del *legal process* avevano in mente un problema locale (la perdita di prevedibilità dovuta al predominio realista) ed offrivano soluzioni a loro volta strettamente legate al contesto locale. Strettamente parrocchiali, se si vuole, ma anche strettamente originali perché nulla di simile era stato mai tentato altrove.

Spostare il discorso dal contenuto delle decisioni (diritto sostanziale) a chi debba decidere che cosa, (legal process) costituisce una vera rivoluzione epistemologica, destinata ad offrire frutti e conseguenze non secondarie. Fra queste una notevole facilità a spostare il discorso dalla giustizia all'efficienza. Nella scelta su chi debba decidere, la capacità di farlo in modo efficiente non può non essere altamente rilevante. Sicché le condizioni ambientali per guardare il diritto dal punto di vista dell'efficienza, senza eccessiva preoccupazione per l'abbandono della giustizia sostanziale, non derivarono negli Stati uniti soltanto dalla presenza di economisti nelle facoltà di giurisprudenza (una innovazione figlia del realismo) né esclusivamente da un' oscillazione del pendolo, nuovamente attratto verso le grandi teorie di ispirazione formalista, in reazione agli effetti nichilisti di certa parte del realismo.

Quali che siano le spiegazioni storiche, e quale che sia il rapporto, sicuramente ambiguo, fra realismo, *legal process* e analisi economica del diritto, sta di fatto che quest'ultima costituisce, fin dall'origine, un paradigma squisitamente Americano, intimamente parrocchiale e altamente originale. Il legame con gli economisti (nuovo ceto sacerdotale), e soprattutto la mutata percezione del rapporto fra Stato e mercato nell'ambito della globalizzazione, fanno dell'analisi economica del diritto il paradigma dominante nella globalizzazione giuridica.

Beninteso, legal process ed analisi economica non esauriscono

---

([18]) Cfr. HART & SACKS, *The Legal Process* (1994). Per una applicazione al contesto italiano, P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile* (1998).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'intero ambito dei movimenti post-realisti negli Stati Uniti. Una varietà di scuole critiche, a loro volta raggruppabili in diverse sottoscuole, completano il panorama (19). Ma tale varietà di paradigmi, che taluno ha raggruppato sotto l'etichetta di post-moderni (20), non inficia la percezione di un diritto accademico Americano, profondamente incentrato su problematiche domestiche, o comunque sostanzialmente auto-referenziale, come si conviene ad un modello dominante, tutto incentrato a parlare piuttosto che ad ascoltare, ad insegnare piuttosto che imparare.

Un modello accademico che comunque ha raggiunto, forse per la prima volta in un sistema di common law, la piena consapevolezza del proprio ruolo fra le fonti del diritto.

Grazie all'eccezionale crescita di consapevolezza della dottrina ed al ruolo conquistato dalle grandi Università, gli Stati Uniti inaugurano così il primo ordinamento al mondo fondato su due grandi controlli professionali sul processo politico: le corti, titolari dell'ultima parola sulla legittimità costituzionale, e l'accademia, titolare della legittimazione scientifica e tecnologica (21).

Non può sfuggire all'osservatore critico come la titolarità del controllo sul potere politico conferisca a sua volta potere politico. Un potere politico di due istituzioni che, come direbbero gli studiosi del *legal process*, non hanno "né la spada né la borsa". Due istituzioni politiche reattive capaci di radicare profondamente i caratteri di quanto recentemente definito "adversary legalism". (22) Due istituzioni politiche incapaci per struttura a svolgere efficacemente qualsiasi ruolo ridistributivo: sicché, in piena sintonia con le indicazioni dei nuovi guru neoliberisti, tanto maggior potere viene allocato a queste istituzioni reattive, tanto più limitate saranno le possibilità della ridistribuzione egualitaria, propria di assetti istituzionali proattivi ed interventisti.

Non è un caso che proprio lo sviluppo di questi assetti istituzionali reattivi, considerati tecnologici e non politici, figuri come

(19) Cfr. Di Robilant, cit. *supra*, nt. 17.

(20) Cfr. G. Minda, *Movimenti giuridici postmoderni* (2001).

(21) Mi sia consentito un rinvio a E. Grande-U. Mattei, Voce *Stati Uniti*, in *Digesto Discipline Privatistiche*.

(22) Cfr. R. Kagan, *Adversary Legalism*, (2002).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primo carattere degli aggiustamenti strutturali che instancabilmente il Fondo Monetario Internazionale pone come condizione per l'accesso al credito.

6. In concomitanza con lo sviluppo negli Stati Uniti dei tratti somatici di un sistema giuridico egemone, il diritto in Europa sembra aver sviluppato i tratti caratteristici di un contesto di ricezione. Anche qui la nostra analisi non può esser che condotta per rapidissimi cenni.

Innanzitutto, come ovvio, si incontrano immediatamente difficoltà a parlare di un sistema giuridico "europeo", non tanto per la polisemia del termine Europa, quanto perché il ruolo e l'importanza culturale dei sistemi nazionali offre indubbi caratteri di resistenza all'omogeneizzazione che una trattazione sistemologica generale dell'"Europa" inevitabilmente comporta.

Anche soltanto restando confinati all'Europa dei Trattati, non possiamo che osservare un modello giuridico composto dall'aggregato di una moltitudine di famiglie giuridiche. Non solo, come ovvio, il common law ed il civil law, ma anche la bipartizione, prestigiosamente sponsorizzata da Zweigert, Kötz, e Rudolf Schlesinger, fra un' area Francocentrica ed un' area Germanica all'interno del civil law. A ciò possiamo aggiungere un modello scandinavo, a sua volta portatore di tratti profondamente originali; un modello tradizionalmente "misto" quale quello scozzese capace di mostrare la forza ma anche la debolezza delle specificità culturali giuridiche di fronte all'uniformità linguistica; un modello spagnolo, a sua volta dotato di caratteristiche proprie, dove i tratti locali mantengono aspetti di vivezza impensabili altrove; un modello "post-socialista" quale quello della ex DDR (destinato a crescere enormemente in importanza all'interno del diritto Europeo con le prime nuove accessioni di Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovenia ecc.). Tutto ciò ci ammonisce di quanto difficile sia, in tali condizioni di diversità strutturale, affrontare il discorso dell'Europa come un entità generale ai fini di comparazione con gli Stati Uniti d'America.

D'altra parte, sappiamo bene che, nel diritto comparato come in ogni altro ambito del sapere, le tassonomie sono mezzi e non fini, sicché proprio questo aspetto di diversità strutturale profonda costituisce, ai fini della comparazione con gli Stati Uniti, il tratto sistemologico dominante del diritto Europeo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I caratteri più salienti del contesto di ricezione, sono enfatizzati dalla diversità e dalla balcanizzazione, non soltanto quella giuridica ma anche quella linguistica e culturale. È noto che i sistemi giuridici "minori" quelli che mancano dei requisiti minimi per l'autosufficienza economica e culturale (anche soltanto l'auto-percezione di essere una grande cultura) tendono a sviluppare maggiori tratti di cosmopolitismo giuridico, spinti dalla necessità di accesso al dialogo culturale internazionale. Un ottimo esempio di questa disposizione alla "ricezione" si ritrova, per esempio, nella cultura giuridica israeliana, ma chiunque abbia esperienza internazionale può verificare i tratti aperti di una cultura di ricezione anche in Svizzera, Olanda, Scozia o Portogallo.

Sembra cioè possibile percorrere una scala immaginaria in cui i contesti giuridici sono caratterizzati da un tratto di apertura inversamente proporzionale con l'autosufficienza culturale (vera o presunta). Più un sistema si sente culturalmente autosufficiente, meno è disposto ad imparare dagli altri, sicché i confini fra egemonia e autarchia culturale non sono mai netti. Tendenzialmente, i sistemi egemoni sono anche culturalmente autarchici (si pensi alla Francia dell'Esegesi o alla Germania della Pandettistica) anche se i sistemi culturalmente autarchici non sono necessariamente egemoni (si pensi all'Italia della neosistematica o all'Inghilterra fra il dopoguerra e la fine della Guerra Fredda) (23).

I tratti di apertura culturale che abbiamo visto propri dei sistemi subordinati sono tradizionalmente assenti dai sistemi giuridici Europei maggiori, quali la Germania o la Francia. Ovviamente anche qui sono necessarie molte distinzioni, ma non è tuttavia un caso che, nell'ultima parte del "secolo americano", proprio questi paesi mostrino segnali di apertura assai maggiore. Quasi una disponibilità, del tutto nuova, ad "imparare" dal sistema egemone.

7. Poste queste premesse, ed osservando ora la cultura giuridica Europea non soltanto come aggregato di diverse culture giuridiche nazionali, ma anche come "nuova" cultura giuridica transna-

(23) Trattazioni autorevoli dei tratti salienti della tradizione di *civil law* e di quella di *common law* con particolare sensibilità per le diverse epifanie all'interno delle due si trovano in A. Gambaro & R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, (1996).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionale (24), ci troviamo di fronte ad una cifra nettamente subordinata, direi quasi culturalmente colonizzata dal modello economico, politico, giuridico dominante: gli Stati Uniti d'America.

Rimandando a più approfondite dimostrazioni di questo assunto, mi limiterò qui, per brevissimi cenni, ad osservare alcune variabili. Innanzitutto, è ormai ben documentato come gli stessi gruppi di pressione transnazionale che determinano gran parte del processo politico statunitense siano particolarmente attivi ed efficaci nel determinare il processo di produzione normativa di Bruxelles: può dirsi che le medesime filosofie politiche dominanti ispirino l'orientamento politico del contesto di produzione e di quello di ricezione. Filosofie politiche che trovano nel Fondo Monetario Internazionale la sede dell'elaborazione teorica, e nell'Organizzazione Mondiale del Commercio il proprio principale strumento di efficacia normativa (25).

Non è una novità, per chi sia familiare con la letteratura di diritto comparato, segnalare come un'ampia varietà di norme positive che sono parte fondamentale del nuovo diritto privato Europeo, dal diritto dei consumatori, all'antitrust, al *corporate governance,* testimonino l'influenza di modelli e stilemi americani. Né costituisce una novità osservare come la *senior pars* del diritto privato Europeo, sia dominata sul piano della cultura professionale dalla produzione "informale" dei grandi studi legali internazionali, a loro volta portatori di un dialogo transoceanico che ha in New York e Londra i propri punti focali. Così come da tempo si segnala, secondo un modello che riproduce nel rapporto fra Stati Uniti ed Europa quello fra madre patria e colonie, come le *law schools* statunitensi siano diventati i principali centri di formazione del giurista Europeo con ambizioni globali. Costui o costei sempre più sovente completa la propria formazione Europea con un master in America (e sempre più spesso anche con un ulteriore periodo di pratica legale in loco) prima di tornare in Europa e svolgere le proprie funzioni di avvocato in un grande studio.

Qualche osservazione in più può invece svolgersi andando al cuore delle fonti del diritto privato: la codificazione. È proprio in

(24) Cfr. M. HESSELINK, *The New European Legal Culture* (2002).

(25) Cfr. W.K. TABB, *L'Elefante Amorale*, tr. it. (2002), pp. 82 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quest'ambito che si possono riscontrare nuovi e più profondi fenomeni di influenza culturale, ed è a questo proposito che l'osservatore critico deve sollevare perplessità e preoccupazioni. Anche qui sarebbero necessarie maggiori precisazioni contestuali. Occorrerà almeno menzionare che l'americanizzazione della nuova periferia Europea non può in nessun caso comprendersi come fenomeno di sovrapposizione del diritto così come questo è *vigente e vivente* negli Stati Uniti. L'importazione è parziale e si esaurisce in grande misura ad un livello retorico. Si importano soltanto i tratti del modello Americano che maggiormente incoraggiano l'espansione del capitalismo globale, mentre si lasciano a casa quei tratti maturati nel corso di una profonda e spesso entusiasmante esperienza storica statunitense, che costituiscono, nel contesto di produzione, "le forze vive del diritto" (26). Così, ad esempio, mente si importa il *corporate governance* all'americana, fondato su una teoria dell'impresa come nesso di contratti, si lasciano oltre oceano le *class actions* ed i potenti strumenti nelle mani delle minoranze. Strumenti che, se non sono stati capaci di evitare disastri delle proporzioni di Enron, Arthur Andersen e Worldcom, pur sempre vigilano a che l'illegalità dei *white collars* non dilaghi del tutto incontrollata, e certamente introducono aspetti di resistenza alla più intollerabile rapacità degli interessi finanziari di breve periodo. Gli stessi interessi forti, che negli Stati Uniti lottano senza esclusione di colpi per limitare i danni punitivi, per contestare le *class actions*, (27) e per sterilizzare ogni nuovo strumento istituzionale volto a ridurre i conflitti di interesse, ma che localmente incontrano resistenze altrettanto forti ed organizzate, trovano in periferia un livello d'attenzione e di resistenza assai minore e riescono così a rinviare all'infinito il metter mano alla creazione anche in Europa di strumenti capaci di creare una legalità effettiva.

8. Il dibattito sul c.d. nuovo diritto privato Europeo, costituisce un esempio interessante a mio parere di queste dinamiche di importazione parziale, di delegittimazione della legalità istituzionale

(26) Cfr. lo splendido saggio di L. NADER, *The Life of The Law*, (2002) tr. it. *Le Forze Vive del Diritto*, in corso di stampa.

(27) Cfr. NADER, *cit*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

effettiva, di conseguenze drammatiche in termini di confusione delle priorità istituzionali, sempre a favore dei suddetti "interessi forti" (28).

Anziché metter mano ai più profondi e problematici aspetti istituzionali che rendono il diritto privato europeo incapace di creare e mantenere regole del gioco autorevoli ed effettive, il dibattito degli ultimi quindici o vent'anni si è in larga misura arroccato intorno alla questione del "Codice Civile Europeo". Si tratta di un interessante oggetto di riflessione, perché la "questione codice" in Europa si colloca ad un livello culturale profondissimo (29), quasi viscerale, sicché interrogarsi sulle motivazioni profonde e sulle dinamiche più o meno consapevoli di questo processo, costituisce quasi un' esercizio di psicanalisi sociale, con tutti i benefici ed i limiti di tale approccio. Ma poiché sostengo che l'ultima parte del lungo ventesimo secolo ha trasformato l'Europa in periferia e forse in colonia, la psico-analisi sociale alla Franz Fanon, per intenderci, offre spunti radicalmente critici di innegabile interesse, anche se molti possono onestamente dissentire sulle opzioni normative (30).

Introdurrò questi problemi al lettore italiano osservando comparativamente il processo di creazione del codice del '42 con quanto sta avvenendo in Europa oggi (31).

In Europa oggi, molti dei temi di fondo che già appassionarono i grandi civilisti italiani nella fase preparatoria della codificazione del 1942 si stanno riproponendo. Come allora ci si interrogava sulla necessità di un nuovo Codice, altrettanto oggi ci si domanda se sia proprio necessario ri-codificare, a fronte di una pluralità di codici che tutto sommato svolgono adeguatamente la loro funzione. Ci si chiede poi a quale livello di fonte debba avvenire la codificazione

(28) Ho sviluppato quest'argomento in U. MATTEI, *Hard Code Now!*, in *Global Jurist Frontiers* 2002, www.bepress.com.

(29) Cfr. A. GAMBARO, voce *Codice*, in *Digesto Discipline Privatistiche*. Civile.

(30) Cfr. F. FANON, *Les Damnés de la terre* (1961) e, in particolare, la prefazione di J.P. Sartre.

(31) Una monografia dei "Quaderni Fiorentini" è stata dedicata alla Codificazione. Si fa rinvio a quella sede per l'opinione di diversi maestri espressa in un importante convegno fiorentino. Qualche spunto anche in U. MATTEI & A. DI ROBILANT, *Il lungo addio. Il Codice Civile Italiano nel Bicentenario della Codificazione Napoleonica*, in VOGEL (ed.), *Livre du Bicentenaire du Code*, in corso di stampa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(direttiva o regolamento), quasi a riprendere la grande (e probabilmente fasulla) alternativa codificazione-legge speciale su cui tanto rifletteva Vassalli. Ci si interroga sulle specificità del diritto dei consumatori e del diritto commerciale, proprio come allora ci si poneva il problema della commercializzazione del diritto civile… (32).

Naturalmente, il contesto è molto diverso non soltanto perché la dottrina europea, divisa da barriere linguistiche, è meno omogenea di quella italiana dell'epoca, ma anche perché, come visto, il baricentro della produzione intellettuale del diritto privato si è oggi spostato negli Stati Uniti. Sposato come referente forte un modello di common law, evidenti risultano le diversità proprio sul piano profondo delle fonti del diritto, sicché i temi del dibattito odierno risultano influenzati non poco dalla diversità profonda del contesto di produzione. In altre parole, mentre i giuristi Italiani affaticati a preparare il codice del '42 si misuravano con modelli di riferimento della tradizione romanista, i giuristi europei oggi si misurano con un pluralismo (anche estetico) di fonti normative che pone sul tavolo della riflessione opzioni del tutto nuove. A chi sarebbe venuto in mente di proporre seriamente l'alternativa *Restatement* senza il modello di riferimento statunitense?

Il diritto privato è anche cultura ed identità storico-politica, sicché la sostituzione di una pluralità di codici (o di esperienze non codificate) con un solo Codice Europeo comporta una rottura drammatica con il passato e allo stesso tempo rappresenta un momento fondativo sul piano politico-costituzionale (33). Se, pertanto vi è una differenza importante più di ogni altra nella vicenda della codificazione italiana del '42 quando comparata con quella Europea di oggi, essa si colloca a livello di dibattito politico. Mentre infatti la valenza politica del processo di codificazione era perfettamente presente alla cultura civilistica italiana di quel periodo, oggi la cultura giuridica Europea sembra ripiombata in un'operazione di

(32) Il dibattito ha ormai prodotto una letteratura abbondantissima. Si veda HARTKAMP, HONDIUS, HESSELINK, *Towards a European Civil Code*, (2000[2]).

(33) Si veda L. MENGONI, *L'Europa dei Codici o un Codice Per l'Europa?*, in Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Università di Roma, vol. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diniego psicologico di tale valenza (34). La ricezione del modello statunitense ha veicolato una concezione del giurista quale ingegnere sociale, professionista volto a edificare un impianto tecnologico. Questo giurista tecnocrate, rifiuta di misurarsi con la realtà politica assumendo la neutralità e la tecnicità del suo compito (35).

A parlare di Codice Civile Europeo si è incominciato nel 1989 a seguito di una raccomandazione del Parlamento Europeo, poi reiterata nel 1994, in cui la sola istituzione dotata di legittimazione politica sembrava indicare l'opportunità di percorrere questa via a causa degli eccessivi costi ed ostacoli che la diversità giuridica frappone al traffico transfrontaliero. Tale raccomandazione fu raccolta in modo tiepido dalla cultura giuridica dominante e fu interamente ignorata dalle altre istituzioni fino a questi ultimissimi mesi in cui in rapida successione sono apparsi un libro verde della Commissione (redatto in particolare dalla Direzione Generale 24, quella relativa ai consumatori e alla salute pubblica), una nuova Raccomandazione del Parlamento (assai più dettagliata in modi e tempi) ed una dichiarazione del Consiglio, che sembrano aver messo in moto il processo in modo inarrestabile (36).

I giuristi europei, in maggioranza tradizionalmente conservatori, temevano un cambiamento così importante anche perché la complessità del diritto offre grandi opportunità di ritorni professionali al ceto che ne monopolizza la conoscenza (37). La sinistra delle cattedre, scoperto in ritardo il mercato ed ubriaca delle sue virtù taumaturgiche, sta sperimentando una stagione marcatamente postmoderna sicché una codificazione generale e le scelte che essa inevitabilmente comporta, le impongono assunzioni di responsabilità anche politica di cui non sa farsi carico (38). Essa si è perciò arroccata dietro la tutela della diversità e del pluralismo culturale,

---

(34) Cfr. HESSELINK, *The Politics of European civil code*, in *Global Jurist Frontiers* (2001).

(35) Si veda da ultimo L.M. FRIEDMAN, *American Law in the Twentieth Century*, 572 ss. (2002).

(36) Si veda U. MATTEI, *Hard Code Now!*, in *Global Jurist Frontiers*, 2002.

(37) Cfr. MATTEI, *The Issue of Private Law Codification and Legal Scholarship. Biases, Strategies and Developments*, 22 Hastings Int. and Comp. L. Rev 883, (1998).

(38) Cfr. MATTEI & DI ROBILANT, *International Style e Postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Primi spunti critici*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.* 2001, 89 ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lasciando campo libero alla logica liberista e non interventista tipica del modello statunitense attuale. Se tutto ciò si colloca nella tendenza generale all'americanizzazione del diritto privato in Europa si spiegano agevolmente le varie proposte di codificazione mite (c.d. *soft law*) che paiono prendere piede.

Tale ideologia mite (soft con il capitale multinazionale quanto ad imporre limiti alle sue pratiche "efficienti", ma sempre più hard nei confronti dei ceti deboli che dalle decisioni del capitale dipendono) finirà per prevalere se un dibattito così fortemente politico continua ad essere contrabbandato come tecnico e neutrale, utilizzando logiche e strategie bugiarde smascherate da oltre settant' anni nel pensiero giuridico critico.

La maggior parte delle proposte oggi sul tavolo, lungi dall'interrogarsi sulle condizioni politiche e culturali di fondo in cui il nuovo diritto privato europeo pone le proprie radici, assumono come naturale punto di arrivo un codice *soft*, neutrale, tecnico, efficiente, facilitante e non vincolante. Un modello di codice in netta rottura con la tradizione civilistica Europea le cui radici positivistiche, assolutistiche e giacobine sono ormai considerate insopportabili dai più.

Il modelli di riferimento più accreditati, il *Restatement* e lo *Uniform Commercial Code* sono infatti entrambi statunitensi, con il che si evidenzia ancor più la disponibilità della "nuova" cultura giuridica Europea ad accettare lezioni provenienti d'oltre oceano anche negli ambiti in cui da oltre duecento anni i giuristi romanisti sono maestri. Ma non si tratta soltanto di osservare questo fenomeno di sudditanza psicologica. Si tratta di comprendere come le ricette *soft* negli Stati Uniti siano sostenibili soltanto perché calate in un sistema di fonti profondamente diverso da quello Europeo attuale. Un sistema in cui la giurisprudenza primeggia ed in cui le corti sono dotate di tutti gli strumenti di efficacia indispensabili per dettare e rendere effettivamente vincolanti le regole del gioco. Nulla di tutto ciò esiste in Europa, sicché la sacrosanta critica del positivismo giuridico rischia di condurre a gettare il bambino insieme all'acqua sporca, delegittimando ed indebolendo culturalmente e politicamente le scelte (spesso sociali) contenute nei codici.

Un filone di pensiero critico (le cui azioni, crollate dopo la caduta del muro di Berlino, sembrano oggi risalire prepotentemente,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spinte dall'evidente brutalità delle implicazioni politiche del modello neoliberista della globalizzazione imperante) fondava l'analisi dell'egemonia su due pilastri fondamentali: la forza e la persuasione. L'ideologia come falsa coscienza, a sua volta, offriva lo strumento più efficace per ottenere il consenso, indispensabile per ottenere una duratura subordinazione. Alla produzione di ideologia sono preposte alcune élites la cui attività fondamentale sembra essere quella di confondere l'ideologia con la scienza. Tali élites sono normalmente portatrici di interessi propri, normalmente derivanti da più o meno marcati privilegi sociali conseguenti allo status.

Se osserviamo le dinamiche culturali del sistema delle fonti europee nell'ambito di un tale strumentario critico, non possiamo che cogliere aspetti preoccupanti. L'élite dei giuristi europei risulta oggi nettamente divisa nell'ambito di un fenomeno di dualismo, un tempo osservabile ed osservato soltanto nello studio dei sistemi economici del c.d. terzo mondo. Un nuovo gruppo sociale di giuristi, strettamente limitato ai paesi nordici (Olanda, paesi Scandinavi, Germania ed Inghilterra), padrone dell'anglofonìa e sovversivo di precedenti gerarchie interne di prestigio accademico, domina la scena e decide l'ordine del giorno del dibattito. Tale gruppo dominante, una vera Alleanza del Nord, capace di favorire la penetrazione del modello americano egemone, coopta da contesti diversi alcune individualità, a loro volta anglofone, promovendo costoro ad interlocutori sul tavolo della cultura giuridica "alta". In tal modo si cerca di far fronte al difetto di legittimazione anche culturale che deriva dal lasciar indietro la *major et senior pars* della cultura giuridica latina, quella che non si esprime in inglese e che non ha posto il dialogo con gli Americani al centro delle proprie preoccupazioni.

La retorica *soft* ed efficientistica, tecnologica e fintamente scientifica, costituisce l'arma principale di questa operazione di potere che ha come risultato finale, l'inversione del rapporto fra diritto e mercato, sicché il secondo viene utilizzato a governo del primo e non viceversa (39). Ma la natura ideologica di tale operazione non può sfuggire a chi tenga conto del fatto che il mercato è a sua volta un'istituzione che non vive e non può vivere e svilupparsi in modo

(39) Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato* (2000).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

efficiente e sostenibile senza regole del gioco dotate di effettività, capaci di internalizzare gli effetti esterni, di limitare e neutralizzare i conflitti di interesse ed i monopoli, capaci di produrre informazione attraverso l'offerta pubblica ed indipendente della cultura e degli altri beni pubblici (40).

Il sistema delle fonti del diritto costituisce l'insieme complesso di queste regole del gioco. Questa è la ragione principale per cui l'onestà intellettuale richiede uno sforzo costante ed instancabile di comprensione ed analisi del contesto di produzione delle norme prima di propagandarne l'introduzione nel contesto di ricezione. Qualche anno fa, in Italia, ipnotizzati dalla macchina spettacolare che propone instancabilmente la concezione americana (privatizzata) della *rule of law*, abbiamo importato la procedura penale all'americana, senza curarci di comprendere il contesto di produzione e le dinamiche istituzionali profonde (come per esempio la giuria) che rendono in qualche modo sostenibile quel modello (41). Tale ricezione, promossa da un'élite specialistica (parte della quale si è poi messa in evidenza offrendo servizi giuridici ad alcuni dei principali beneficiari di tali riforme) non è stata accompagnato da alcuno sforzo serio di comprensione e di critica da parte degli storici e degli studiosi dei sistemi giuridici comparati, i soli dotati professionalmente del bagaglio culturale che avrebbe consentito di prevedere e scongiurare per tempo il disastro che ne sarebbe seguito.

In Europa oggi, con il codice civile, si sta facendo la costituzione economica della nuova Europa. Saprà essere la costituzione di un blocco forte, autorevole e responsabile capace di assumersi le proprie responsabilità politiche economiche e storiche anche nei confronti dei paesi in cui i beni che consumiamo vengono prodotti (spesso da donne e bambini orribilmente sfruttati) (42)? O, come più probabile, sarà la costituzione economica di un'altra provincia, subordinata ed incapace di produrre resistenza e saggezza? L'espe-

(40) Cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti* (2002).

(41) Cfr. E. GRANDE, *Italian Criminal Justice. Borrowing and Resistance*, 48 Am. J. Comp. Law 227 (2000).

(42) Si vedano simili interrogativi in P. BOURDIEU, *Controfuochi 2. Per un nuovo movimento europeo* (2001). Un'analisi del c.d. processo costituente in Europa, in costante comunicazione con le problematiche globali è ora in S. CASSESE, *Lo spazio*, cit. pp. 39-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rienza di tre lustri trascorsi dall'introduzione del codice di procedura penale "all'americana", in cui l'Italia ha svolto la funzione della cavia europea, e la miriade di nuove proposte di "privatizzazione" della giustizia propagandate da interessi forti e corrotti, coadiuvati da pseudo-analisi scientifiche, impongono nuovi doveri alla cultura critica.

La vicenda della codificazione civile italiana può perciò vedersi come un interessante esempio a livello di fonti del diritto in Europa di consapevolezza politica e sociale. Certo, le drammatiche condizioni imposte nel ventennio alle libertà civili, economiche e politiche degli italiani stimolarono l'atteggiamento partecipe, politicamente consapevole, e talvolta resistente di tanta civilistica. Le condizioni di oggi, a livello europeo, solo apparentemente sono migliori, se soltanto si fuoriesce almeno intellettualmente dal piccolo mondo di privilegi che l'occidente riserva al ceto dei giuristi, e si prende coscienza delle condizioni drammatiche che il modello di sviluppo monistico, prodotto dalla *Pax Americana*, impone alla moltitudine dei senza diritti, che l'Europa dopo aver sfruttato per secoli, oggi esclude senza pietà.

Il processo di codificazione è, oggi come allora, un percorso gravido di implicazioni politiche. Un processo politicamente rischioso perché rischia di "naturalizzare" e legittimare l'attuale condizione di un mercato che scarica a sud i propri effetti esterni, codificando le regole del gioco senza attenzione alle violazioni delle medesime che avvengono nel corso di processi produttivi che si svolgono fuori dai confini del mercato comune Europeo (43). Ma si tratta anche di una grande occasione politica, in cui una cultura giuridica consapevole e matura potrebbe richiamare l'attenzione alle grandi distorsioni del mercato globale, tracciando regole del gioco responsabili, che quanti intendono operare sul mercato europeo devono rispettare ovunque nel mondo.

Sta alla sensibilità politica di ciascun giurista, oggi come allora, schierarsi dall'una o dall'altra parte di un'alternativa che può essere succube degli attori forti del mercato dietro al paravento dell'ingegneria sociale, o che può invece porre le basi fondamentali di un

(43) La più potente recente analisi di questa dinamica è L. NADER, cit. nt. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altro modello di mercato, dinamico ed in comunicazione costante con i luoghi ed i produttori delle merci in esso vendute.

9. Gli Stati Uniti ricevono dall'Europa le strutture portanti della tradizione giuridica occidentale. Le amplificano, le esagerano, le rendono spettacolo (44), e le rispediscono al mittente deformate ed irriconoscibili. Ciò che fu il contesto di produzione non riconosce il proprio seme; si appropria avidamente di ciò che pare una novità seducente e scintillante quanto l'immagine della giustizia ritratta dall'industria di Hollywood. Ma l'immagine che si riceve non è il diritto statunitense. Ne è mero apparato ideologico, mera immagine riflessa, priva di effettivi contatti con la realtà e con il contesto. L'immagine riflessa ha comunque un impatto. Essa spinge il nuovo contesto di ricezione a smantellare le proprie strutture portanti, ritenute obsolete, senza curarsi di rimpiazzarle con altre dotate di sufficiente effettività.

(44) Vedi G. Debord, *La Società dello Spettacolo* (1967).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

31

(2002)

L'ordine giuridico europeo:
radici e prospettive

TOMO II

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SILVANA SCIARRA

DI FRONTE ALL'EUROPA. PASSATO E PRESENTE DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. Metodo comparato e metodo europeo. L'esempio italiano. — 1.1. Il passato del diritto del lavoro italiano. — 1.2. Il presente. — 2. Il linguaggio sincronico del diritto del lavoro. Alla ricerca di una destinazione europea. — 3. Diritto del lavoro e 'sensi di colpa'. Alla ricerca di un equilibrio delle fonti.

1. *Metodo comparato e metodo europeo. L'esempio italiano.*

Per impostare una comparazione diacronica nel diritto del lavoro, in linea con quanto si prefigge questo volume della *Rivista*, ho ritenuto di dover prendere le mosse da un ambito circoscritto. Il primo obiettivo è verificare se e come, tenendo conto di una impostazione disciplinare specialistica e di un solido impianto costituzionale dei diritti sociali, il diritto europeo sia riuscito — lentamente, ma pervicacemente — ad affondare le sue radici nell'ordinamento italiano.

Il secondo obiettivo consiste nel valutare se, quando lo sguardo si dirige verso alcuni temi che, anche fuori dall'Italia, hanno inciso sul patrimonio culturale dei giuristi del lavoro e sui loro strumenti di analisi, la lingua adottata si fa sincronica, pur nelle inevitabili sfaccettature di una comunicazione aperta e mutevole fra ordinamenti diversi.

Una lettura delle principali vicende legislative e giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'evoluzione della materia non può non seguire lo svolgersi nel tempo di avvenimenti che riguardano l'integrazione del mercato e, successivamente, l'avvio dell'Unione monetaria. Il terzo obiettivo ha a che fare, pertanto, con la precisazione di un ruolo del diritto del lavoro — in quanto disciplina

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ancora prevalentemente calata nelle competenze legislative nazionali — nel quadro delle politiche macroeconomiche europee.

La comparazione diacronica dimostra, a questo riguardo, che gli obiettivi prioritari del mercato e della moneta non hanno contaminato il diritto del lavoro fino al punto da condizionarne lo sviluppo, privandolo di una sua propria identità. L'emersione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo segue un suo percorso lento, ma continuo, intrecciato con una complessa revisione istituzionale volta a creare un nuovo equilibrio fra competenze statali ed europee (1).

Un sincretismo linguistico più spinto — se è concesso usare questa terminologia per un ordinamento, come quello europeo, in cui proprio la diversità delle lingue nazionali meglio simbolizza la ricchezza delle molteplici culture — si fa notare soprattutto con l'avvio della Strategia europea per l'occupazione, dopo il vertice di Lussemburgo del 1997 e l'introduzione nel Trattato di Amsterdam del Titolo VIII. Il Metodo aperto di coordinamento, una nuova tecnica regolativa che dalle politiche occupazionali si sta estendendo ad aree contigue, quali l'inclusione sociale, le pensioni e forse anche la sicurezza sociale, si muove su direttrici interdisciplinari e basa le sue probabilità di riuscita su percorsi virtuosi di informazione e di apprendimento. Per i giuristi del lavoro, adusi alla sfida che proviene dal metodo interdisciplinare, gli spunti di riflessione circa la centralità della materia hanno a che fare non tanto con una inutile difesa dei suoi confini disciplinari, quanto con la ricerca di una sua interna coerenza.

1.1. *Il passato del diritto del lavoro italiano.*

L'uscita dei giuristi del lavoro italiani da ambiti solo nazionali di riflessione si deve, soprattutto dagli anni sessanta in poi, alla diffusione di un raffinato ed originale metodo di comparazione, influenzato prevalentemente dagli scritti di Otto Kahn-Freund e dal suo diretto coinvolgimento nell'organizzazione di gruppi di ricerca (2).

---

(1) La *Convenzione sul futuro dell'Europa*, presieduta da V. Giscard d'Estaing, affiancato da G. Amato e J.L. Dehaene, è stata varata dal Consiglio Europeo di Laeken, del 14 e 15 dicembre 2001.

(2) Nella cerchia di giuslavoristi che facevano capo a Kahn-Freund vi era Gino

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non si può dare conto in questa sede dell'inesauribile impulso che la ricerca militante voluta, promossa, coordinata ed ispirata da questo fertile studioso ha impresso a singoli ricercatori e ad istituzioni, incluse quelle comunitarie. Ciò che si può fare è tracciare un percorso di avvicinamento al diritto europeo tramite gli strumenti della comparazione giuridica. L'apparente scarsa attenzione rivolta ad un ordinamento sovranazionale atipico — come certamente doveva apparire la CEE e prima ancora la CECA agli occhi di giuristi impegnati nella elaborazione di nuove categorie interpretative del diritto interno — si deve leggere come esigenza di dare precedenza al consolidamento di uno 'stile italiano' (3) nel quadro variegato del diritto del lavoro europeo.

Fin dagli inizi degli anni cinquanta, la dottrina italiana si interroga circa l'autonomia della materia e rincorre una 'terza dimensione' per superare e risolvere un inutile quanto sterile dualismo fra una sua anima pubblica ed una contrapposta anima privata (4). La divisione fra diritto pubblico e diritto privato, a lungo accettata e coltivata dai giuristi italiani, fu lucidamente individuata come dato caratteristico — ed in verità un po' anomalo — in una delle prime indagini comparate dedicata allo studio dell'ordinamento italiano. In quel contesto si indicò il diritto del lavoro come una delle

---

Giugni, come egli stesso ricorda nella *Intervista* concessa a P. ICHINO, *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, p. 429. Si veda inoltre T. TREU, *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano*, in "Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.", 1979, ed anche in R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano 1980; G.G. BALANDI e S. SCIARRA (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, Roma 1982.

(3) L'espressione è mutuata da J. MERRYMAN nel suo contributo in M. CAPPELLETTI, J. MERRYMAN, J. PERILLO, *The Italian Legal System*, Stanford 1967.

(4) Come ricordato da G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in "Quaderni Fiorentini", 1999, pp. 615-16, in cui si richiama il primo congresso internazionale di diritto del lavoro tenutosi nel 1951 a Trieste (*Atti del Primo Congresso Internazionale Di Diritto Del Lavoro*, Ed. Univ. di Trieste 1952). In quel primo Congresso — si veda ad esempio la relazione di Udina e le comunicazioni sul tema — spazio fu dedicato al diritto internazionale del lavoro ed alla sua formazione. In quell'occasione si praticò un terreno di analisi non troppo frequentato dalla dottrina italiana successiva. Si segnala la relazione di ASCARELLI, *Formazione di un diritto comune del lavoro*, p. 40 ss., un vero e proprio 'manifesto' delle funzioni del diritto comparato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discipline emergenti più adatte a mettere in crisi una tale dicotomia (5).

Nel 1951 nacque la CECA, con il Trattato di Parigi. Questa Comunità, fondata su presupposti pragmatici e su esigenze contingenti — ma non per questo meno valide (6) — di unificazione del mercato del carbone e dell'acciaio, diede luogo ad importanti esperimenti di riconversione produttiva e di formazione professionale per i lavoratori interessati dalle trasformazioni delle imprese carbosiderurgiche. La CECA, se confrontata con la CEE, pose un più forte accento sulle politiche sociali e mostrò un 'dogmatismo' meno spinto nelle politiche di liberalizzazione del mercato (7). Ciò era da attribuire, come è stato sostenuto in termini più generali, alla scelta dei governi nazionali di trovare un'alternativa al mancato trattato di pace dopo la fine della seconda guerra mondiale e di bilanciare il raggiungimento di interessi esclusivamente nazionali con la perdita di una parte della sovranità nazionale (8).

Nella seconda metà degli anni cinquanta, quando videro la luce il Rapporto Spaak ed il Rapporto Ohlin (9), era fervido in Italia il dibattito circa l'impatto delle norme costituzionali sul diritto del lavoro. La dottrina si preparava con accortezza a rivisitarne i prin-

---

(5) J. MERRYMAN, in CAPPELLETTI et al., *The Italian Legal System*, cit., p. 211. In anni successivi il diritto del lavoro venne, invece, lasciato fuori dalle riflessioni promosse dall'Associazione Italiana di Diritto Comparato. Si veda *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982.

(6) Sull'importanza storica del Trattato CECA v., più di recente, le interessanti riflessioni di C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, pp. 46-7.

(7) Secondo l'opinione di A. e G. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Parigi 1993 (VIII ed.), p. 160.

(8) È questa la nota tesi di A. MILWARD, *L'Europa in formazione*, in *Storia d'Europa*, vol. I, *L'Europa oggi*, Torino 1993, in particolare p. 189 ss.

(9) Un'analisi accurata di questi importanti documenti — entrambi prodotti nel 1956 — è fornita da S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, il Mulino, Bologna 2003, p. 44 ss. Opportunamente si segnala l'importanza del Rapporto Ohlin nell'affermare l'utilità oltre che l'opportunità del mantenimento di sistemi sociali differenziati all'interno degli Stati Membri. In tema S. DEAKIN, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in P. DAVIES, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, S. SIMITIS, *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford 1996, p. 63 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cipali istituti, alla luce dei nuovi principi democratici introdotti dalla Carta costituzionale. Lo scenario fornito ai padri fondatori da questi autorevoli Rapporti rafforza l'idea, confermata dalla ricerca più recente e documentata, che la dimensione sociale non fosse estranea ai costruttori dell'Europa e neanche dimenticata, quanto piuttosto difficile da coordinare con la missione prioritaria del Trattato, protesa alla creazione di un mercato comune.

Tuttavia, se si sfogliano i principali manuali, la nascita della CEE, con il Trattato di Roma del 1957, sembra avvenire in un contesto lontano dalle preoccupazioni del diritto del lavoro italiano. In quegli anni di avvio della Comunità esisteva, con molta probabilità, una profonda scissione fra una élite di burocrati impegnati nel perseguire l'integrazione europea (10) e gli ambienti accademici, soprattuto quelli specialistici, ancora privi di una forte identità scientifica, quali erano gli ambienti giuslavoristici del tempo. Nel dibattito contemporaneo una tale cesura sembra in gran parte superata. Il ruolo del giurista del lavoro attento agli sviluppi del diritto europeo si è fatto in anni recenti assai pregnante e talvolta carico di implicazioni simboliche oltre che pratiche sul piano della elaborazione delle politiche legislative.

Con ciò non si vuol dire che la dottrina italiana fosse sorda ai richiami inviati da un ordinamento sovranazionale in formazione. Uno dei primi volumi, pubblicati nell'ambito dei seminari organizzati da Giuliano Mazzoni presso l'Istituto di diritto del lavoro dell'Università di Firenze, è dedicato alla politica sociale comunitaria degli esordi (11). I contributi in esso raccolti, eterogenei nello stile e nel metodo adottato, rivelano, anche a distanza di tempo, l'esigenza avvertita dagli studiosi di affiancare all'analisi giuridica, talvolta molto dotta e sofisticata (12), un'informazione accurata circa le

(10) L'atteggiamento 'filo europeo degli alti funzionari del Ministero degli Affari Esteri' è segnalato, come elemento di forte continuità nel perseguire gli obiettivi comunitari, da T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna 2001, p. 94, in un capitolo dedicato all'Italia ed alle sue diverse fasi di avvicinamento all'Europa.

(11) *La politica sociale della Comunità Economica Europea*, Milano 1960.

(12) Il volume sopra citato include un elegante contributo di O. KAHN-FREUND, *Alcuni problemi relativi alla composizione delle controversie di lavoro sotto il profilo del diritto comparato*, p. 77 ss., tema quanto mai estraneo alle competenze del diritto comunitario e tuttavia, a detta dello stesso autore, utile a comprendere che la strada di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politiche sociali comunitarie, sia per i loro contenuti, sia per le modalità seguite dalle istituzioni nella loro elaborazione.

L'armonizzazione dei sistemi nazionali apparve fin da allora agli osservatori lungimiranti un obiettivo posto al termine di un cammino impervio. Anche per questo sembrò importante non perdere di vista la funzione e l'evoluzione delle altre fonti internazionali, in particolare quelle dell'OIL, nello sforzo di adeguamento degli standard nazionali a quelli sovranazionali (13). L'obiettivo era di tenere aperto nel nostro come in altri paesi europei, un sistema di circolazione degli standard di tutela (14), proficuo per formare una cultura giuridica meno ripiegata su se stessa e più aperta alla comprensione del ruolo delle istituzioni internazionali nelle trasformazioni del diritto. Si tratta — è bene sottolinearlo — di tentativi isolati all'interno del panorama italiano, sia dottrinale che giurisprudenziale (15).

È soprattutto nella fucina di giuristi europei voluta dall'Alta Autorità della CECA che spiccano, fra le altre, le acute intelligenze dei migliori giuristi del lavoro italiani. In una voluminosa raccolta di studi intitolata '*Collezione di diritto del lavoro*' si trovano i presupposti di conoscenza indispensabili alla costruzione di un moderno diritto del lavoro ed anche i germi di un metodo comparato indipendente, non condizionato dalle istituzioni committenti e, proprio per questo, proficuo per il legislatore sovranazionale. Nonostante il vuoto di poteri istituzionali della CECA nel campo delle politiche

---

un diritto sovranazionale è aperta dallo studio degli ordinamenti nazionali. Altri contributi sono affidati a funzionari delle istituzioni comunitarie.

(13) Nello stesso volume *La politica sociale*, cit., si veda L. GILARDI RIVA SANSEVERINO, *L'attuazione delle Convenzioni internazionali del lavoro nella CEE e, in particolare, nell'ordinamento italiano*, p. 61 ss., in cui si rammenta che in quegli stessi anni di avvio della CEE era in preparazione la Carta Sociale Europea del Consiglio di Europa, il cui presupposto era quello della osservanza da parte degli stati membri delle norme minime contenute nelle Convenzioni dell'OIL.

(14) Ho usato questa terminologia nell'analisi di avvenimenti recenti che hanno costretto il diritto del lavoro a guardare simultaneamente in più direzioni per cogliere l'influenza sincretica di fonti internazionali fra sé diverse. Si rinvia a S. SCIARRA, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, p. 473 ss.

(15) Come osservò M. OFFEDDU nelle conclusioni del suo libro, *Le convenzioni internazionali del lavoro e l'ordinamento giuridico italiano*, Padova 1973, p. 200.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociali (16), l'ansia di conoscenza degli ordinamenti nazionali del lavoro creò un clima aperto di confronto fruttuoso ed espose i giuristi nazionali alla comprensione di ordinamenti diversi.

Nel 1959, la creazione di una associazione fra editori specializzati in materie giuridiche ed attivi in più paesi consentì la pubblicazione contemporanea dei volumi della collana in quattro lingue. L'integrazione attraverso la ricerca giuridica, in quel fortunato esperimento, tributò rispetto alle lingue nazionali ed alle particolari implicazioni del linguaggio tecnico-giuridico. Quest'ultimo, come è noto, non è mai asettico, ma serve ad illustrare l'origine ed il significato di importanti istituti caratterizzanti l'ordinamento nel suo complesso e dunque conduce a capire le diversità, invece di assimilare dentro formule comuni funzioni diverse delle norme giuridiche.

Nell'arco di circa un decennio, dal 1958 in poi, Luigi Mengoni fornì il suo contributo a molte delle pubblicazioni promosse dalla CECA, incentrate sui più significativi istituti della materia (17). A questo autore, ben noto nel resto d'Europa anche al di fuori di questa disciplina, si deve una attenzione non rituale nei confronti dei temi comunitari, poi confermata nel tempo (18).

Sotto l'egida della CECA si colloca anche un volumetto prezioso per la costruzione di una spiccata identità del diritto del lavoro italiano. Nel 1964 Gino Giugni tracciò in modo sintetico ed efficace i contorni dell'originale sistema nazionale di contrattazione collettiva e scrisse il rapporto di sintesi, relativo ai sei paesi membri (19).

---

(16) L'art. 3 e) del Trattato CECA faceva riferimento ad una generica promozione delle condizioni di vita e di lavoro, mentre l'art. 46. 5 affidava all'Alta Autorità il compito di promuovere l'informazione, consultando i governi nazionali per rendere possibile un tale miglioramento. Non è nostalgico, ma semplicemente informativo, il riferimento alla cessazione dell'attività della CECA ed al Protocollo annesso al Trattato di Nizza che si occupa degli aspetti finanziari e della destinazione del fondo per la ricerca.

(17) Si veda di recente M. Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, in "Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.", 2002, p. 151 ss., che cita in bibliografia tutti i contributi di Mengoni nella Collezione di diritto del lavoro della CECA.

(18) L. Mengoni, *Libera circolazione dei lavoratori*, in *La Comunità economica europea*, Corso di lezioni litogr., Milano 1975. Sullo stesso tema Mengoni aveva già pubblicato un saggio in *Dir. Lav.* 1970, p. 165 ss.

(19) G. Giugni, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgica e mineraria*, Milano 1964. Giugni ha anche curato il rapporto finale, basato su

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'attenzione di questo autore per il diritto vivente, oltre che per il diritto positivo, nonché la sua familiarità con l'ordinamento nord-americano, lo resero omogeneo alla cerchia di comparatisti che si formò intorno a Kahn-Freund. Anche se il lavoro del *Comparative labour law group,* di cui Kahn-Freund fu solo ispiratore, senza mai farne parte (20), non fu orientato alla produzione di studi direttamente funzionali all'elaborazione di politiche comunitarie, esso creò un patrimonio comune di nozioni ed una metodologia sofisticata di analisi comparata a cui le generazioni successive di studiosi di vari paesi hanno potuto attingere.

Più lenta appare la sistemazione di una materia — come il diritto comunitario del lavoro — all'interno dei manuali. Si deve alla dottrina internazionalista la diffusione accurata degli elementi di diritto comunitario che hanno avvicinato gli specialisti di diritto del lavoro al linguaggio, oltre che alle tecniche regolative proprie di un ordinamento sovranazionale (21).

È da ricordare che viene dalla Francia uno dei primi e più

---

rapporti nazionali dei sei paesi aderenti. Si v. CECA, Alta Autorità, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie della Comunità 1953-1963*, Lussemburgo, giugno 1967.

(20) Come riferisce B. AARON, *The Comparative Labor Law Group: a Personal Appraisal*, in "Comparative Labor Law", 1977, p. 229 ss. Il gruppo ha prodotto varie pubblicazioni citate da Aaron, a cui si deve anche un interessante resoconto del modo di impostare la comparazione.

Kahn-Freund collaborò anche alle pubblicazioni della CECA. Si veda, ad esempio, un suo efficace rapporto di sintesi in *I rapporti tra datori e lavoratori sul piano aziendale. Forme e funzioni*, Bruxelles 1967. Ciò conferma una sua eccezionale funzione di collegamento fra i vari piani in cui si svolgeva la ricerca lavoristica comparata ai suoi esordi.

(21) G. GAJA, *La giurisprudenza della Corte Comunitaria sulla politica sociale*, *Pol. Dir*. 1977, che riproduce una comunicazione al Convegno *'Politiche comunitarie e giurisprudenza della Corte di giustizia'*, tenutosi a Siena nel settembre 1977; F. POCAR, *Diritto comunitario del lavoro*, vol. 13 dell'*Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da G. MAZZONI, Padova 1983. Si noti che la stessa Enciclopedia ospitò un corposo volume di F. DI CERBO e G. ZANGARI, *Il diritto del lavoro dei paesi dell'Europa continentale partecipanti alla CEE*, Padova 1984. In esso — in una fase ormai avanzata della vita della Comunità — con una curiosa trovata, non è incluso il Regno Unito, in quanto paese a *common law*, accorpato pertanto in altri volumi della stessa opera enciclopedica con Stati Uniti, Canada ed Australia. L'opera citata, oltre all'estrema opinabilità del metodo adottato, si pone in controtendenza rispetto al metodo in precedenza promosso dai volumi della CECA, volto ad approfondire gli studi di diritto nazionale dei paesi membri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riusciti contributi della dottrina nel proporre una lettura congiunta delle norme internazionali e delle norme propriamente europee di diritto del lavoro (22). Non si vuole con questo richiamo attrarre l'attenzione su una citazione bibliografica, quanto piuttosto porre in evidenza la terminologia — diritto sociale e non diritto del lavoro — adoprata nel titolo. Per lungo tempo si è posto il problema, non solo linguistico, di chiarire quanta parte del diritto sociale comunitario rientrasse nel diritto del lavoro e quanto l'espressione 'politiche sociali', ricorrente nel gergo comunitario, fosse compatibile con l'evoluzione di sistemi normativi di diritto del lavoro a livello nazionale. Si vedrà in seguito come questo problema si è gradualmente attenuato, sia per uno sforzo nazionale di apprezzamento delle norme sovranazionali che via via emergevano dall'indistinto delle politiche sociali, sia per i mutati indirizzi che queste ultime hanno assunto.

Solo ad occhi distratti il passato del diritto del lavoro italiano, quello che, proprio mentre le Comunità europee erano agli albori, si andava consolidando intorno a valori costituzionali fondamentali, può apparire rinchiuso in un provincialismo asfittico. Si tratta in realtà, nonostante talune ritrosie, di un diritto in espansione verso orizzonti sovranazionali. La dottrina più attenta ha saputo agevolare una tale evoluzione senza abbandonare la difesa delle caratteristiche peculiari dell'ordinamento ed anche mantenendo vivo il pluralismo del dibattito scientifico, arricchito dalla combinazione di una matrice cattolico-sociale con una componente laica e riformista.

La lezione di Tullio Ascarelli, affidata ai giuristi del lavoro nel lontano 1951, affinché si superasse il 'nazionalismo positivista' attraverso il diritto comparato, sembra aver dato buoni frutti (23).

---

della Comunità, al fine di valutarne le assonanze o, più spesso, le dissonanze in funzione della comune adesione al Trattato istitutivo.

(22) G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, pubblicato da Dalloz (che nella prima edizione del 1969 si chiamava *Droit social européen*) ha avuto una grande diffusione. Dalla V edizione nel 1980 è firmato anche da A. Lyon-Caen. Il libro è giunto nel 1993 alla VIII edizione.

(23) T. Ascarelli, *Formazione*, cit., p. 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1.2. *Il presente.*

Su queste premesse si basa il presente del diritto del lavoro, aperto all'influenza del diritto europeo ed anche capace di influenzarlo. Per comprendere l'iniziale ritrosia della dottrina nell'affrontare temi connessi al diritto comunitario ed anche per giustificare certi suoi pregiudizi neppure apertamente confessati, occorre dire che il Trattato CEE sembrava perseguire obiettivi del tutto divergenti rispetto all'evoluzione di un diritto del lavoro da poco uscito dal bozzolo del diritto corporativo, pronto a volare alto sia sui cieli della giurisprudenza, sia su quelli della legislazione speciale.

L'Italia, come del resto la Francia che si era battuta fin dall'inizio per l'inserimento nel Trattato di alcuni standard di tutela (24), ha spesso assunto un atteggiamento orgoglioso nel preservare le sue prerogative di politica legislativa all'interno del territorio lavoristico (25).

Bisogna riconoscere, a distanza di tempo, che anche nella

(24) È noto l'impegno della Francia, fin dalla redazione del rapporto Spaak, per l'inserimento nel Trattato istitutivo degli articoli in materia di parità retributiva fra uomo e donna ed equivalenza nei periodi di ferie retribuite, affinché già nella prima fase del periodo transitorio si raggiungesse, attraverso l'armonizzazione di queste misure legislative, l'eliminazione di distorsioni nella concorrenza. La materia dell'orario di lavoro e del lavoro straordinario trovò collacazione in un Protocollo allegato al Trattato. Ne dà conto, dal punto di vista storico, F. LYNCH, *France and the Origins of the European Community*, in S. DAHL (a cura di), *National Interests and the EEC-EC-EU*, Trondheim 1999, p. 15 ss. I dettagli e l'analisi giuridica complessiva sono in O. KAHN-FREUND, *Labor Law and Social Security*, in E. STEIN (a cura di), *American Enterprise in the European Common Market. A Legal Profile*, Ann Arbor, The Univ. of Michigan Law School 1960, vol. I p. 325 ss.

(25) Basti pensare al lungo rifiuto dell'Italia di adottare la Direttiva n. 75/129 del 17 febbraio 1975 sui licenziamenti collettivi, in ragione della già esistente disciplina volontaria della materia contenuta in un accordo interconfederale del 1965. Il caso culminò con la condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia. Cfr. C 91/81, *Racc.*, 1982, p. 2133, e C 131/84, *Racc.*, 1985, p. 3531. Sul tema si veda il contributo di un'internazionalista, A. ADINOLFI, *Sull'attuazione in Italia della direttiva comunitaria concernente i licenziamenti collettivi*, in "Riv. Dir. Int.", 1983, p. 76 ss.

Ugualmente emblematica la vicenda della Direttiva 93/104, in materia di orario di lavoro. Per la mancata trasposizione, la Commissione ha fatto ricorso alla Corte di giustizia nel dicembre 2002, chiedendo pesanti sanzioni pecuniarie, anche a seguito della censura della Corte nei confronti dell'Italia. Cfr. *Commissione c. Italia*, 638/98, *Racc.*, 2000, p. 1277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

materia che qui ci interessa, l'approccio funzionalista tanto più ha mostrato la sua validità quanto più la posta in gioco era alta. L'impegno della Francia, dettato da interessi esclusivamente nazionali, ha avuto un insperato effetto di costituzionalizzazione della norma sulla parità retributiva fra uomo e donna per uno stesso lavoro (26). Un tale principio ha guadagnato negli anni un valore di gran lunga più solido rispetto all'obiettivo di tutelare la libera concorrenza nel mercato, eliminando misure potenzialmente distorsive.

L'Italia, forse a causa della minore solidità del suo sistema economico, non fu protagonista in tale vicenda e si riservò, in quella come in altre occasioni, uno 'spazio interstiziale' fra Francia e Germania (27). L'orgoglio nazionale ha, in taluni casi, assunto le caratteristiche di un adempimento lento, se non addirittura svogliato, agli obblighi di attuazione del diritto europeo, con la conseguenza di relegare l'Italia fra i paesi meno efficienti nel trasporre le direttive nell'ordinamento interno.

Un tale atteggiamento è cambiato, anche se non sono mancati casi di forte dialettica fra legislatore nazionale e istituzioni comunitarie circa i tempi ed i modi per attuare la trasposizione nell'ordinamento interno di talune riforme, in ossequio al principio di un mercato sempre più efficiente, perché libero da monopoli (28).

Si può solo speculare circa una distanza culturale del diritto del

---

(26) C. BARNARD, *The Economic Objectives of Article 119*, in T. HERVEY e D. O'KEEFFE, *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester 1996, p. 321 ss.

(27) Sarà questa la soluzione adottata anche in vista dell'Unione monetaria, secondo T. PADOA SCHIOPPA, *Europa*, cit., p. 105.

(28) Ho analizzato *Job Centre* come caso 'esemplare' nel rapporto fra Corte di giustizia europea e legislatore nazionale in relazione al lento e faticoso superamento del monopolio pubblico del collocamento. Rinvio a S. SCIARRA, *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, in EAD. (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford 2001, p. 241 ss. Un altro esempio di ritardo istituzionale si è avuto nell'uso dei fondi strutturali, divenuto più efficiente in anni recenti, mentre sempre critico rimane il rapporto con le istituzioni comunitarie in materia di aiuti di stato. Su questi punti si rinvia a T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna 2001, p. 86 ss. Si veda anche la recente sentenza (del 7 marzo 2002, in causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione CE*) con cui la Corte di giustizia ha confermato che taluni aspetti della disciplina degli sgravi contributivi concessi dal legislatore italiano nel caso di stipulazione di contratti di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lavoro italiano dalle matrici del diritto comunitario. A voler scegliere un esempio fra i tanti, si può osservare che, mentre in Italia si assisteva all'ascesa delle organizzazioni sindacali, pilastri portanti di un autonomo sistema di contrattazione collettiva e di autotutela sindacale, in Europa l'art. 118 del trattato istitutivo della CEE affidava alla Commissione il compito di 'promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati Membri nel campo sociale' per una serie di materie, fra cui 'il diritto sindacale e le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori'. Non è difficile comprendere che, a fronte di un impegno comunitario così vago, si scegliesse di indirizzare verso il diritto sindacale nazionale energie e sforzi propositivi.

Con il passare del tempo, quella che poté apparire nient'altro che una sfumatura nella semantica adottata dai padri fondatori, divenne il segno di un divario profondo, attenuato solo in parte dalle riforme intervenute successivamente. Si constatò, infatti, che le carenti basi giuridiche nel Trattato, da un lato, ed i meccanismi decisionali del Consiglio, improntati frequentemente al principio dell'unanimità, dall'altro, avrebbero potuto condurre ad una mortificazione del diritto del lavoro nelle sue molteplici funzioni.

Il passato ed il presente del diritto del lavoro italiano di fronte all'Europa si differenziano proprio in questo. Ad un iniziale atteggiamento di attesa prudente, subentra gradualmente un atteggiamento critico ed informato. Le acute punte di scetticismo che hanno segnato talvolta l'avvicinamento al diritto europeo (29), sono state controbilanciate dalla scoperta di una autonoma ed indipendente capacità di sintonizzare i contributi nazionali sulle onde delle politiche sociali europee, senza rinunciare ai principi fondanti della materia.

Il linguaggio del diritto comparato, nelle sue espressioni più sofisticate, è stato utilizzato, come si è visto, per perfezionare gli

---

formazione e lavoro sono da considerarsi aiuti di Stato, come tali in contrasto con la normativa comunitaria.

(29) Una voce scettica circa l'evoluzione delle politiche sociali europee è stata quella di Federico Mancini, uno dei più illustri giuristi del lavoro italiani, divenuto Avvocato generale presso la Corte di giustizia nel 1982 e poi nominato giudice nel 1988 fino al 1999, anno della sua morte. I suoi più importanti contributi al diritto europeo sono raccolti in F. MANCINI, *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Oxford 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strumenti di analisi del diritto interno e per accorciare le distanze dall'Europa. Per questo motivo, il linguaggio del diritto europeo potrebbe essere diacronicamente interpretato come una prosecuzione del precedente, quasi che, con il passare del tempo, il fine della comparazione sia divenuto il mettere a confronto l'ordinamento sovranazionale con gli ordinamenti nazionali degli Stati Membri, ricavandone una analisi a più piani, con implicazioni diverse a seconda della materia affrontata.

In realtà non è così ed anzi occorre mettere in guardia da una simile comparazione diacronica. Si dirà in seguito perché è importante, soprattutto nella fase attuale di integrazione europea, mantenere 'puro' il metodo della comparazione e liberarlo da implicazioni che ad esso non appartengono.

È rassicurante intanto constatare che sulla strada di un diritto del lavoro europeo metodologicamente indipendente si sta muovendo una nuova generazione di giuslavoristi, impegnata a valorizzare le peculiarità dell'ordinamento interno sia nella fase di proposta che dal livello nazionale si muove verso le istituzioni comunitarie, sia nella fase di risposta, ovvero di valutazione critica circa contenuti, tempi e modalità degli adempimenti comunitari (30).

L'ingresso nel presente del diritto del lavoro italiano — un presente condiviso con quello di altri paesi europei, più di quanto non lo fosse il passato — è segnato da alcuni tratti originali, che si tenterà di delineare brevemente, prima di affrontare — se si vuole in modo più sincronico — l'analisi dei temi che contraddistinguono l'evoluzione recente della materia.

Innanzi tutto si deve osservare con soddisfazione che la dottrina giuslavorista si è appropriata di uno stile maturo e dimostra fami-

(30) Il merito principale di una tale equilibrata operazione culturale va riconosciuto a Massimo D'Antona (del quale v. principalmente gli scritti di diritto comunitario e comparato del lavoro ora raccolti nel primo volume delle *Opere*, Milano 2000, p. 279 ss.). Esempi significativi, su problematiche recenti, sono, fra gli altri, M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia 2000; B. Caruso, *Il contratto collettivo europeo*, in *Diritto privato comunitario*, vol. II, *Lavoro, impresa e società*, a cura di V. Rizzo, Napoli 1997 ed anche *Alla ricerca della 'flessibilità mite': il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie, Dir. Rel. Ind.* 2000; B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, *Riv. Giur. Lav.* 2000, p. 779 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liarità con le fonti europee. I titoli dei manuali segnalano coraggio nell'accogliere una terminologia che riflette la volontà di contribuire a creare i principi fondatori di un ordinamento comunitario del lavoro, ancorché incompleto ed impreciso (31). Né va sottovalutata l'attenzione dedicata alla giurisprudenza della Corte di giustizia, proposta sia secondo un metodo casistico (32), sia accorpando filoni interpretativi e valutandone criticamente l'impatto su grandi settori della materia (33).

Su questo sfondo informato ed anche variegato, quanto alle opzioni metodologiche e di politica del diritto adottate, scorrono gli anni novanta, caratterizzati, come è stato efficacemente scritto, da un 'miscuglio tra l'obiettivo di non incrinare il consenso sociale e il desiderio di introdurre misure di deregolamentazione e di flessibilità' (34). Il dibattito politico fu segnato da una contrapposizione ideologica talvolta assai dura, che puntava a destabilizzare la scelta europea, descrivendola come sbilanciata, a causa dell'assenza di politiche occupazionali nelle linee-guida sulle politiche macroeconomiche emanate dal Consiglio europeo (35). L'instabilità dell'economia italiana non lasciava, nei fatti, ampi margini di trattativa nelle sedi europee e l'austerità fu apprezzata come una scelta necessaria dai protagonisti più consapevoli, incluse le organizzazioni sindacali (36).

---

(31) M. ROCCELLA e T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 1992 (III edizione 2002); A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna 1996; G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. I, Milano 1998 e vol. II, Milano 2001; R. FOGLIA, *Il lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, vol. XXVI, Tomo II, Torino 1999.

(32) M. ROCCELLA, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino 1999, II ed.

(33) M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997; R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova 2002.

(34) M. FERRERA e E. GUALMINI, *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme fatte e quelle che restano da fare*, Bologna 1999, p. 95. Si veda anche M. GIULIANI e C.M. RADAELLI, *Italian Political Science and the European Union, Journal of European Public Policy* 1999, p. 517 ss.

(35) Come ricorda un giuslavorista protagonista delle vicende politiche di quegli anni. Si veda T. TREU, *Politiche del lavoro*, cit., p. 84 ss.

(36) L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione*, Bari 1999, p. 64 ss.; L. BORDOGNA,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ai costi da pagare per l'ingresso in Europa, ma anche ai vantaggi di lungo periodo che da una tale scelta era verosimile aspettarsi, si può far risalire una errata biforcazione delle posizioni assunte dai giuslavoristi italiani. Comincia a svilupparsi in quegli anni un atteggiamento sotteraneo che si avvicina molto al senso di colpa. Non deve sorprendere questa metafora così poco vicina al linguaggio giuridico. Essa verrà riproposta nelle conclusioni di questo mio contributo per affermare che anche i giuristi possono soffrire per le proprie scelte represse e giungere ad esternare, specie nel ruolo di consiglieri del legislatore, comportamenti dettati da un incombente senso di inadeguatezza, più che da una interpretazione coerente del sistema di norme da riformare.

Il tracciato di avvicinamento all'Europa viene talvolta utilizzato per formulare una critica esasperata del sistema di diritto del lavoro, quasi a voler bruciare le tappe per conquistare rapidamente la meta, credendo in tal modo di poter emulare i paesi ritenuti più forti ed efficienti.

In questo atteggiamento che si può definire di rincorsa dell'Europa si cela, come dirò dopo, un equivoco di fondo ed una forzatura del ruolo innovatore del giurista del lavoro. Nel rincorerre la meta si rischia di piegare il metodo comparato a finalità contingenti, contaminando l'analisi giuridica con opzioni passeggere, talvolta lette in chiave esageratamente ideologica.

Ciò che invece non va perso di vista, anche nell'urgenza di adeguare l'ordinamento interno ad un contesto sovranazionale, è il ruolo delle tradizioni nazionali, vero e proprio contrappeso nel bilanciamento dei poteri e delle competenze legislative.

A ben guardare, gli anni novanta segnano l'avvio deciso di un processo dinamico di apprendimento — e non di mera dipendenza — dall'Europa, che si esplicita anche in un lento adeguamento delle strutture burocratiche dei Ministeri ed in generale dell'apparato burocratico coinvolto nell'attuazione delle politiche di risanamento. Non è casuale che anche le opzioni privilegiate nella comparazione con altri ordinamenti slittino dagli Stati Uniti, ritenuto in prece-

---

Unione monetaria e relazioni industriali in Europa, in *Stato e Mercato*, 1996, p. 467 ss.; M. D'ANTONA, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l'"autunno freddo" dell'occupazione*, ora in *Opere*, vol. II, Milano 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denza il modello da imitare per dinamismo del mercato e assenza di vincoli eccessivi, all'Olanda, paese considerato vincente sul piano della combinazione di flessibilità e tutela nelle riforme del mercato del lavoro (37).

Emblematica, a questo riguardo, è la vicenda legislativa del lavoro *part-time*. Il 'miracolo olandese' è stato invocato da più parti come l'esempio da seguire per incrementare l'occupazione attraverso il ricorso a forme di lavoro flessibile, estrapolando un po' surrettiziamente questo dato dal contesto generale del sistema di relazioni industriali, caratterizzate in quel paese da un alto tasso di concertazione e di consenso. Piuttosto che miracoloso, il caso olandese è stato descritto dagli studiosi più accreditati di quel fenomeno, come 'fortuito', ovvero non del tutto prevedibile nei suoi risvolti di crescita occupazionale, in quanto riconducibile allo spontaneo ritorno nel mercato di un alto numero di lavoratrici madri (38).

Il riferimento al caso olandese come caso da imitare è dunque da ricondurre nell'alveo di una corretta analisi comparata, utile a dimostrare gli effetti benefici di una flessibilità concordata, oltre che tutelata, nel rispetto delle tradizioni nazionali (39).

2. *Il linguaggio sincronico del diritto del lavoro. Alla ricerca di una destinazione europea.*

Nel tentativo non facile di selezionare gli avvenimenti che più hanno caratterizzato l'emersione del diritto del lavoro quale componente autonoma ed originale delle politiche sociali europee, si

(37) Questo rilievo pienamente da condividere è di FERRERA e GUALMINI, *Salvati*, cit., p. 131 ss., i quali osservano che gli 'architetti' del risanamento erano all'interno del Ministero del Tesoro e della Banca d'Italia ed i 'costruttori' si collocavano nel ceto politico più aperto ed attento, nonché fra i gruppi di interesse, con carattersitiche di forte interdipendenza.

(38) J. VISSER e A.C. HEMERIJCK, *'A Dutch Miracle'. Job Growth, Welfare Reform and Corporatism in the Netherlands*, Amsterdam Univ. Press 1997. Il fenomeno non è limitato all'Olanda, ma riscontrato in molti paesi dell'OCSE nel corso degli anni ottanta.

(39) Questo tentativo viene proposto in S. GIUBBONI, S. SCIARRA, *Introduzione* a *La regolamentazione del part-time in Europa*, in "Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.", n. 4 del 2000, ed ivi pure — nello stesso senso — l'analisi di A. LO FARO sul caso italiano. Il progetto di ricerca in questione si basa sullo studio della legislazione in materia di *part-time* in sette paesi dell'UE.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rischia di trascurare i dettagli o di apparire poco attenti rispetto al significato di taluni passaggi intermedi. La consapevolezza di correre questo rischio si contrappone alla curiosità di verificare se esiste una dimensione linguisticamente sincretica della materia nella sua ormai acquisita valenza europea. Per convincere chi legge che è opportuna la scelta in favore della curiosità, piuttosto che della completezza, occorre segnare qualche punto di riferimento nelle diverse fasi di avanzamento dell'integrazione europea.

Non vi è dubbio che l'avvio del mercato unico, nella seconda metà degli anni ottanta, impresse un ritmo più incalzante agli adempimenti degli Stati Membri, grazie ad un sistema più competitivo, in grado di stimolare il miglioramento progressivo delle politiche pubbliche. Si spiega in questi termini un forte ridimensionamento dell'armonizzazione per fare spazio al mutuo riconoscimento, una tecnica regolativa che, meglio di altre, assolve al compito di formalizzare gli standard di tutela, con il rischio non marginale di abbassarne il livello e l'intensità (40).

Anche se si rivendica all'Italia un ruolo non secondario nell'aver messo in moto gli ingranaggi istituzionali che condussero alla stipulazione dell'Atto unico (41), è pur vero che le implicazioni di tali scelte su piani di intervento molto specifici non erano chiare se non ad una minoranza di addetti ai lavori. Gli studi della Commissione per aprire le frontiere nazionali e consentire la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, furono per certi aspetti anticipati dalle mosse strategiche delle grandi società multi-

(40) Fra gli autori italiani si veda, per tutti, A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano 1999, p. 66, che parla del mutuo riconoscimento come 'alternativa' e non 'variante tecnica' dell'armonizzazione e mette in guardia dalle possibili 'derive deregolative' conseguenti ad una tale opzione. In generale si rinvia a F. Scharpf, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, trad. it., Bologna 1999, per un'ampia disamina dell'integrazione negativa e delle sue implicazioni nei processi di integrazione.

(41) Come ricordato da T. Padoa Schioppa, *Europa*, cit., p. 106, nel Consiglio Europeo di Milano del 1985 l'allora presidente del Consiglio Craxi ed il ministro degli esteri Andreotti adottarono a sorpresa il voto a maggioranza qualificata per avviare la Conferenza intergovernativa che poi approdò nella revisione del Trattato con l'Atto unico europeo. Si veda anche la ricostruzione dettagliata di quegli avvenimenti fatta da B. Olivi, *L'Europa difficile*, Bologna 1993, p. 279.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazionali, anche italiane (42). Le politiche sociali ancora una volta rimasero marginali rispetto all'obiettivo di fondo, ma rientrarono nel programma a lunga scadenza di Delors, già proteso verso le più significative riforme di Maastricht. La risposta a problemi non risolti all'interno di ciascuno stato veniva cercata nell'espansione del mercato europeo, lasciando aperti i dibattiti nazionali che ribadivano l'urgenza di rivedere le regole di fondo dei sistemi sociali (43).

Nelle varie fasi di avanzamento dell'integrazione europea il diritto del lavoro ha trovato ostacoli apparentemente insormontabili nel vincolo delle decisioni all'unanimità. Ha dovuto convivere, dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, con una prospettiva di sviluppo relegata alla materia della sicurezza e della salute, unico spiraglio aperto alle decisioni da prendersi a maggioranza qualificata. L'armonizzazione nel progresso fu posta come obiettivo da perseguire nell'emanazione di direttive in questa materia. Il linguaggio originario del Trattato istitutivo — il vecchio art. 117 — fu riproposto con impercettibili cambiamenti, nella convinzione, trascinatasi fino alla seconda metà degli anni ottanta, che dal buon funzionamento del mercato potessero scaturire sistemi sociali armonizzati.

Vi fu poi la stagione dell'apertura del diritto comunitario alle fonti collettive, avviata dal Trattato di Maastricht e consolidata con quello di Amsterdam. L'ingresso delle parti sociali sulla scena delle politiche sociali comunitarie ha complicato — ma anche enormemente arricchito — il processo decisionale, vincolando la Commissione a stringenti oneri di consultazione. Gli accordi collettivi, soprattutto quelli a cui pervengono le parti sociali a livello europeo, in un processo autonomo di formazione della volontà collettiva, furono concepiti — anche se così non è accaduto nella pratica — quali fonti vincolanti, in alternativa alla legge. Si trattò di un significativo passo avanti, anche se le concrete implicazioni sul piano

(42) Utile la ricostruzione delle posizioni dei maggiori gruppi industriali fatta da J. PALMER, *Trading Places*, Londra 1988, p. 30 ss.

(43) Fu la rapidità impressa al progetto del mercato unico che sottrasse 'il dibattito economico alle polemiche fra destra e sinistra', sotto la guida di una sinistra francese molto propensa ad avviare il progetto della moneta unica. Così C. MAIER, *I fondamenti politici del dopoguerra*, in *Storia d'Europa*, vol. I, Torino 1993, p. 364-366.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'ordinamento interno non furono immediatamente visibili in Italia come in altri Stati membri (44).

Queste importanti tappe dell'integrazione europea sono contrassegnate da una crescente presa di coscienza da parte dei giuristi del lavoro. Da un lato vi è l'urgenza di avvicinarsi alle fonti europee in modo consapevole e se necessario critico della 'europeizzazione' degli ordinamenti nazionali. Dall'altro si avverte, quasi come una forza contrapposta, l'esigenza di ritornare ai significati profondi del diritto nazionale e dunque di favorirne una 'rinazionalizzazione' (45). Nel ritorno alle radici si nasconde, tuttavia, una ambivalenza di fondo: nell'affermare punti di vista interni, nell'illustrare le ragioni storiche che ne confermano la validità, nel battersi per soluzioni coerenti con l'impianto territoriale della materia, si è consapevoli che i vincoli esterni posti dall'Europa sono, nella gran parte dei casi, ineludibili.

Dalla 'rinazionalizzazione' si passa a quella che si può descrivere come 'ri-europeizzazione', ovvero ri-consegna all'Europa di un modello nazionale modificato a causa della pressione posta dalle istituzioni sovranazionali e tuttavia confezionato secondo canoni nazionali. La strategia di delegare all'Europa, soprattutto attraverso il canale dei rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia (46), la soluzione di problemi domestici altrimenti non risolvibili, si confonde, in tal modo, con l'opposta strategia di porre sui legislatori nazionali il peso gravoso di sentenze che da Lussemburgo si espandono e penetrano nei confini degli ordinamenti nazionali.

La formula più adatta per descrivere questo intenso scambio di

---

(44) S. Sciarra, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis, *European Community Labour Law. Principles and Perspectives Liber Amicorum Lord Wedderburn*, cit., p. 189 ss. Gli accordi quadro stipulati dalle parti sociali a livello europeo sono stati fino ad ora tutti trasposti in direttive del Consiglio, anche se quest'ultimo non ne altera il contenuto e si limita ad allegarli alla direttiva.

(45) S. Simitis, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?*, in "Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind." 1994, p. 639 ss.

(46) J. Weiler, *Journey to an Unknown Destination: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, in "Journal of Common Market Studies", 1993, p. 422, parla di 'giuridificazione' delle controversie giudiziali e sottolinea lo scambio che i rinvii pregiudiziali avviano fra gli stati, in modo diverso dai normali rapporti diplomatici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punti di vista e di messaggi politicamente pregnanti è quella del dialogo, sia fra gli ordinamenti (47), sia fra le corti nazionali e la Corte di giustizia (48). Altre formule sono quelle della 'collaborazione' ovvero della 'cooperazione' (49). Entrambe segnalano l'opportunità, specie nel rapporto fra le corti, di usare il diritto europeo come strumento di integrazione, talvolta scavalcando il legislatore nazionale al fine di accellerare il processo di concreta attuazione della norma sovranazionale.

Nel campo del diritto del lavoro, l'attivismo delle corti ha fatto emergere interessanti risultati, tanto più se interpretati in chiave comparata ed orientati ad evidenziare il ruolo 'strategico' di altri soggetti, quali agenzie amministrative, enti di varia natura o studi professionali specializzati (50).

Prima ancora di venire metaforicamente adottata dalla dottrina per descrivere l'andamento dei rapporti fra Stati membri ed istituzioni europee a vari livelli, dialogo è espressione che figura anche fra le innovazioni introdotte dall'Atto Unico Europeo. Il 'dialogo tra le parti sociali' (51) aprì la strada a successivi esperimenti di negoziazione collettiva e, quel che più interessa sottolineare, evidenziò il

---

(47) Questa la scelta fatta dall'Associazione italiana di diritto del lavoro nelle giornate di studio di Pavia del 1992: *Il dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro*, Milano 1994, con relazioni di F. Santoni, S. Sciarra, R. Foglia e L. Forlati Picchio.

(48) A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. WEILER, *The European Courts and National Courts*, Oxford 1997; S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford 2001. Parla dei giudici nazionali come se fossero giudici 'federali' M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, ora in *Opere*, vol. I, cit., p. 377. Si vedano anche in tema gli interventi raccolti in *Lavoro e diritto* 1998, n. 3-4.

(49) Di 'collaborazione' parlano G. e A. LYON-CAEN, *Droit Social International et européen*, cit., p. 173, mentre il concetto di 'cooperazione' è dominante nel pensiero di P. DAVIES, *The European Court of Justice, National Courts and the Member States*, in P. DAVIES et al. *European Community*, cit., p. 98 ss.

(50) Specialmente in materia di parità uomo-donna, la ricerca comparata evidenzia comportamenti diversi delle corti nazionali e trae originali conclusioni circa il ruolo di altri soggetti strategicamente orientati nell''usare' il diritto europeo. Si veda C. KILPATRICK, *Gender Equality: a Fundamental Dialogue*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour law*, cit., p. 31 ss.

(51) Art. 118 B, introdotto dall'art. 22 dell'AUE. Ancora di facilitazione del dialogo da parte della Commissione e di dialogo che può condurre alla contrattazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ruolo di norme non vincolanti, ma meramente orientative, volte ad attrarre nell'orbita di un potere di indirizzo e di sollecitazione della Commissione soggetti ancora privi di una specifica identità istituzionale, quali erano per l'appunto le 'parti sociali'.

La terminologia prescelta in quegli anni dai riformatori del Trattato rispecchia una prassi favorita all'interno di ambienti elitari, lontana dai soggetti collettivi rappresentativi dei datori di lavoro e dei lavoratori a livello nazionale, una prassi del tutto estranea alla frequentazione del conflitto come sanzione collettiva di autotutela. L'esclusione del 'diritto di associazione' ed anche del 'diritto di sciopero e di serrata' dalle competenze comunitarie (52) serve a rimarcare, ancora oggi, la profonda diversità del contesto istituzionale in cui si calano i germi di un ancora indefinto diritto del lavoro collettivo sovranazionale. Non si può non evocare, a questo riguardo, l'accorata notazione di Lord Wedderburn, preoccupato da una tale 'contraddizione nel cuore della Comunità' (53), tutt'oggi irrisolta e solo in parte attenuata dalla menzione di entrambi i diritti prima richiamati nella Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza (54).

Quanto al diritto del rapporto individuale di lavoro, esso è sorretto a livello europeo da alcuni flebili, seppure significativi, principi. Questi includono, a voler fare alcuni esempi, una reticolare legislazione in tema di salute e sicurezza (55), l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore circa le condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro (56), la tutela dei lavoratori nelle crisi d'impresa (57).

---

collettiva si parla nelle norme contenute nel 'Capitolo sociale' allegato al Trattato di Maastricht ed incluso, dopo Amsterdam, nel Trattato.

(52) Già presente nel 'Capitolo sociale' allegato al Trattato di Maastricht ed ora nell'art. 137 del Trattato di Nizza. Un'ampia ricognizione dei problemi interpretativi ancora aperti è in G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino, 2003.

(53) Lord WEDDERBURN, *Employment Rights in Britain and Europe*, London 1991, p. 332.

(54) Pubblicata in *GUCE* C 364/1, del 18 dicembre 2000.

(55) Di cui non si può in una sola nota dar conto, ma che prende origine dalla Direttiva quadro 89/391 CEE.

(56) Direttiva 91/533/CEE, 14 ottobre 1991.

(57) Direttiva 98/59 CE del 20 luglio 1998, che adegua la disciplina dei licenzia-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Più variegato è il campo della normativa europea che vieta la discriminazione, specialmente a seguito dell'inserimento nel Trattato di Amsterdam dell'art. 13 e dell'emanazione di direttive a più ampio spettro, se confrontate con le prime direttive in materia di parità fra uomo e donna (58). Si va delinando a questo proposito un'area di intervento legislativo così vasta da rendere necessario un coordinamento delle politiche legislative, anche per evitare che taluni soggetti ricevano più tutela di altri (59).

Vi è poi da menzionare la legislazione in materia di informazione e consultazione, dapprima limitata ai comitati aziendali europei (60), poi affiancata alla disciplina della società europea (61), infine formulata nel senso di istituire un quadro generale sulle regole minime per l'esercizio generalizzato di tali diritti (62).

Come si vede, siamo in presenza di un sistema frastagliato, difficilmente proiettabile nel futuro, quanto ad una sua potenziale espansione. Proprio per l'assenza di un suo respiro unitario, il sistema europeo di diritto del lavoro continua ad essere non comparabile con i sistemi nazionali. Questi ultimi hanno difeso ampie aree di sovranità anche a causa della difficoltà di riversare sul livello sovranazionale l'ansia di cambiamento della materia. Un esempio significativo è quello della libera circolazione dei lavoratori, una delle aree di elezione del diritto europeo fin dalle sue origini, stretta nei vincoli delle decisioni all'unanimità e pertanto ferma all'impostazione originaria (63).

---

menti collettivi risalente agli anni settanta; Direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977 e Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, entrambe in materia di trasferimenti d'impresa; Direttiva 2002/74/CE, del 23 settembre 2002, che modifica la Direttiva 80/987/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

(58) V. la Direttiva 2000/43/CE, del 29 giugno 2000, che vieta la discriminazione per razza ed origine etnica e la Direttiva quadro 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

(59) Come sostenuto da M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002, p. 210 ss.

(60) Direttiva 94/45/CE, del 22 settembre 1994.

(61) Regolamento n. 2157/2001, dell'8 ottobre 2001.

(62) Direttiva 2002/14, dell'11 marzo 2002.

(63) Importante appare la preannunciata riforma del Regolamento 1408/71 e la sua estensione a cittadini di stati terzi legalmente residenti. Cfr. A. NUMHAUSER-HENNING,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Piuttosto che avallare un atteggiamento della dottrina giuslavorista ostinatamente critico — e talvolta distruttivo — nei confronti dell'ordinamento europeo e dei suoi limiti istituzionali, è utile evidenziare come la stessa dottrina si sia esercitata nell'intento di colmare le lacune dell'ordinamento europeo.

Un primo esempio si rintraccia nell'intenso dibattito sui diritti sociali fondamentali che, specie negli anni intercorsi fra il Trattato di Maastricht e quello di Amsterdam, ha visto i giuristi del lavoro attivi e propositivi, per lo meno quanto lo sono state le istituzioni europee (64). Da questa stagione assai vivace e proficua per il confronto scientifico emerge un dato centrale su cui riflettere. Sia pure nella diversità dei toni adottati e nelle sfumature circa le soluzioni tecniche da favorire, si rivela sulla scena sovranazionale l'anima riformista del diritto del lavoro, quella che, a ben vedere, è stata vincente negli anni di fondazione della materia e che proprio dal metodo giuridico comparato ha tratto una indiscutibile forza propulsiva.

Un altro esempio, anch'esso collocato sul finire degli anni novanta, ha a che fare con uno straordinario e ben riuscito esperimento di collaborazione fra esperti di diversa estrazione nazionale e disciplinare, volto a ridisegnare i confini della materia, intrecciando in modo nuovo diversi regimi di tutela e proponendo uno 'statuto professionale' del lavoro. Il rapporto Supiot (65) ha avuto il merito di

---

Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights, Relazione presentata al VII Congresso Europeo dell'Associazione Internazionale di diritto del lavoro e sicurezza sociale, Stoccolma 2002.

(64) Oltre ad un primo *pamphlet* (BLANPAIN, HEPPLE, SCIARRA, WEISS, *Fundamental Social Rights, Proposals for the European Union*, Leuven 1996), si deve ricordare il gruppo di giuristi del lavoro attivi intorno all'Istituto di ricerca del sindacato europeo (BERCUSSON, DEAKIN, KOISTINEN, KRAVARITOU, MUCKENBERGER, SUPIOT, VENEZIANI, *A Manifesto for Social Europe*, Bruxelles ETUI 1996). Ma soprattutto si deve evidenziare il 'tocco' giuslavoristico impresso da S. Simitis, chiamato, in un momento maturo del dibattito, a presiedere un importante Comitato di esperti. Cfr. Commissione Europea, *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire. Rapporto del gruppo di esperti sui diritti fondamentali*, Bruxelles, febbraio 1999.

(65) *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Parigi 1999. Presieduto da un giuslavorista, Alain Supiot, il gruppo ha redatto un rapporto per la Direzione degli affari sociali della Commissione, utilizzando l'Università Carlos III di Madrid come base logistica. La versione inglese è pubblicata da Oxford University Press (2001).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risvegliare il dibattito europeo e di convogliare molti dibattiti nazionali verso una riflessione innovativa. L'Europa, in questo caso, ha rappresentato uno stimolo per gli ambienti accademici, chiamati a riflettere sui principi e sul metodo, piuttosto che su impellenti scadenze legislative.

Ciò che spinge il giurista del lavoro nazionale verso mete così ambiziose — quali la riforma dei Trattati o la rivisitazione di alcune importanti categorie giuridiche — è, molto probabilmente, l'ansia di difendere il proprio sistema di valori costituzionali. Ma altrettanto forte è la pulsione verso un sistema nuovo di diritti e principi, che segni la sua stessa rinascita come giurista del lavoro europeo. Si può interpretare in questo modo l'avvio di una nuova fase del diritto del lavoro di fronte all'Europa: un futuro da comprendere e da costruire avendo sempre più chiaro l'intreccio fra competenze legislative nazionali ed europee. Questo è uno dei nodi istituzionali intorno a cui si sta svolgendo il lavoro della Convenzione europea (66).

L'ambizione del giurista-riformatore dei Trattati si esplicita su un piano diverso da quello del giurista-consigliere del legislatore nazionale. Mentre si può immaginare che il primo proietti su una futura fonte di rango costituzionale una conoscenza comparata dei sistemi nazionali e giunga per questa via ad isolare le aree di diritti meritevoli di una tutela forte, si può temere che il secondo, assillato da un presente irto di compromessi, si allontani dalla visione di un organico ordinamento futuro e si convinca di non poter contribuire a crearlo. L'inadeguatezza, all'origine del senso di colpa, nasce da questa sfasatura fra due piani di riforma — quello sovranazionale e quello nazionale — che dovrebbero, al contrario, correre paralleli.

3. *Diritto del lavoro e 'sensi di colpa'. Alla ricerca di un equilibrio delle fonti.*

In uno dei tanti spunti psicanalitici che si incontrano nelle pagine di Lord Wedderburn si legge che l'opera di Kahn-Freund ha

(66) Il V gruppo di lavoro della Convenzione si è occupato delle competenze 'complementari' , che dovrebbero coprire aree rilevanti per salvaguardare l'identità degli Stati Membri e che vengono ridefinite 'misure di sostegno' (la traduzione, di '*supporting measures*', è mia). Cfr. CONV 375/1/02 REV 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lasciato in molti suoi interpreti un sentimento ambivalente di odio e amore, simile a quello che i figli provano nei confronti del padre (67).

Senza dubbio questa lacerante sensazione si ritrova nella difficoltà di adeguare a tempi di crisi economica gli strumenti di analisi che avevano sorretto gli sforzi ricostruttivi della dottrina giuslavoristica in tempi di espansione. Il peso delle teorie di Kahn-Freund si era fatto sentire dapprima in termini di avanzamento del sistema di diritto del lavoro — per l'Italia basti pensare allo Statuto dei lavoratori come esempio fra i migliori in Europa di legislazione *auxiliary,* ovvero di sostegno non invadente — e successivamente in termini destabilizzanti — si pensi alla ridotta autonomia del sistema di contrattazione collettiva ed ai difficili rapporti legge-contratto collettivo negli anni successivi agli shock petroliferi —.

Questa osservazione si adegua a numerosi ordinamenti europei. Il dopo-Kahn-Freund assunse i toni di una vera e propria catarsi nel dibattito che per lungo tempo occupò la dottrina britannica (68). La riflessione, non a caso, si orientò verso la ricerca delle origini della materia e ne propose una rivisitazione. Questa ebbe, talvolta, le caratteristiche di una scoperta rassicurante, quasi che vi fosse urgenza di contrapporre una solida tradizione di regole e di principi alla dilagante ansia di intervento deregolativo (69).

In realtà, come ha recentemente scritto Mark Freedland in una rilettura dei passaggi cruciali del pensiero di Kahn-Freund, il lento declino del *laissez-faire* collettivo era già annunciato all'interno del sistema britannico all'inizio degli anni settanta. La sua difesa, indirizzata a preservare una forte autonomia dei soggetti collettivi e del loro potere normativo, era nient'altro che 'una battaglia di retroguardia', a fronte della incalzante giuridificazione nella disciplina dei rapporti di lavoro. Similmente, l'aver qualificato il diritto come forza

---

(67) Lord WEDDERBURN, *Common, law, labour law, global law*, traduzione italiana apparsa in "Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.", 2002, p. 4.

(68) R. LEWIS e J. CLARK (a cura di), *Labour Law and Politics in the Weimar Republic. Otto Kahn-Freund*, Oxford 1981; Lord WEDDERBURN, R. LEWIS, J. CLARK, *Labour Law and Industrial Relations: Building on Kahn-Freund*, Oxford 1983.

(69) In Italia una grande influenza in questa ricerca si deve a Gaetano Vardaro. Si veda la sua introduzione, dal titolo *Il diritto del lavoro nel 'laboratorio Weimar'*, in G. ARRIGO e G. VARDARO (a cura di), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania pre-nazista*, Roma 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secondaria nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, piuttosto che una professione di fede, era una 'confessione' accorata, una ammissione silenziosa della incapacità dei giuristi progressisti di proporre soluzioni durature contrapposte alle politiche legislative dei conservatori (70).

Si potrebbe suggerire che anche l'Europa abbia insinuato un simile sconcerto fra i giuristi del lavoro, contribuendo ad appannare un loro ruolo di promotori della giustizia sociale. Essa potrebbe aver mostrato i limiti della disciplina, spingendola in una zona grigia, in cui è sempre più difficile distinguere il tocco innovatore da quello conservatore, l'impianto garantista da quello liberista. Come se la sindrome del giurista ebreo esule in Inghilterra, mai sazio di democrazia e sempre alla ricerca di nuove conquiste intellettuali, talvolta deluso dai passi lenti che proprio la democrazia, con l'alternanza dei governi, impone all'evoluzione del diritto del lavoro, si fosse riversata sulle molte generazioni di giuristi del lavoro nazionali posti di fronte all'Europa. Quasi che questi fossero stati progressivamente 'esiliati' in Europa, alla ricerca di nuove e vecchie radici.

In realtà non è così: l'Europa non è un esilio per il diritto nazionale, né per i giuristi che lo coltivano. Sarebbe, tuttavia, altrettanto fuorviante ritenere che essa sia una sorta di terra promessa, una meta da raggiungere tagliando i ponti con il passato.

Non è un caso che fra coloro che più hanno favorito la diffusione della comparazione come strumento di ampliamento degli orizzonti di conoscenza e dunque di apertura all'Europa, si collochino alcuni, come Lord Wedderburn, fra i più strenui sostenitori di un punto di vista critico circa l'impatto del diritto europeo sul diritto del lavoro (71). In Francia l'invito a resistere intelligentemente alla 'infiltrazione' del diritto della concorrenza nel diritto del lavoro venne da una dottrina sensibile agli sviluppi del diritto europeo e,

(70) M. FREEDLAND, *Sir Otto Kahn-Freund, QC FBA, 1900-1979*, in corso di pubblicazione.

(71) Una selezione di saggi tradotti in italiano è in Lord WEDDERBURN, *I diritti del lavoro*, Milano 1998. Nella Prefazione a questo libro l'autore ricorda i 'seminari di Pontignano', un'occasione di apprendimento e di pratica del diritto comparato per giovani giuslavoristi, finanziata, tra l'altro, dall'Associazione italiana di diritto del lavoro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forse proprio per questo, attenta a cogliere le istanze nazionali di valorizzazione dei principi costituzionali (72).

I due autori appena citati, vicini ancorché divisi dal Canale della Manica, intrattennero un dialogo sulle pagine di una rivista italiana intorno ad un tema che, specialmente a distanza di tempo, appare emblematico. Nel commentare due sentenze della Corte di giustizia di condanna del Regno Unito per aver omesso di recepire correttamente nel diritto interno due direttive degli anni settanta — in materia di trasferimento di impresa e di licenziamenti collettivi (73) — i due giuslavoristi presentano argomenti critici nei confronti del legislatore britannico, quasi a voler stigmatizzare l'ostinato atteggiamento dei governi conservatori nei confronti dell'Europa sociale.

Il non corretto adempimento all'obbligo di trasposizione delle direttive si manifestò, tra l'altro, nel non avere previsto la costituzione di rappresentanti dei lavoratori da consultare ed informare. Imporre un rappresentante 'a cui dover dare conto delle proprie azioni' — sottolinea non senza ironia il commentatore francese — 'è un'idea totalmente estranea alla pura logica liberale' (74). Ed inoltre, quando si discute di direttive funzionali al funzionamento del mercato unico, come è nel caso delle fonti in questione, si rischia di confondere il fine con i mezzi, ingenerando confusione circa la divisione delle competenze, poiché dovrebbe spettare al legislatore nazionale la scelta delle modalità tecniche di tutela dei lavoratori (75). Come dire che non c'è da farsi troppa illusione circa i reali obiettivi delle direttive strutturali, né circa la loro incisività sui sistemi nazionali.

Il 'frammento' di cui parla Lord Wedderburn, raccolto da Lyon-Caen con una ironia tutta francese, è, soprattutto nell'ottica

---

(72) G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, p. 313 ss. Il tema è ripreso da S. Giubboni, *Diritti sociali*, cit., cap. III, con numerosi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha sollecitato una lettura critica — ma non animata da pregiudizi — del diritto del lavoro in relazione al diritto europeo della concorrenza.

(73) C-382/92 e C-383/92, dell'8 giugno 1994, commentate da G. Lyon-Caen, *Il Regno Unito: allievo indisciplinato o ribelle indomabile*, e da Lord Wedderburn, *Il diritto del lavoro inglese davanti alla Corte di giustizia. Un frammento*, in "Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.", 1994, p. 663 ss.

(74) Così G. Lyon-Caen, *Il Regno Unito*, cit., p. 689.

(75) Ivi, pp. 680-81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

britannica, il simbolo di una contraddizione del diritto del lavoro europeo ancora molto viva. Wedderburn non abbandona l'idea che, per correggere lo squilibrio fra le parti del contratto di lavoro, occorra, in primo luogo, dar voce ai lavoratori attraverso loro rappresentanti. Egli è consapevole del profondo radicamento di queste istituzioni nei sistemi nazionali e dell'impossibilità di trasporle attraverso direttive. Una tale consapevolezza va al cuore di uno squilibrio fra diritti sociali e mercato che solo una rivisitazione del sistema delle fonti può sanare.

Quel dialogo fra due studiosi attenti a mantenere un equilibrio fra fonti nazionali e sovranazionali avrebbe forse fatto fremere Kahn-Freund, per la ritrovata *vis* polemica di un giuslavorismo progressista e nel contempo attento nel calibrare gli effetti del cambiamento. Quel dialogo trasmette ai lettori contemporanei la convinzione che gli effetti propulsivi del diritto europeo nei confronti del diritto nazionale non possano non tenere conto delle circostanze in cui ciascun ordinamento si trova ad operare e del peso — o dell'assenza — delle istituzioni che in quell'ordinamento operano.

A ben vedere, le misure di cui si parla hanno a che fare con l'esercizio di una libera iniziativa economica da parte delle imprese. I limiti sopportabili, provenienti sia dal diritto europeo sia dal diritto interno, sono di natura squisitamente procedurale e mirano ad un ridimensionamento — non necessariamente ad una rimozione — degli effetti, anche traumatici, subiti dai lavoratori. La distorsione della libera concorrenza nel mercato può essere corretta solo per via legislativa ed è per questo che quella tecnica regolativa non è stata abbandonata. Gli interventi di ammodernamento su entrambe le materie regolate dalle precedenti direttive degli anni settanta (76) stanno a dimostrare che non è stata dismessa l'impostazione tradizionale del legislatore comunitario, volta al riavvicinamento delle

(76) Direttiva 98/59 CE, del 20 luglio 1998; Direttiva 2001/23 CE, del 12 marzo 2001, che modifica, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la precedente direttiva. Entrambe le direttive, come le precedenti, hanno come base giuridica l'art. 100 TCE, divenuto poi l'art. 94. Sulla stessa base giuridica si fonda la disciplina di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza dei datori di lavoro: v., ora, la già ricordata Direttiva 2002/74/CE.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislazioni nazionali nelle materie che più da vicino interessano il funzionamento del mercato interno.

Negli anni novanta, quando la mancata crescita economica si svela nei suoi allarmanti aspetti di crisi occupazionale e di crescente esclusione sociale, si tocca con mano l'inadeguatezza delle precedenti tecniche regolative.

Si assiste così ad una doppia crisi del diritto del lavoro: quella interna ai sistemi nazionali, incapaci sia di arrestare l'incremento della disoccupazione sia di creare nuovo lavoro, quella esterna e tuttavia parallela che è alimentata dalla debolezza delle fonti comunitarie e dalla mancanza di una intima coerenza nell'impianto dei diritti fondamentali.

Sulla scorta di così tante incertezze, quasi inconsciamente, a voler usare un'altra metafora psicanalitica, i gius-lavoristi si sono aperti alla comprensione di una nuova fase del diritto europeo. Lo hanno fatto con circospezione, talvolta con sospetto, talaltra con entusiasmo da neofiti. I più disincantati non hanno coltivato troppe illusioni, forse perché consapevoli delle difficoltà intrinseche in una comparazione diacronica e convinti che il rinnovamento dei sistemi nazionali, neanche nelle nuove circostanze politiche ed istituzionali venutesi a creare, sarebbe stato effetto diretto dell'Europa, quanto piuttosto frutto di mediazioni ancora più complesse a causa dell'Europa.

Nel governare questa nuova complessità e nel comprendere i nessi fra sistemi giuridici operanti contemporaneamente su più livelli, le raffinate categorie interpretative adottate nella cerchia dei giuristi più aperti ad esperienze comparate non sono meccanicamente riproponibili. La teoria del *laissez faire*, se intesa come benefico arretramento dello stato a fronte di un autonomo potere normativo dei soggetti collettivi, si presenta ulteriormente indebolita di fronte al sistema europeo. Si è constatato che all'emergente diritto del lavoro comunitario era problematico adeguare — se non con il ricorso ad una 'finzione' (77) — l'analisi e la pratica del diritto del lavoro nazionale, specialmente nei suoi risvolti collettivi.

---

(77) A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., fa riferimento prevalentemente alla contrattazione collettiva comunitaria, priva di un fondamento costituzionale e ridotta a mera tecnica regolativa. Similmente cauta nel proporre assonanze fra sistemi nazionali di contrattazione collettiva e l'emergente sistema del dialogo sociale è F. Guarriello, *Il*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche il pluralismo delle fonti, una ingombrante eredità tramandata dal diritto del lavoro nazionale, ha subìto nel contesto europeo un drastico ridimensionamento. Il diritto del lavoro comunitario ha progressivamente imparato ad apprezzare la *soft law*, un diritto non vincolante, espresso attraverso indicazioni, piuttosto che comandi. I deboli principi contenuti nella *hard law* sono stati via via affiancati da una rete pervasiva di segnali inviati dalle istituzioni comunitarie agli Stati Membri e gestiti frequentemente da apparati ministeriali, dapprima in modo occasionale, in seguito con una crescente specializzazione (78).

Il diritto del lavoro nazionale ha cominciato così a stemperarsi nel contesto europeo, ad assumere connotati più sfumati: non necessariamente uno strumento di emancipazione sociale, né un coerente sistema di garanzie per il contraente debole, ma un ingrediente di altre strategie, in particolare delle politiche occupazionali e di inclusione sociale.

Nel confronto fra discipline diverse, all'immagine del dialogo, prima suggerita, si sostituisce quella del coordinamento, una tecnica regolativa sempre più diffusa, anche perché funzionale al clima politico-culturale avviato dalla Commissione con il Libro bianco sulla *governance* (79). Quest'ultimo documento ha inteso anticipare il dibattito sulle riforme istituzionali diffondendo ad ampie mani una cultura della consultazione e del dialogo, estesa anche alla società civile, espressione in cui rientrano a pieno titolo sia il Comitato economico e sociale, sia le parti sociali nelle loro articolazioni nazionali e comunitarie. La rete di rapporti che questo documento apre è capillare, anche se resta ancora tutta da dimostrare la

---

ruolo delle parti sociali nella produzione e nell'attuazione del diritto comunitario, in "Europa e Diritto Privato", 1999, n. 1, p. 243 ss.

(78) Il caso italiano è studiato da M. FERRERA e E. GUALMINI, *Salvati*, cit.; gli stessi autori hanno redatto per l'ISFOL un rapporto dal titolo *La strategia europea sull'occupazione e la governance domestica del mercato del lavoro: verso nuovi assetti organizzativi e decisionali,* in C. DELL'ARINGA (a cura di), *Impact Evaluation of the EES*, maggio 2002, in cui la progressiva specializzazione delle competenze interne all'amministrazione italiana è studiata ed interpretata come effetto delle linee guida europee.

(79) COM (2001) 428 final, Bruxelles 25.7.2001, *European Governance. A White Paper*, che peraltro è singolarmente elusivo sulla crescente importanza del metodo del coordinamento aperto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legittimazione dei soggetti consultati ad entrare a pieno titolo in un processo decisionale (80).

Le corde del diritto del lavoro sono sensibili al tema della rappresentatività dei soggetti collettivi. Tuttavia, l'incontro con organizzazioni portatrici di interessi diffusi o con gruppi monotematici, che perseguono obiettivi ben circoscritti, non è facile e richiede, soprattutto da parte delle associazioni dei lavoratori, una forte opera di revisione della propria identità.

Per comprendere fino in fondo la durezza della sfida lanciata al diritto del lavoro nazionale ed ai suoi solidi principi ordinamentali, si deve guardare alle trasformazioni che nel giro di pochi anni hanno subito le politiche europee dell'occupazione. Con l'avvio, avvenuto nel Consiglio Europeo di Lisbona (81), del metodo aperto di coordinamento, si è osservata un'interessante proliferazione di tecniche comparative, tali da consentire una equilibrata valutazione delle riforme messe in atto da ciascuno stato.

Mentre il diritto del lavoro comparato segue percorsi sofisticati di raffronto fra le istituzioni che operano nel mercato, nel coordinamento delle politiche occupazionali il raffronto è fra dati non sempre comparabili. Se si pongono obiettivi da raggiungere in termini di crescita dell'occupazione, non si può non tenere conto della disaggregazione di dati importanti che hanno a che fare sia con la definizione di lavoratore occupato, sia con la segnalazione di fasce particolari di lavoratori a lungo esclusi dal mercato del lavoro, o particolarmente svantaggiati nella fase dell'ingresso nel mercato medesimo.

Nella elaborazione di indicatori, utili a favorire il coordinamento delle politiche nazionali, le istituzioni europee e gli esperti inviati dai governi nazionali hanno profuso una nuova scienza della comparazione che, per certi versi, sembra precedere qualunque analisi giuridica tradizionale (82). Il rischio è che si confonda con il

---

(80) Al riguardo, si veda un primo tentativo di indicare criteri di rappresentatività in COM (2002) 277 *final, Communication from the Commission. Towards a Reinforced Culture of Consultation and Dialogue. Proposals for General Principles and Minimum Standards for Consultation of Interested Parties by the Commission*, Bruxelles, 5.6.2002.

(81) Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000.

(82) Una prima analisi del ruolo degli esperti nazionali nella elaborazione degli indicatori è svolta da C. DE LA PORTE, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?*, in "European Law

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodo giuridico comparato questa nuova pratica, utile alla valutazione delle *performance* nazionali e particolarmente indicata per coinvolgere le amministrazioni nella gestione nazionale delle politiche comunitarie. Come ho già detto nel corso di queste mie osservazioni, ai giuristi del lavoro spetta liberare la comparazione fra sistemi di norme dal limbo di una comparazione fra dati statistici.

Gli indicatori economici e sociali descrivono realtà in movimento; servono a cogliere la distribuzione dell'esclusione sociale ed a segnalare le aree di maggiore sofferenza nel mercato del lavoro; mostrano i collegamenti fra politiche occupazionali, innovazione e ricerca. Ai giuristi viene offerto un universo da valutare all'interno di politiche economiche e strutturali sempre più coese, in cui le politiche occupazionali devono incunearsi come uno degli elementi delle strategie da adottare.

Il metodo aperto di coordinamento significa anche questo: spiegare alle istituzioni comunitarie le scelte dei legislatori nazionali, svelare il funzionamento delle macchine burocratiche, illustrare da quali presupposti si prendono le mosse e dimostrare come, nel tentativo di coordinarsi, le posizioni di partenza possono essere modificate. Le istituzioni comunitarie, a loro volta, valutano, esaminano, svolgono un monitoraggio delle misure adottate a livello nazionale, sollecitano, se necessario criticano ed invitano a correggere il tiro, attraverso raccomandazioni.

In questo regime di *soft law* si adotta una tecnica regolativa assai poco regolativa. I dati certi che si ricavano dalle norme del Trattato sono relativi alle cadenze entro cui le procedure della strategia coordinata a favore dell'occupazione si devono sviluppare (83); tutto quanto promosso dal Consiglio in termini di scambi di informazioni

---

Journal", 2002, p. 41. Più ampia la ricerca di T. ATKINSON, B. CANTILLON, E. MARLIER e B. NOLAN, *Social Indicators: the EU and Social Inclusion*, Oxford 2002, nata dalla collaborazione di un gruppo di accademici e di *policy-makers*, voluta dalla Presidenza belga nel 2001.

(83) È annuale la relazione comune del Consiglio e della Commissione, così come lo sono le conclusioni del Consiglio (art. 128 TCE); ogni anno ciascuno Stato Membro trasmette alla Commissione ed al Consiglio una relazione sulle politiche occupazionali adottate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e migliori prassi, analisi comparative e progetti pilota, è materia espressamente sottratta alla tecnica regolativa dell'armonizzazione (84).

Intorno alla sperimentazione delle politiche europee dell'occupazione sembra essersi aperta una nuova stagione di entusiasmo, anche fra i giuristi del lavoro. Non sembra trattarsi di una deriva verso un non-diritto; sembra piuttosto che si sia alla ricerca di un nuovo asse intorno a cui far ruotare la coerenza normativa dei sistemi nazionali, forse correndo il rischio che si riduca sempre più il terreno tradizionale di intervento del diritto del lavoro.

Perché non si perda il patrimonio di valori intorno a cui questa materia si è diacronicamente sviluppata e tuttavia si apprezzi la sincronia di sistemi giuridici impegnati nello sforzo di un comune coordinamento sovranazionale, occorre riflettere ancora sui presupposti costituzionali, sulla loro funzione di calibratura, sulla loro lungimiranza.

Come si è già detto, il diritto del lavoro non dovrebbe rincorrere il diritto europeo, in una sorta di affannosa e sovente ritardata individuazione degli obiettivi da perseguire, ma porsi nelle condizioni di seguirne l'evoluzione e di assecondare criticamente l'europeizzazione del diritto interno. Altrettanto affannose e dispersive si rivelano le rincorse verso altri 'modelli' nazionali ritenuti vincenti, quasi a voler promuovere il metodo comparato dentro uno schema di dipendenza culturale nei confronti di politiche legislative rivelatesi efficaci. La comparazione deve piuttosto risalire alle istituzioni che operano nei mercati del lavoro, prime fra tutte le parti sociali, portatrici di una cultura nazionale sia nella contrattazione collettiva, sia nel conflitto, sia nel rapporto con le istituzioni.

L'erba del vicino europeo non è sempre più verde per chi interpreta l'integrazione attraverso il diritto del lavoro come un processo aperto, se necessario lento, proprio perché attento a diversificare piuttosto che ad armonizzare.

Si può concludere questa breve lettura diacronica della lingua adottata dal diritto del lavoro europeo con la speranza che essa divenga nello scorrere degli anni sempre più una lingua madre dei legislatori sovranazionali e dei riformatori dei Trattati, naturale nel segno scritto e parlato, familiare nel suono. Ad essa potranno abbandonarsi piacevolmente, senza sensi di colpa, i giuristi del lavoro nazionali.

---

(84) V. l'art. 129 TCE.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALESSANDRO BERNARDI

L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO E DELLA SCIENZA PENALE

1. Premessa. — *Sez. I: Europeizzazione del diritto e sistemi penali nazionali*. — 2. Il ruolo del Consiglio d'Europa e delle relative convenzioni d'armonizzazione nel tramonto dello statualismo penale. In particolare, il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. — 3. L'avvento della Comunità europea e le diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto penale. — 4. L'incidenza del diritto comunitario sui precetti penali. L'incidenza interpretativa, integratrice, disapplicatrice. — 5. L'influenza del diritto comunitario sulla disciplina punitiva. Gli effetti di armonizzazione sanzionatoria prodotti dalle fonti CE di diritto derivato. — 6. Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia nel ravvicinamento delle risposte punitive nazionali. — 7. Le sanzioni amministrative comunitarie e la loro attitudine a condizionare i sistemi punitivi dei Paesi membri. — 8. Agli albori di una politica criminale europea. In particolare, le direttive comunitarie volte a predeterminare gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte. — 9. L'edificazione del terzo pilastro dell'Unione per la cooperazione e l'armonizzazione penale. Il ruolo delle decisioni quadro nella realizzazione di una effettiva politica criminale europea. — 10. I futuribili scenari del processo di europeizzazione del diritto penale. Il dibattito sulla riforma del terzo pilastro. — 11. Gli attuali progetti di armonizzazione o unificazione penale all'interno dell'Unione. — *Sez. II: Europeizzazione del diritto e scienza penale.* — 12. Verso una cultura giuridico-penale europea. Le diverse manifestazioni in ambito scientifico del superamento delle tradizioni penali nazionali. — 13. La "rinascita giusnaturalista" e la "cultura dei diritti dell'uomo" nel processo di destatualizzazione e di europeizzazione della scienza penale. — 14. Le attuali concezioni giuridiche a sfondo razionalistico e le loro valenze antistatualiste e europeiste. — 15. La rivalutazione della storia del diritto penale nella prospettiva dell'armonizzazione/unificazione dei sistemi nazionali. — 16. La valorizzazione e le nuove funzioni del metodo comparatistico alla luce delle esigenze di europeizzazione del diritto e della politica criminale. — 17. L'avvento di un nuovo paradigma penale ispirato alla logica della "rete" quale risposta all'emersione di una pluralità di ordinamenti giuridici in rapporto di reciproca integrazione. — 18. L'abbandono del nazionalismo dogmatico e il ricorso al "sincretismo concettuale" come conseguenza del pluralismo giuridico. La tendenza alla semplificazione della scienza penale al fine di un "democratico" ravvicinamento dei relativi sistemi statuali. — 19. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.*

Se è vero che la realtà storica è "marcata, nella sostanza, da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incolmabili discontinuità" (1), è però anche vero che l'inizio di questo secolo mostra almeno un fondamentale profilo di coesione con la seconda parte del secolo da poco conclusosi. Si allude, beninteso, al progressivo processo di costruzione europea, alla ininterrotta crescita, per competenze e ambito geografico, prima di una Comunità e poi di un'Unione europea destinate a modificare in modo sempre più rapido e profondo le nostre abitudini, il nostro stesso modo di pensare e di essere.

Posto che, fortunatamente, l'attuale edificazione dell'Europa non risulta imposta con la forza da uno Stato egemone, ma avviene in via del tutto pacifica e dunque "giuridica", verrebbe fatto di pensare che proprio i giuristi, anche quando non siano implicati in prima persona nelle trasformazioni in atto, si rivelino comunque i soggetti massimamente capaci di "sintonizzarsi" con tali trasformazioni, conformando le proprie coordinate culturali e le proprie tecniche operative alla nuova dimensione istituzionale del vecchio continente. Questa ipotesi, tuttavia, non tiene conto né delle forze inerziali connaturate ai meccanismi di produzione e al carattere "sistematico" del diritto, né della estrema eterogeneità di formazione dei giuristi stessi, correlata alle peculiarità delle singole branche dell'ordinamento.

Quanto alle forze inerziali insite nel diritto, è noto come esso venga considerato da molti intrinsecamente incapace di adeguarsi in tempi brevi ai mutamenti della storia; tant'è che qualcuno, sottolineando la vocazione del diritto a sopravvivere ben al di là dell'atto di volontà che lo fonda e del complessivo contesto nel quale viene concepito, non ha mancato di definirlo provocatoriamente "una forma di sovranità del morto sul vivo" (2). Ma non è certo necessario sposare questa visione apocalittica dello *ius* per ammettere che il sistema giuridico, in quanto organico complesso di principi, istituti e regole, appare votato ad un notevole livello di rigidità, e soprattutto che ogni giurista è portatore di una sua "cultura" formatasi lentamente nel corso della propria vita di studio e lavoro, come tale

(1) GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 86.

(2) EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, 1967 (ma 1913), p. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

difficilmente modificabile sulla base di impulsi "esterni". Cosicché, paradossalmente, se è vero che "tre parole del legislatore" possono vanificare il contenuto di intere biblioteche, è altrettanto vero che tali parole, per quanto rivoluzionarie, difficilmente possono rimodellare nel profondo la concezione individuale del diritto, vale a dire, per l'appunto, le coordinate culturali del giurista.

Quanto poi all'estrema eterogeneità di formazione che caratterizza gli studiosi delle diverse branche dell'ordinamento giuridico, è risaputo che il diritto penale costituisce il ramo del diritto di matrice più spiccatamente "autarchica", nel quale si manifestano le fondamentali scelte di valore espressive dell'identità culturale di ciascun Paese, come tali tendenzialmente libere da vincoli "esterni" di matrice inter- o sovra-nazionale (3). Non deve dunque sorprendere il fatto che il diritto penale e i suoi cultori si siano rivelati, rispettivamente, il settore del diritto e la categoria di giuristi più tetragoni ad accettare la primazía e la diretta applicabilità del diritto comunitario, e le forme di condizionamento da esse prodotte sull'ordinamento nazionale.

E tuttavia, se la peculiare impronta "autarchico-statualistica" del diritto penale e dei relativi operatori — sommandosi alle già di per sé rilevanti forze inerziali comuni all'universo giuridico — può spiegare la reticenza ad accogliere una concezione "europeista" del diritto penale e in particolare ad ipotizzare una sia pur parziale unificazione su scala continentale di questa branca del diritto, essa è però riuscita solo a ritardare ma non a precludere in radice il riconoscimento sia delle diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto penale, sia delle pressanti esigenze di cooperazione e di armonizzazione dei sistemi penali nazionali correlate all'attuale processo di costruzione di un'Unione a carattere prefederale (4). D'altronde, qualsiasi atteggiamento radicale volto a

(3) In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, pp. 42-43.

(4) Per una retrospettiva storica dell'idea federalista in ambito europeo cfr., per tutti, *Per una Costituzione federale dell'Europa. Lavori preparatori del comitato di studi presieduto da P.H. Spaak 1952-1953*, a cura di D. Preda, Padova, 1996; ALBERTINI, *Storia del federalismo*, Torino, 1973; ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Milano, 2001, p. 1 ss.; CATTANEO, *Pensiero cattolico e federalismo europeo (1940-1957)*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottrarre il campo penale all'influenza del diritto europeo non sarebbe stato tollerato dalla Corte di giustizia CE: la quale anzi, con una giurisprudenza "evolutiva" e talora addirittura "creatrice", ha sottolineato con forza i vincoli derivanti sul piano penale dalla sottoscrizione dei Trattati. Del pari, una drastica astensione dell'Unione dall'assumere in materia penale decisioni funzionali al

---

Milano, 1990; RENOUVIN, *L'idée de fédération européenne dans la pénsée politique du XIX siècle*, Oxford, 1949; RUBIN DE CERVIN ALBRIZZI, *Altiero Spinelli e il federalismo europeo 1945-54*, Milano, 1992; SACCHETTI BERTI, *Precedenti storici dell'idea federale in Europa*, Torino, 1964; SPINELLI, *Dagli Stati sovrani agli Stati Uniti d'Europa*, Firenze, 1950; VOYENNE, *Histoire de l'idée européenne*, Paris, 1964.

Sulla probabile evoluzione in senso federale dell'Unione europea cfr., all'interno di una bibliografia ormai sconfinata, *L'avenir de l'Union européenne: élargir et approfondir*, a cura di J. Vandamme e J. D. Mouton, Bruxelles, 1995; *Europa: l'integrazione flessibile*, a cura del *Centre for Economic Policy Research*, Bologna, 1996; *Interviste sull'Europa*, a cura di A. Loretoni, Roma, 2001, e bibliografia ivi riportata; *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale: itinerari giuridici e socioeconomici su regioni e autonomie locali*, a cura di G. Ferraro, Milano, 2003; *Federalism, Unification and European Integration*, a cura di JEFFERY, STURM, London, 1993; BOUQUELLE-PICARD, *La supernationalité en Europe*, in *Annales de droit de Louvain*, 1992, p. 231 ss.; BOURJOL, *Intercommunalité et Union européenne. Réflexion sur le fédéralisme*, Paris, 1994; CLOOS, REINESCH, VIGNES E WEYLAND, *Le Traité de Maastricht*, Bruxelles, 1994, in particolare p. 115; COFFEE, *The future of Europe*, Cheltenham-Glos, 1995; COLEMAN, *The Community after Maastricht: How federal?*, in *New European*, 1992, n. 3, p. 2 ss.; LA PERGOLA, *L'Unione europea: una federazione non dichiarata*, in *Europaforum*, 1992, n. 1, p. 7 ss.; ID., *Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una celebre dicotomia: "Stato federale-confederazione", la confederazione di tipo antico e moderno, l'idea europeista di Comunità)*, in *Dir. soc.*, 1992, p. 491 ss.; MAILLET, VELO, *L'Europe à geometrie variable. Transition vers l'intégration*, Paris, 1994; MARTIAL, *Oltre Maastricht, Sovranità nazionale e federazione*, in *Il Mulino*, 1992, p. 481 ss.; ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Milano, 2001, p. 1049 ss.; ID., *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva dell'attuazione del Trattato sull'Unione europea*, Roma, 1993, p. 90; QUERMONNE, *Trois lectures du Traité de Maastricht. Essai d'analyse comparative*, in *Rev. franç. sc. pol.*, 1992, p. 802 ss.; PLIAKOS, *La nature juridique de l'Union européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1993, p. 187 ss.; SANDHOLTZ, *European Integration and Supra-national Governance*, Oxford, 1998; SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste de l'Europe. La Communauté européenne des origines au traité de Maastricht*, Paris, 1992 (trad. inglese con sostanziali modifiche e aggiornamenti dal titolo *The federal Future of Europe*, the University of Michigan, 2000, con ulteriori riferimenti bibliografici a p. 443 ss.; trad. it. *Per un federalismo europeo: una prospettiva inedita sull'Unione europea*, Milano, 2002); TIZZANO, *Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 226; TOULEMON, *La construction européenne*, Paris, 1994, p. 194 ss.; TIZZANO, *Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rafforzamento di quello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" evocato dal quarto trattino dell'art. 2 TUE non sarebbe certo stata espressiva della volontà dei cittadini europei, stante che essi (come recenti indagini statistiche dimostrano inequivocabilmente) ritengono indispensabile un intervento "a livello centrale" contro i più pericolosi tipi di delinquenza (5). Ma, a onor del vero, non si può negare che gli stessi Stati membri dell'Unione, resi edotti della necessità di tutelare in modo quanto più possibile uniforme i cosiddetti beni/interessi comunitari e di combattere efficacemente la criminalità transnazionale, già da tempo si stiano adoperando (anche se a volte con inopportuna titubanza) per creare in ambito continentale le condizioni e i meccanismi atti a potenziare la cooperazione penale interstatuale e ad avviare un processo di effettivo ravvicinamento dei rispettivi sistemi penali. In vista del raggiungimento di tali scopi, con il Trattato di Maastricht del 1992 è stato infatti istituito il cosiddetto "terzo pilastro" dell'Unione europea (6), il quale in forza dei peculiari strumenti in esso previsti (7) ha finito

(5) Cfr., al riguardo, gli elementi contenuti nell'"eurobarometro" dell'aprile 2002, riprodotti alla p. 2, n. 7 de *La Convenzione europea. Giustizia e affari interni - stato dei lavori e problematiche generali*, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02.

(6) Con terminologia ormai entrata nel linguaggio corrente dei comunitaristi e degli stessi penalisti, si suole appunto dire che a partire dal Trattato di Maastricht sono stati edificati, accanto al "pilastro" comunitario (CE, CECA, Euratom), due ulteriori "pilastri", corrispondenti a nuovi settori d'intervento non afferenti al tradizionale contesto proprio delle Comunità, ed organizzati non già in forma comunitaria bensì, rispettivamente, in forma confederale e intergovernativa, dunque secondo meccanismi diplomatici di tipo tradizionale. Come noto, il secondo pilastro (previsto dal titolo V del Trattato sull'Unione europea) istituisce una politica estera e di sicurezza comune, fissandone gli obiettivi ed indicandone le modalità di perseguimento. Viceversa il terzo pilastro (previsto dal titolo VI del Trattato sull'Unione europea e significativamente riplasmato in occasione del Trattato di Amsterdam) disciplina la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

(7) Si allude, in particolare, alle decisioni quadro, denominate fino all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam azioni comuni. Ispirate in parte al metodo della cooperazione intergovernativa e in parte al metodo comunitario, esse mirano non solo ad agevolare la cooperazione giudiziaria (cfr. art. 31, lett. *a*), *b*) e *d*) TUE), ma anche a ravvicinare le normative in materia penale dei Paesi membri (cfr. art. 29, ultimo trattino, TUE), e dunque ad assicurare "la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la (…) cooperazione" (art. 31, lett. *c*), TUE). In argomento cfr., *infra*, *sub* par. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

col dare vita ad una vera e propria politica criminale di respiro continentale, seppure circoscritta alle "materie di interesse comune" indicate nel suddetto pilastro (8).

In ogni caso, è a tutti chiaro che nell'ambito di tale politica criminale l'Unione europea non si limita più ad auspicare la messa in opera di un complessivo piano di cooperazione giudiziaria e a stimolare una attività "minimalista" di ravvicinamento degli ordinamenti penali nazionali; ma al contrario si prefigge — quantomeno in taluni particolari settori di rilievo comune — la realizzazione di una oltremodo penetrante armonizzazione penale se non addirittura la creazione, nel lungo periodo, di un vero e proprio sistema penale unitario. Ne costituisce prova inconfutabile la predisposizione — su impulso della Commissione europea — di un progetto di *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* (9). I contenuti e lo spirito stesso di tale progetto (i quali se da un alto appaiono coerenti con gli attuali sviluppi della costruzione europea, dall'altro lato risultano indubbiamente audaci in considerazione degli assai lenti "tempi di risposta" dei sistemi penali alle istanze di carattere sovrastatuale) lasciano comunque presagire che la strada verso il recepimento del *Corpus Juris* sarà tutta in salita, e disseminata di ostacoli resi più ardui dalla tuttora perdurante concezione "autarchico-statualista" del diritto penale.

In definitiva, sembra possibile affermare che il diritto penale, senza per questo risultare completamente impermeabile al processo di costruzione europea, manifesta tuttavia una forte tendenza a preservare quell'insieme di valori, tradizioni, assetti, categorie che concorrono a costituire il patrimonio giuridico dei singoli Stati; e che a causa di ciò esso fatica non poco a modellarsi in modo tale da poter

(8) Come precisato dall'art. 29 TUE, le misure preventive e repressive adottate nell'ambito del terzo pilastro devono concernere "il razzismo e la xenofobia", nonché "la criminalità, organizzata e di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani e i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode".

(9) Per il testo di tale progetto cfr. *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 53 ss. Cfr. altresì, per quanto concerne la nuova versione del *Corpus Juris* elaborata a Firenze nel 1999, *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, a cura di M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 191 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assolvere ai compiti assegnatigli dalla nuova realtà istituzionale, economica, sociale del nostro continente. Peraltro, un numero sempre maggiore di studiosi e di operatori di settore sta progressivamente prendendo coscienza del fatto che ormai l'Europa, pur non essendo ancora uno Stato federale, sotto il profilo penale pone però sin d'ora tutti i problemi propri degli Stati federali; problemi per la soluzione dei quali appare necessario un radicale mutamento di prospettiva, vale a dire una ferma volontà di superare quei particolarismi nazionalistici che sono di ostacolo al "dialogo" tra gli ordinamenti e alla loro progressiva integrazione.

Nel tentativo di illustrare la lenta e faticosa evoluzione del diritto penale nel segno dell'abbandono della propria configurazione "meramente statalista", in questo lavoro ci si propone innanzitutto di analizzare brevemente le diverse forme di manifestazione dell'attuale processo di europeizzazione del diritto sui sistemi penali, in specie su quello italiano (Sez. I), per poi passare in rassegna talune delle più vistose forme di incidenza di tale processo sulla scienza penale (Sez. II).

Sez. I: *Europeizzazione del diritto e sistemi penali nazionali.*

2. *Il ruolo del Consiglio d'Europa e delle relative convenzioni d'armonizzazione nel tramonto dello statualismo penale. In particolare, il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*

Anche rispetto al diritto penale, è indubbiamente difficile stabilire con precisione quando e come "l'età dello Stato-nazione, dei sistemi di diritto nazionale e delle culture giuridiche nazionali" (10) abbia iniziato la sua parabola discendente. Sembra tuttavia di poter dire che, in epoca moderna, il processo di erosione del carattere

(10) SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, in *Rev. hist. dr. franç. étr.*, 1992, p. 39; BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1991, p. 11 ss.; CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1996, p. 31 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990, p. 5 ss.; GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, Roma-Bari, 1994, p. 3 ss.; ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992, p. 16 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meramente statuale dei sistemi penali europei e della relativa scienza tende a coincidere con la nascita del Consiglio d'Europa, per mezzo del quale ci si proponeva di rafforzare i vincoli tra i Paesi del vecchio continente, onde evitare il ripetersi di tragici conflitti causati innanzitutto dalla intolleranza reciproca e dalla contrapposizione tra gli Stati europei. È infatti su impulso del Consiglio d'Europa che sono state varate — nel quadro dell'azione svolta da tale organizzazione internazionale nei più diversi campi (11), e segnatamente nell'ambito dei molteplici accordi da esso promossi — numerose convenzioni in materia penale. Tali atti, come noto, non si limitano a predisporre strumenti giuridici di cooperazione internazionale nella lotta contro il crimine, ma talora sono diretti anche ad armonizzare gli ordinamenti penali nazionali in prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, nonché a ravvicinare e financo unificare le legislazioni nazionali limitatamente a taluni fenomeni criminali di rilievo europeo (12): si pensi, in particolare, alle convenzioni in tema di tutela dei dati personali, terrorismo, riciclaggio, bioetica, beni archeologici e culturali, corruzione, ambiente, nelle quali appare evidente lo sforzo di favorire una effettiva armonizzazione di talune norme incriminatrici di settore in vista di una più efficace lotta alla delinquenza (13). Risulta tuttavia evidente che fra tutte le convenzioni elaborate in oltre cinquant'anni dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, quella di gran lunga più importante sia per il suo stesso *oggetto*, sia per l'originale e assai significativo *meccanismo di controllo* in essa previsto è la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 dicembre 1950. Nel dare perfetta attuazione allo scopo del Con-

(11) Vale a dire nei campi economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico, amministrativo: cfr. l'art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa firmato a Londra il 5 maggio 1949.

(12) Cfr., fondamentalmente, PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 633 ss. Sul ruolo delle convenzioni nel processo di ravvicinamento dei sistemi penali europei cfr. altresì, da ultimo, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, in *Archives de politique criminelle*, n. 24, Paris, 2002, p. 208 ss.

(13) Cfr., per tutti, MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 46, e bibliografia ivi riportata alla nt. 36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siglio d'Europa (14), tale convenzione contiene infatti un insieme di principi e di regole che, in quanto prevalenti sulle norme penali interne precedenti e successive (15), costituiscono di fatto una *lex superior* rispetto alle leggi ordinarie degli Stati. In tal modo si realizza una sorta di "giustizia costituzionale sovrannazionale" (16), che integra e affianca le forme di controllo costituzionale eventualmente previste nei singoli Stati. Con l'avvento della CEDU si assiste così al sorgere di un "diritto comune delle garanzie" cui il diritto penale dei singoli Stati deve conformarsi: se non di federalismo, sembra allora possibile parlare già di transnazionalismo (17), il quale si traduce nel parziale superamento della supremazia assoluta dei Parlamenti e delle loro leggi ad opera di una fonte di diritto internazionale.

Ben si spiega quindi che, anche ma non solo in Italia, gli studiosi e gli operatori del diritto più fortemente ancorati ad una concezione tradizionale dello Stato e delle sue prerogative si siano affannati a neutralizzare al massimo gli effetti prodotti dalla CEDU sull'ordinamento giuridico-penale. E ciò, sia attribuendo in via interpretativa a quest'ultima un rango puramente legislativo (18), sia considerando

---

(14) Sempre ai sensi dell'art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa, scopo di tale organizzazione è infatti quello "di conseguire una più stretta unione tra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che costituiscono il loro comune patrimonio…", in vista dello "sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

(15) Sia in virtù del rango supra-costituzionale, costituzionale o comunque sovralegislativo di volta in volta attribuito alla convenzione nei diversi Stati membri (cfr., al riguardo, *Annexe 2*, in *Raisonner la raison d'Etat*, a cura di Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 506 ss.), sia in virtù di una particolare capacità di resistenza riconosciuta alle disposizioni convenzionali rispetto a qualsivoglia legge successiva volta a prevedere un più basso *standard* di tutela dei diritti dell'uomo (cfr., per tutti e sulla base di differenti argomentazioni, Nocerino Grisotti, *Valore ed efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale*, ricerca diretta da Biscottini, Milano, 1981, p. 130; Conforti, *La specialità dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in *studi in onore di Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, p. 187 ss.

(16) Cfr., in particolare, Cappelletti, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 1 ss.

(17) Cfr. Cappelletti, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1981, p. 647.

(18) Con conseguente possibilità di ammettere che leggi successive alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e rispetto ad essa meno garantiste possano derogarla.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

talune sue disposizioni *not self executing* (19), sia infine interpretando restrittivamente i diritti sanciti dalla CEDU, e conseguentemente negando che quest'ultima possa offrire una tutela più organica o più accentuata di quella già prevista dalla Costituzione e dalle leggi nazionali (20). Resta comunque il fatto che — sull'onda della incessante opera di sensibilizzazione svolta dalla migliore dottrina, e soprattutto grazie alla giurisprudenza dinamica della Corte europea dei diritti dell'uomo, che consente una sempre più chiara visione della "dimensione concreta" delle garanzie offerte dalla CEDU anche e soprattutto in materia penale — le suddette forme di "resistenza nazionalistica" alla CEDU stanno progressivamente venendo meno. Prova ne sia che l'impatto di quest'ultima sul nostro ordinamento giuridico è andato via via intensificandosi, come testimoniato dalle ormai numerose riforme della legislazione penale italiana esplicitamente o implicitamente volte a consentire un adeguamento agli *standards* di garanzia di matrice convenzionale (21).

In definitiva, sebbene già il periodo intercorrente tra le due guerre mondiali fosse stato caratterizzato da tentativi non trascurabili di integrazione sovranazionale in ambito penale (22), sembra quindi possibile ribadire che solo con le convenzioni del Consiglio d'Europa — e soprattutto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la relativa giurisprudenza dei giudici di Strasburgo — è stato avviato un vero e proprio processo di riscoperta della

---

Sul punto cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1988, p. 33 ss.

(19) Cioè non direttamente applicabili in assenza di provvedimenti interni deputati a precisarle o completarle. Cfr., ad esempio, ALBANO, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1991, p. 719.

(20) In dottrina cfr., emblematicamente, CIANCI, *Gli operatori del diritto e i diritti dell'uomo*, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 313.

(21) Cfr., ad esempio, CHIAVARIO, *Cultura italiana del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una "microstoria"*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1990, p. 462 ss.; STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari,1992, p. 85 ss., 135, 140; volendo, BERNARDI, "*Principi di diritto" e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 145 ss.

(22) Ne costituiscono prova i numerosi convegni sull'unificazione del diritto criminale organizzati in tale periodo dall'Associazione internazionale di diritto penale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dimensione "europea" del diritto penale. Dimensione, questa, che verrà comunque assumendo profili più netti con il sorgere e con il progressivo evolversi della Comunità e dell'Unione europea.

3. *L'avvento della Comunità europea e le diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto penale.*

Se, come sopra accennato, il Consiglio d'Europa è stato creato essenzialmente con lo scopo di realizzare una più stretta unione fra i Paesi membri al fine di salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi costituenti il loro comune patrimonio, gli obiettivi della Comunità europea sono stato sin dall'inizio ancora più ambiziosi e soprattutto più concreti. Secondo quanto affermato nel preambolo del Trattato CEE del 1957, tale organizzazione è sorta infatti per "assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale" dei Paesi membri, "eliminando le barriere che dividono l'Europa". Per l'attuazione di un programma di così grande impegno, agli organi della Comunità sono stati attribuiti poteri assai incisivi, in seguito ulteriormente rafforzati con l'evolversi dei Trattati. Inevitabilmente, la Comunità ha quindi in parte sminuito il ruolo del Consiglio d'Europa (23), anche in ragione del fatto che, attraverso la valorizzazione del cosiddetto "diritto comunitario non scritto" (24) quale rimedio alle lacune dei Trattati, essa ha finito con l'ingerirsi nella tutela dei diritti fondamentali, la quale costituiva per l'appunto il prioritario settore di intervento del Consiglio d'Europa.

Vero è però che tra i poteri attribuiti agli organi comunitari dai Trattati (Tr. CE, Tr. CECA, Tr. Euratom) non erano inclusi — e tuttora in linea di principio non sono inclusi — quelli in materia penale. L'idea secondo cui "il diritto penale non rientra nelle

(23) Cfr., sul punto, GREMENTIERI, voce *Consiglio d'Europa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, 1989, p. 419.

(24) In merito al quale cfr., per tutti, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss. e bibliografia ivi riportata; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 409 ss.; CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, p. 545 ss.; VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1991, p. 339 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

competenze della Comunità, ma in quelle di ciascuno Stato membro" veniva del resto confermata dalla lettura di taluni documenti comunitari (25), ed ulteriormente ribadita financo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (26). Resta il fatto che, nonostante l'assenza di ogni esplicita competenza in materia penale della Comunità, nel corso di questi decenni il diritto comunitario è riuscito a svolgere una progressiva azione di "europeizzazione" del diritto criminale condotta a più livelli, e in particolare: contribuendo a mutare all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali i fondamentali profili di molte fattispecie penali nel segno di una loro graduale armonizzazione; favorendo l'introduzione *ex novo*, nei singoli Stati membri, di un numero ancora maggiore di fattispecie caratterizzate da una precettistica assai omogenea da un Paese all'altro; imponendo la disapplicazione in tutto o in parte di talune norme incriminatrici; condizionando in modo vieppiù evidente la scelta delle sanzioni applicabili dagli Stati membri non solo in sede di attuazione del diritto comunitario, ma anche in sede di normazione rispetto a materie aventi rilevanza comunitaria, in quanto interferenti con l'ambito applicativo di norme CE; dando vita a un sistema punitivo accentrato di tipo para-penale.

La comprensione di questa articolata fenomenologia, destinata a modificare nel profondo i tratti salienti dei sistemi penali (e più in generale dei sistemi sanzionatori) nazionali può essere adeguatamente compresa ove si tengano presenti due distinti fattori, tra loro strettamente connessi: *a*) le fonti comunitarie sia primarie (Trattati e principi generali del diritto) sia secondarie (regolamenti e direttive) risultano in una posizione di primato rispetto al diritto interno, e si rivelano nella massima parte dei casi dotate di efficacia diretta; *b*) la Comunità europea, sebbene in linea di principio priva di competenza penale, attraverso il principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE (27) e attraverso il principio "non scritto" di propor-

(25) Cfr., *in primis*, l'*Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee del 1974*, Bruxelles-Lussemburgo, 1975, p. 145, par. 90.

(26) Cfr., in particolare, sent. 11 novembre 1981, causa 203/80 (*Casati*), in *Racc.*, 1981, p. 2595; ord. 17 ottobre 1984, cause83-84/84 (*N.M. c. Commissione e Consiglio CE*), in *Racc.*, 1984, p. 3575. In dottrina cfr., in particolare, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 1.

(27) In base al quale "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione può però sindacare l'idoneità delle sanzioni nazionali (anche penali) introdotte per assicurare l'esecuzione dei Trattati e degli atti comunitari, ed è inoltre legittimata da tutta una serie di norme contenute nei Trattati a irrogare sanzioni amministrative a contenuto punitivo-afflittivo, talora anche molto severe.

Da tali fattori discendono, per l'appunto, tutti i fenomeni di "europeizzazione" del diritto penale cui si è fatto sopra cenno, e che qui di seguito verranno sinteticamente analizzati.

4. *L'incidenza del diritto comunitario sui precetti penali. L'incidenza interpretativa, integratrice, disapplicatrice.*

È dunque giunta l'ora di passare all'esame le diverse forme di incidenza del diritto comunitario sui precetti penali nazionali che derivano dai principi del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario sulla normativa dei Paesi membri. Al riguardo, sembra di poter affermare, in estrema sintesi, che tali forme di incidenza sono fondamentalmente tre: quella interpretativa, quella integratrice, e quella disapplicatrice.

a) L'*incidenza c.d. interpretativa* deriva dal principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, in quanto tale principio opera non solo nei confronti del legislatore nazionale (obbligandolo a varare disposizioni conformi alla normativa CE) e della amministrazione statale (vincolando la sua azione al rispetto dei principi e delle regole di derivazione "europea"), ma anche nei confronti del giudice interno e della relativa attività ermeneutica. In questo senso, tutte le norme (anche penali) di fonte nazionale devono essere da questi "lette", ove possibile, conformemente alle fonti CE, con conseguente rigetto di ogni altra interpretazione di tali norme, se incom-

---

generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato". In merito a tale principio cfr., ad esempio, BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidelité des Etats membres de la Communauté,* Paris, 1994, e bibliografia ivi riportata; CONSTANTINESCO, *L'art. 5 C.E.E., de la bonne foi à la loyauté communautaire*, in *Liber amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 97 ss.; SOLLNER, *Art. 5 EWG-Vertrag in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes*, München, 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

patibile col diritto "europeo" (28). Ciò potrà comportare il ricorso obbligato a forme di interpretazione delle fattispecie penali a carattere volta a volta sistematico, teleologico, restrittivo o persino estensivo, al fine appunto di evitare quanto più possibile ogni contrasto tra la normativa "europea" e tali fattispecie. Naturalmente, stante il divieto in materia penale di analogia *in malam partem*, lo sforzo del giudice volto a fornire un'interpretazione della fattispecie interna conforme al diritto dell'Unione non potrà spingersi sino ad operare processi interpretativi di tipo analogico o additivo finalizzati a perseguire una inammissibile estensione dell'ambito applicativo della fattispecie in esame, segnatamente in funzione della tutela sanzionatoria dei beni o interessi di rilievo comunitario o comunque di norme prescrittive varate a Bruxelles. Egualmente, il giudice non potrà attribuire alla fattispecie penale nazionale un significato più ristretto rispetto a quello inequivocabilmente fornito dalla lettura della fattispecie in questione, al fine di preservarla da ogni giudizio di "illegittimità comunitaria" (29). Il giudice nazionale dovrà cioè limitarsi, sempre e comunque, a far ricorso alle sole tecniche interpretative consentite in ambito penale dal principio di legalità. Resta comunque il fatto che, anche circoscrivendo entro questi limiti tassativi il potere del giudice di adattare

(28) Circa l'incidenza interpretativa del diritto comunitario sulla fattispecie penale cfr., tra gli altri, BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, 1991, p. 8; DANNECKER, *Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft*, in *Strafrechtsentwicklung in Europa*, a cura di A. ESER E B. HUBER, vol. 4.3, Freiburg im Breisgau, 1995, p. 64; SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, p. 518 ss., e bibliografia ivi riportata; SCHRÖEDER, *Europäische Richtlinienund deutsches Strafrecht*, Berlin, 2002, p. 321 ss.; ZULEEG, *Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration*, in *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, a cura di U. SIEBER, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 41 ss. Nella letteratura italiana cfr., in particolare, RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 128 ss.; volendo BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, p. 146 ss.; ID., *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 60 ss.

(29) In tal caso il giudice, anziché fornire un'interpretazione del precetto penale inammissibile alla luce del relativo testo, dovrà quindi piuttosto disapplicare tale precetto nella misura in cui esso risulti in contrasto con il diritto europeo, salvo poi l'obbligo per il legislatore nazionale di riformare il precetto in questione in modo da renderlo conforme al diritto europeo. Sul punto cfr. *infra*, *sub* lett. *c*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il contenuto delle disposizioni in materia criminale alle esigenze del diritto della Comunità e dell'Unione, il risultato di tali processi ermeneutici sarà quello di una almeno tendenziale armonizzazione della concreta portata di talune norme incriminatrici dotate originariamente, nei singoli Paesi dell'Unione, di ambiti applicativi diversi o quantomeno non coincidenti. Questo fenomeno di convergenza in via interpretativa dell'ambito applicativo di certe fattispecie penali (ma anche punitivo-amministrative) appartenenti a differenti sistemi giuridici nazionali si rivelerà tanto maggiore ove i magistrati — anche a costo di superare i vincoli loro imposti dal principio di stretta legalità — approfittino della difficoltà di distinguere tra ortopedia in via interpretativa e in via analogica (30) per "manipolare" la fattispecie penale in modo tale da farla risultare forzosamente conforme al diritto comunitario. Resta il fatto che, nonostante la plausibilità delle ragioni sottese a tali forzature (31), queste ultime devono essere decisamente stigmatizzate, non potendo certo il giudice interno sostituirsi ai compiti di "fedeltà comunitaria" spettanti al legislatore nazionale.

b) *Una seconda forma di incidenza, concettualmente distinta dalla precedente, è quella c.d. integratrice*, in quanto per l'appunto attuata tramite l'integrazione del precetto penale ad opera della normativa comunitaria. Tale integrazione può aversi essenzialmente in tre casi.

b1) Il primo caso si ha quando il precetto penale risulta *implicitamente* improntato alla tecnica del cosiddetto "rinvio parziale" (32), attraverso il ricorso a "elementi normativi giuridici" (33) implementati da norme di fonte "europea"; vale a dire quando il

(30) Sul punto cfr., ad esempio, GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. IV - Disc. priv.*, 1987, p. 16 dell'estratto; in prospettiva strettamente penalistica HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997, n. 2, p. 190.

(31) Si pensi, innanzitutto, alla già ricordata esigenza di tutelare beni protetti dalla normativa comunitaria, nonché all'avvertita esigenza di non esporre lo Stato di appartenenza ad una condanna da parte della Corte di giustizia per mancato rispetto dell'obbligo di garantire, attraverso adeguate sanzioni, l'effettività del diritto comunitario.

(32) In merito a tale tecnica cfr. da ultimo, volendo, BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 99 ss.

(33) In relazione ai quali cfr., ad esempio, MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precetto in questione contiene "unità linguistiche qualificate" (34) che rimandano, per la conoscenza del loro esatto significato, a disposizioni legali di matrice *ab origine* comunitaria, ovvero a disposizioni extrapenali *ab origine* nazionali ma modificate in un secondo momento da norme di diritto comunitario. Il pensiero corre, ad esempio, ai termini "rifiuti", "mezzo pubblico", "genuinità", ai quali norme di diritto comunitario hanno conferito *ex novo* una dimensione "normativo-giuridica" (35), ovvero hanno attribuito un'accezione diversa da quella ad essi originariamente attribuita dalla previgente normativa interna (36);

b2) Il secondo caso di incidenza integratrice si ha quando il precetto penale risulta *esplicitamente* improntato alla tecnica del rinvio cosiddetto "parziale" ed "elastico" (37). Ciò accade quando tale precetto penale si presenta palesemente incompleto o se si preferisce "parzialmente in bianco" (38), in quanto destinato ad essere integrato e specificato — in modo per l'appunto "elastico" — da norme di fonte "europea", ovvero da norme extrapenali a contenuto tecnico originariamente previste da fonti nazionali ma successivamente modificate o integralmente sostituite da norme di fonte "europea".

b3) Il terzo caso di incidenza integratrice si ha quando il

---

(34) GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I - La fattispecie*, Padova, 1993, p. 253 ss.

(35) Si pensi, ad esempio, al termine "genuinità", il quale in taluni casi è trapassato da elemento naturalistico (la c.d. "genuinità naturale", che si riscontra nel caso in cui la genuinità si fonda su parametri per così dire "naturali", in quanto non specificati da apposite norme ma lasciati alla valutazione discrezionale del giudice) a elemento normativo-giuridico a carattere comunitario (nel caso in cui il termine "genuinità" debba essere valutato dal giudice non già sulla base del parametro costituito dalla composizione "naturale" del prodotto stesso, ma per l'appunto sulla base di nuove, specifiche norme contenute in un atto comunitario).

(36) In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 62 ss.; DANNECKER, *Entsanktionierung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Lebensmittelrechs*, Baden-Baden, 1996, p. 88 ss.; SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, cit., p. 571 ss.

(37) Il rinvio viene detto "elastico" nel caso in cui la fattispecie incriminatrice rinviante preveda un automatico adeguamento dei suoi contenuti precettivi sulla base dei mutamenti delle norme extrapenali integratrici succedentisi nel tempo.

(38) In argomento cfr., da ultimo e diffusamente, SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, cit., p. 210 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precetto penale è costruito in forma di rinvio "totale" ad una norma di fonte europea, cosicché l'apporto del legislatore nazionale nella formulazione della fattispecie consiste solo nel comminare le sanzioni applicabili in caso di violazione delle relative prescrizioni comunitarie (39). Questa ultima e più macroscopica forma di incidenza, che finisce ovviamente col privare il legislatore nazionale del momento più "nobile" della sovranità punitiva (40), si ha soprattutto (ma non solo) nei casi in cui all'interno dei singoli Stati membri debba darsi attuazione sanzionatoria a norme contenute in regolamenti comunitari (41). Infatti, in ragione del primato di tali regolamenti sulla normativa interna e della loro diretta applicabilità (42), agli organi legislativi dei Paesi membri è inibito non solo di rielaborare le prescrizioni comunitarie nell'ambito di un nuovo precetto penale "nazionalizzato", ma persino di riprodurre testualmente queste ultime in un atto normativo interno (43). Soltanto in tal modo,

(39) Merita di essere precisato che nei sistemi penali dei Paesi europei maggiormente sensibili al principio di legalità-riserva di legge (tra i quali rientra indubbiamente l'Italia) tale forma di rinvio può aversi solo con riferimento a una norma comunitaria preesistente alla norma penale rinviante; mentre nei sistemi penali caratterizzati da un approccio più disinvolto alle fonti di produzione delle disposizioni penali il rinvio in questione può avere ad oggetto anche norme comunitarie di futura emanazione. Così, a d esempio, in Francia, sono ammesse norme penali che prevedono rinvii estremamente generici a regolamenti comunitari futuri. Cfr., par esempio, l'art. 214-3 del *code de la consommation*, di cui alla L. 93-949 del 26 luglio 1993 (in *Journal officiel*, 27 luglio 1993, p. 10551). Al riguardo cfr., diffusamente, ROBERT, *L'incrimination par renvoi du legislatéur national à des règlements communautaires futurs*, in *Mélanges offerts à G. Levasseur*, Paris, 1992, p. 169 ss.

(40) Quello consistente, appunto, nell'individuazione dei comportamenti giuridicamente inammissibili e dunque punibili.

(41) Fra i moltissimi esempi di precetti penali che rinviano integralmente a disposizioni comunitarie a carattere regolamentare, cfr. il testo originario dell'art. 4 comma 1 della l. 4 novembre 1987, n. 460: "1. Chiunque trasgredisce le prescrizioni, i divieti ed i limiti stabiliti negli articoli 15, 16, 22 e nell'allegato VI del regolamento CEE n. 822/87 del Consiglio in data 16 marzo 1987 in materia di dolcificazione, di tagli e di pratiche e trattamenti enologici, è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda da lire un milione a lire venti milioni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato".

(42) In base alla quale, come noto, i regolamenti comunitari producono effetti in modo automatico, senza cioè veder condizionata la loro efficacia al varo di provvedimenti di fonte statuale.

(43) L'illegittimità di qualsivoglia atto interno riproduttivo o modificativo di un regolamento comunitario è stata sottolineata a più riprese dalla Corte di giustizia. Cfr.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del resto, può essere fatta salva l'esigenza sia di riservare alla Corte di giustizia il monopolio dell'interpretazione delle norme regolamentari (44), sia di sottrarre queste ultime al controllo nazionale di costituzionalità (45), sia infine di garantire l'effetto immediato e diretto di ogni loro eventuale modifica (46). In definitiva, se è vero che in sede di costruzione del precetto penale la tecnica del rinvio "totale" a norme extrapenali viene talora utilizzata dal legislatore

---

all'interno di una ricchissima giurisprudenza, sent. 18 febbraio 1970, causa 40/69 (*Bollmann*), in *Racc.*, 1970, p. 69. In senso conforme cfr. ad esempio, nella giurisprudenza costituzionale italiana, sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401, con nota di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*; sent. 30 ottobre 1975, n. 232, in *Foro it.*, 1976, I, c. 542 ss., con nota di CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, con ulteriori riferimenti bibliografici. In dottrina cfr., per tutti, GUZZETTA, *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano, 1994, p. 8 ss. con ulteriori puntualizzazioni e ricchissimi riferimenti bibliografici. Cfr. altresì, in una prospettiva essenzialmente comunitaristica, KOVAR, *Rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 137 e bibliografia ivi riportata. Limitatamente alla dottrina penalistica, cfr., tra gli altri, BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 997; BIGAY, *L'application des règlements communautaires en droit pénal francais*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 58 ss.; GAITO, *Sull'efficacia immediata dei regolamenti comunitari nel settore penale*, in *Giur. it.*, 1981, p. 453 ss.; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 351; ID., *Introduzione ai princìpi di diritto penale*, Torino, 1999, p. 253 ss.; PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 51 ss.; TRAPANI, voce *Legge penale. I) Fonti*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 11.

(44) Cfr., per tutti, PESCATORE, *Art. 177 - Commentaire*, in *Traité instituant la CEE* a cura di V. Constantinesco, R. Kovar, J.-P. Jacqué, D. Simon, Paris, 1992, p. 1081 ss.

(45) Quanto meno fatti salvi i casi in cui tali norme risultino in tensione coi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. La Corte costituzionale italiana ha invero affermato che in tali casi "anche il diritto derivato può essere censurato in via indiretta per il tramite della legge di esecuzione del trattato" AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta fase"?*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 87. Sulla problematica del diritto comunitario secondario confliggente con i diritti fondamentali cfr., relativamente all'esperienza francese, Conseil const., 20 gennaio 1993, sent. 92-316 DC, in *Rev. franç. dr. const.*, 1993, n. 14, p. 375 ss., con note di FAVOREU, FRAYSSINET, PHILIPPE, RENOUX, ROUX. Relativamente all'esperienza spagnola cfr. TRAYTER, *La situazione attuale dell'integrazione del diritto comunitario in Spagna. Riferimento speciale ai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 960 ss.

(46) Cfr., in particolare, BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1996, p. 455 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazionale anche con riferimento a norme non contenute in regolamenti comunitari, è anche vero che, limitatamente alle norme europee a carattere regolamentare, il ricorso a tale tecnica normativa risulta indotto e favorito da tutta una serie di fattori che trovano le loro radici nei difficili rapporti di integrazione tra diritto comunitario e diritto penale (47).

Come ben si vede, in tutti e tre i casi presi in esame il ricorso a precetti penali siffatti, in minore o maggiore misura integrati nei singoli Stati da norme comunitarie assolutamente identiche (48), o comunque votate a dare vita a disposizioni nazionali alquanto omogenee da uno Stato all'altro (49), implica un processo di tendenziale omogeneizzazione di tali precetti a livello interstatuale, o addirittura comporta la radicale uniformazione di questi in ambito europeo. In particolare, la crescente proliferazione di disposizioni di origine comunitaria sostitutive di precedenti disposizioni extrapenali a carattere puramente nazionale e destinate a integrare in chiave "tecnica" moltissimi precetti penali, non fa che accelerare il fenomeno di armonizzazione/unificazione (o se si preferisce di più o meno intensa "europeizzazione") dei suddetti precetti (50). Naturalmente, tale fenomeno di europeizzazione dei precetti acquista il massimo rilievo laddove, come nei casi di rinvio "totale" a fonti comunitarie, siano in realtà queste ultime a formulare il precetto nella sua interezza, residuando al legislatore nazionale, come già

(47) Peraltro, sulla opportunità di resistere alle facili lusinghe connesse al ricorso alla tecnica normativa del rinvio "completo" nelle sue diverse configurazioni, tenuto conto dei profili di disfunzionalità insiti in tale tecnica cfr. diffusamente, anche con specifico riferimento ai rapporti di integrazione tra diritto penale e regolamenti comunitari, BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, cit., p. 95 ss.

(48) Se contenute in regolamenti comunitari.

(49) Laddove tali norme comunitarie siano contenute in direttive d'armonizzazione sufficientemente dettagliate, e dunque destinate ad essere trasposte con poche modifiche all'interno dei singoli sistemi giuridici nazionali.

(50) Merita di essere ricordato che la tecnica di integrazione dei precetti penali incentrata su forme esplicite di rinvio "elastico" viene ritenuta da una larga parte della dottrina (almeno nei Paesi più rispettosi del principio di legalità nelle sue diverse espressioni, quali in particolare la Germania e l'Italia) in contrasto col principio di riserva di legge. Ma nemmeno in questi Paesi il dissenso della dottrina è riuscito a frenare il successo decretato dal legislatore alle fattispecie incriminatrici così costruite.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

detto, il solo potere di dettare la disciplina sanzionatoria applicabile in caso di violazione della normativa sovrastatuale.

c) Infine, la terza forma di incidenza del diritto comunitario sui precetti penali consiste nella disapplicazione da parte del giudice nazionale di quelli incompatibili con norme europee primarie (51) *o secondarie* (52), in quanto volti per l'appunto a punire fatti consentiti dalla legislazione europea. Tale meccanismo di disapplicazione giudiziaria (53) — che costituisce una conseguenza dei principi del primato e dell'effetto diretto del diritto comunitario sul diritto interno — può investire il precetto penale nella sua interezza (qualora quest'ultimo confligga insanabilmente con principi o regole di fonte comunitaria, con conseguente assoluta inapplicabilità della

(51) Un esempio di contrasto con norme CE primarie è offerto da talune fattispecie penali nazionali volte a tutelare un regime di controllo dei prezzi su taluni prodotti importati o nazionali, la cui disapplicazione discende dalla incompatibilità delle suddette norme col principio del divieto di misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, previsto dall'art. 28 (in precedenza, art. 30) TCE. Cfr., per tutti, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 278, con puntuali riferimenti giurisprudenziali.

(52) Un esempio di contrasto con norme CE secondarie è stato offerto dalla normativa penale italiana (cfr. art. 112, r.d. 12 maggio 1927, n. 824, in relazione all'art. 1, d.m. 21 maggio 1974) volta a colpire il mancato rispetto delle procedure di autorizzazione e di controllo delle condizioni di funzionamento di apparecchi la cui pressione fosse risultata superiore a precisi limiti, in seguito modificati ad opera di una disposizione comunitaria direttamente applicabile (cfr. la direttiva 767 del 1976, in *GUCE* L 262 del 27 settembre 1976, p. 153 ss.). Tale disposizione comunitaria — anche alla luce dell'evoluzione delle tecnologie avutasi nell'arco di tempo intercorso dal varo della legge italiana in materia — fissa limiti di pressione più elevati dei precedenti, rendendo così lecito il mancato controllo o la mancata verifica di apparecchi con una pressione superiore a quella consentita in base alla legge italiana, purché siano rispettati i nuovi limiti fissati dalla disciplina comunitaria in questione (cfr., Pret. Desio, sent. 15 gennaio 1980, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 402 ss., con nota di MUCCIARELLI, *Osservazioni in tema di immediata applicabilità delle direttive comunitarie in materia penale*).

(53) In merito al quale cfr., per tutti e limitatamente alla dottrina penalistica italiana, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 269 ss.; MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1997, p. 947 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 978; PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, cit., p. 57 ss.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, p. 102 ss. e p. 206 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 34; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 213-214.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relativa fattispecie penale) (54); oppure può interessare solo una parte del precetto (nei casi in cui esclusivamente una parte dei comportamenti da questo vietati siano considerati leciti in base alla normativa europea). Resta comunque il fatto che sia nei casi di disapplicazione totale sia in quelli di disapplicazione parziale dei precetti penali nazionali si realizza una sorta di ravvicinamento "in negativo" dei relativi sistemi penali. Ravvicinamento consistente, per l'esattezza, in un processo di erosione degli ambiti del penalmente rilevante destinato a inibire un utilizzo delle fattispecie penali nazionali in contrasto col diritto sovrastatuale. Anche per questa via, dunque, i precetti penali, senza con ciò divenire necessariamente uguali da uno Stato all'altro, sono pur tuttavia assoggettati ad un processo di tendenziale "europeizzazione".

5. *L'influenza del diritto comunitario sulla disciplina punitiva. Gli effetti di armonizzazione sanzionatoria prodotti dalle fonti CE di diritto derivato.*

Se, come in precedenza accennato, le plurime forme di incidenza del diritto comunitario sui precetti penali nazionali discendono tutte, essenzialmente, dai "principi-cardine" del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario sulla normativa dei Paesi membri, le forme di influsso del diritto comunitario sulle scelte punitive nazionali discendono innanzitutto dal principio "non scritto" di proporzione e dal principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE.

In estrema sintesi, è possibile affermare che le forme di influsso da ultimo ricordate sono dovute all'azione sia del legislatore comunitario sia della Corte di giustizia, e operano nella duplice prospettiva di imporre sanzioni sufficientemente severe ed effettive da garantire il rispetto delle disposizioni di fonte comunitaria all'in-

(54) Come ricordato *supra*, *sub* nt. 29, tale fattispecie dovrà pertanto, per ragioni di certezza del diritto, essere al più presto abrogata dal legislatore: cfr. Corte di giustizia, sent. 15 ottobre 1986, causa (*Commissione c. Repubblica italiana*), in *Dir. com. scambi intern.*, 1987, p. 105 ss., con nota di Zilioli, *Recenti sviluppi sul contrasto tra norme nazionali e disposizioni comunitarie*, p. 110 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terno dei singoli Stati membri, ovvero di inibire il ricorso a sanzioni nazionali sproporzionate per eccesso.

Per quanto riguarda l'influsso esercitato dalla legislazione comunitaria secondaria sulle scelte punitive nazionali, occorre subito sottolineare che esso opera solo in relazione all'attuazione sanzionatoria dei testi normativi CE. Per di più, tale influsso mira sostanzialmente ad assicurare l'efficacia preventivo-repressiva delle misure punitive nazionali, che come appena ricordato si verifica quando queste ultime presentano un coefficiente di severità tale da garantire una tutela effettiva delle norme "europee".

Vero è peraltro che il più delle volte le fonti comunitarie in questione (regolamenti e direttive) lasciano un notevole margine di discrezionalità agli Stati, limitandosi a decretare l'obbligo in capo ad essi di colpire le violazioni delle disposizioni ivi contenute con sanzioni "adeguate" ovvero "proporzionate", "appropriate", "efficaci", "sufficientemente dissuasive" (55). Non mancano, tuttavia, atti comunitari che si premurano di fissare in modo preciso la tipologia (56), l'entità (57) e persino le specifiche finalità (58) delle sanzioni

(55) Cfr., all'interno di un vastissimo campionario di atti comunitari, l'art. 7 del reg. CEE 3842/86 del Consiglio del 1° dicembre 1986 "che fissa misure intese a vietare l'immissione in libera pratica di merci contraffatte" (in *GUCE*, L357 del 18 dicembre 1986, p. 3); l'art. 8 del reg. CEE 3677/90 del Consiglio del 13 dicembre 1990 "recante misure intese a scoraggiare la diversione di talune sostanze verso la fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (in *GUCE*, L357 del 20 dicembre 1990, p. 4); l'art. 39/3 del reg. CEE 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 "relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE)" (in *GUCE*, L199 del 31 luglio 1985, p. 9); l'art. 13 della dir. 89/592/CEE del 13 novembre 1989 "sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)" (in *GUCE*, L334 del 18 novembre 1989, p. 30); l'art. 14 dalla dir. del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991 "relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite" (in *GUCE*, L166 del 28 giugno 1991, p. 77); l'art. 16 della dir. 91/477/CEE del Consiglio del 18 giugno 1991 "relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi" (in *GUCE* L256 del 13 settembre 1991, p. 55); l'art. 8 della dir. 92/109/CEE del Consiglio del 14 dicembre 1992 "relativa alla fabbricazione e all'immissione in commercio di talune sostanze impiegate nella fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (in *GUCE*, L370 del 19 dicembre 1992, p. 79).

(56) Cfr., ad esempio, l'art. 3 del reg. CEE n. 2262/84 "che prevede misure speciali nel settore dell'olio d'oliva" (in *GUCE*, L208 del 3 agosto 1984, p. 11 ss.), il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazionali volte a salvaguardare i precetti da essi introdotti (59), lasciando quindi un assai ridotto spazio di autonomia al legislatore nazionale. In nessun caso, comunque, i suddetti atti si sono spinti sino a sancire un espresso obbligo in capo agli Stati di introdurre sanzioni formalmente penali: il legislatore "europeo" ha infatti preferito lasciare ai Paesi membri la possibilità di scegliere se far uso di sanzioni di tipo criminale ovvero di tipo amministrativo in sede di attuazione del diritto comunitario derivato (60). Il mantenimento di questo margine di discrezionalità nazionale — dovuto essenzialmente ai dubbi esistenti in merito al fatto che gli Stati europei, con la ratifica dei Trattati, abbiano acconsentito ad una almeno parziale perdita di sovranità in materia penale — potrebbe tuttavia essere superato in un prossimo futuro. È infatti attualissimo il dibattito sull'esistenza o meno nel Trattato CE di basi giuridiche atte a consentire agli organi comunitari deputati a redigere la normativa

---

quale impone di sanzionare le infrazioni al regime di aiuto alla produzione con *sanzioni pecuniarie proporzionali* alla "dimensione del fatto illecito".

(57) Cfr., esemplificativamente, la raccomandazione CECA n. 1835/81, la quale all'art. 16 dispone che la violazione degli obblighi ivi previsti relativamente alla pubblicazione dei prezzi e alle condizioni di vendita dell'acciaio sia punita con *sanzioni pecuniarie di cui viene stabilito il limite edittale massimo*.

(58) Per esempio, *la finalità di "privare effettivamente i responsabili del beneficio economico derivante dall'infrazione"*: art. 11-*quater* del reg. CEE n. 3483/88 del Consiglio del 7 novembre 1988 "che modifica il regolamento (CEE) n. 2241/87 che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca" (in *GUCE*, L306 dell'11 novembre 1988, p. 2 ss.).

(59) Per ulteriori esempi di penetranti vincoli alle scelte sanzionatorie nazionali in caso di violazione delle prescrizioni comunitarie cfr., tra gli altri: l'art. 31 del reg. CE 2847/93 del Consiglio del 12 ottobre 1993 "che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca" (in *GUCE* L261 del 20 ottobre 1993, p. 1 ss.); l'art. 4 del reg. CE 858/94 del Consiglio del 12 aprile 1994 "che istituisce un regime di registrazione statistica relativo al tonno rosso (*Thunnus thynnus*) nella Comunità" (in *GUCE* L99 del 19 aprile 1994, p. 1 ss.).

(60) Per la verità, a più riprese il legislatore comunitario ha cercato di prevedere a carico degli Stati puntuali obblighi di incriminazione, ma sinora tutti i progetti di atti orientati in tal senso si sono invariabilmente arenati a causa del comportamento ostruzionistico degli Stati membri. Per un rapido esame di taluni progetti di direttive contenenti norme a carattere esplicitamente penale poi abortite per il fermo dissenso del Consiglio cfr. DUTOIT, *Droit pènal et Union Europèenne: un mariage difficile*, in *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, Berna, 1996, p. 266.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

europea di obbligare gli Stati membri a introdurre sanzioni penali a tutela di disposizioni contenute in testi di diritto derivato; dibattito reso più acceso dalla recente presentazione di importanti progetti e proposte di direttive contenenti, per l'appunto, obblighi di incriminazione a carico degli Stati membri in caso di violazione delle relative prescrizioni (61).

A favore della possibilità per il legislatore comunitario di introdurre obblighi siffatti si sono già espressi a più riprese la Commissione (62), il Consiglio per bocca del suo servizio giuridico (63) e il Parlamento europeo (64), quest'ultimo in particolare per bocca della "Commissione giuridica e per il mercato interno" (65) e della "Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini" (66). Anche la prevalente dottrina appare concorde in merito a questa possibilità, specie nel caso in cui gli obblighi d'incriminazione siano contenuti in direttive. Il tal caso, infatti, nonostante il ben noto problema connesso al *deficit democratico comunitario* (67), detti obblighi non sem-

(61) Cfr. la "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità", COM (2001) 272, in *GUCE* C 240 E del 28 agosto 2001 pag. 125 ss. E cfr. altresì la "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", COM (2001) 139 def., in *GUCE* C 180 E del 26 giugno 2001, pag. 238.

(62) La quale da molti anni si batte per il riconoscimento di una piena competenza penale della Comunità, ancorché se del caso circoscritta alla tutela degli interessi finanziari CE. Cfr., da ultimo, il doc. SEC(2001)227, Documento di lavoro dei servizi della Commissione sullo stabilimento di un *acquis* relativamente alle sanzioni penali.

(63) Come noto, infatti, il servizio giuridico del Consiglio sostiene che "nella misura in cui il legislatore comunitario ritiene che il rispetto delle norme comunitarie non possa essere assicurato se non attraverso il ricorso a sanzioni penali, in tal caso esso dispone della capacità giuridica di obbligare gli Stati membri a prevedere tali misure": Parlamento europeo, *Documento di lavoro sulle basi giuridiche e il rispetto del diritto comunitario*, (2001/2151(INI)) del 24 giugno 2002, PE 319.680, p. 7.

(64) Cfr. ancora, per puntuali riferimenti, Parlamento europeo, *Documento di lavoro sulle basi giuridiche e il rispetto del diritto comunitario*, cit., p. 4 ss.

(65) Cfr. ivi, p. 5.

(66) Cfr. doc. A5-390/2001.

(67) È risaputo infatti che il trasferimento alla Comunità di una parte delle competenze statuali, e dunque la sottrazione di queste ultime al potere dei Parlamenti nazionali, non ha trovato quale adeguato *pendant* l'attribuzione di tali competenze al Parlamento europeo, unico organo della Comunità democraticamente legittimato. Nonostante il progressivo ampliamento dei poteri di tale organo, ancor oggi è essenzialmente il Consiglio europeo a detenere la competenza legislativa in ambito comunitario;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

brerebbero porre problemi neppure rispetto del principio di legalità in materia penale (68). Ciò, quantomeno, ove in sede di recepimento delle direttive contenenti disposizioni deputate ad essere salvaguardate per mezzo di sanzioni criminali si faccia ricorso nei singoli Stati dell'Unione a meccanismi normativi conformi ai requisiti legali ivi imposti per la creazione di fattispecie penali (69).

In questo senso — nonostante che da ultimo i dubbi circa la

---

di conseguenza, come viene costantemente sottolineato, "il trasferimento di poteri dagli Stati alla Comunità si traduce, in sostanza, in un trasferimento di poteri dai Parlamenti nazionali ai Governi nazionali riuniti nel Consiglio". VILLANI, *Il* deficit democratico *nella formazione delle norme comunitarie*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1992, p. 600. Cfr. altresì, tra gli altri, CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione comunitaria*, Milano, 1995, p. 67 ss.; VACCA, *Atti comunitari e procedure di formazione*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 520 ss.; volendo BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, Saggi III, 1996, p. 82 ss.

(68) In questo senso cfr., in generale e per tutti, BERNARDI, "*Principi di diritto*" *e diritto penale europeo*, cit., p. 163 ss., e bibliografia ivi riportata; DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 987; FORNASIER, *Le pouvoir repressif des Communautes européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, in *Rev. Marché commun*, 1992, p. 413; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 92 ss. e p. 194 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 328 ss.; ZULEEG, *Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration*, cit., p. 53 ss. In termini più problematici cfr. HUET, KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, 1994, p. 149, con ulteriori riferimenti bibliografici; HUGGER, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, n. 3, p. 251 ss.; VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Comunity. Tovards a System of European Administrative Sanctions?*, in *Administrative Law Application and Enforcement of community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 174. La tesi fortemente minoritaria in base alla quale le direttive con obblighi d'incriminazione devono ritenersi in contrasto col principio di legalità è sostenuta da OEHLER, *Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz*, in *Festschrift Baumann*, Bielefeld, 1992, p. 565 ss.; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 154.

(69) Peraltro, in merito al *deficit* di legalità insito nel meccanismo italiano di recepimento delle direttive penalmente tutelate cfr., diffusamente, BERNARDI, *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, in particolare p. 78 ss.; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 14-15; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, p. 47 ss.; PALAZZO, *Introduzione ai princpi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 247-248.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sussistenza di una competenza comunitaria a varare direttive contenenti obblighi di incriminazione a carico degli Stati membri siano stati riproposti con forza (70) — sembra di poter concludere ribadendo la legittimità di direttive siffatte. Il che, naturalmente, non equivale ad affermare la sussistenza in capo alla Comunità di un indiscriminato potere di imporre risposte di tipo penale per qualsivoglia violazione del diritto comunitario, indipendentemente dalla sua gravità (71). Infatti, al pari di ogni altra disposizione comunitaria, i vincoli sanzionatori contenuti nelle direttive sono sindacabili dalla Corte di giustizia in merito alla loro conformità ai principi generali del diritto comunitario, e segnatamente al principio di proporzione-stretta necessità della sanzione (72): pertanto il legislatore "europeo" non potrebbe indurre gli Stati membri a varare una disciplina

(70) In effetti, con riferimento alla "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale" del 2001, in seno al Consiglio si è da ultimo giunti alla conclusione che non potesse essere raggiunta la maggioranza necessaria alla sua adozione, ritenendosi che tale proposta vada al di là delle competenze attribuite alla Comunità dal Trattato CE. Si è altresì ritenuto che gli obiettivi perseguiti dalla proposta di direttiva in questione possano essere raggiunti mediante una decisione quadro basata sul titolo VI del Trattato UE, ed in particolare sul relativo art. 34. È stata così adottata la decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio del 27 gennaio 2003, "relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", in *GUCE* L29, p. 55 ss. Tuttavia, in merito alla ben diversa efficacia delle direttive rispetto alle decisioni quadro cfr., *infra*, *sub* par. 9, *in fine.*

(71) Gravità da valutarsi, come si sa, in rapporto all'importanza del bene tutelato ed alle modalità oggettive e soggettive di aggressione allo stesso.

(72) Parallelamente, come vedremo nel prosieguo della trattazione, in sede di attuazione del diritto comunitario gli Stati membri non potrebbero introdurre nemmeno spontaneamente una disciplina sanzionatoria eccessivamente severa, in quanto non solo la normativa comunitaria, ma anche la normativa nazionale di attuazione di testi comunitari risulta sottoposta al controllo della Corte di giustizia in merito alla sua conformità al diritto comunitario primario, e segnatamente al principio di proporzione della risposta punitiva. In argomento cfr., tra gli altri, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 409 ss.; CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, cit., p. 548; DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986 *(trad. it. Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, trad. it., Milano, 1992, in particolare p. 86 ss.; DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 122; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 467 ss.; TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1992, p. 432 ss. e 440; ID., *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sanzionatoria sproporzionata per eccesso senza incorrere nella censura della Corte di giustizia.

6. *Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia nel ravvicinamento delle risposte punitive nazionali.*

Per quanto riguarda ora l'influsso esercitato dalla giurisprudenza comunitaria sulle scelte sanzionatorie dei Paesi membri, va innanzitutto posto in rilievo che tale influsso si manifesta sia in sede di attuazione delle fonti di diritto derivato, sia nell'ambito di materie aventi rilevanza comunitaria; va inoltre evidenziato che i giudici di Lussemburgo, nella loro attività di controllo delle misure punitive adottate dal legislatore nazionale, mirano a evitare (ed eventualmente a "condannare") la previsione e/o l'applicazione non solo di sanzioni inadeguate per difetto, ma anche di sanzioni eccessivamente severe.

In proposito, meritano di essere sottolineati gli sviluppi interpretativi cui è stato assoggettato da tali giudici il principio sancito dall'art. 10, comma 1, TCE, concernente l'obbligo di leale cooperazione con la Comunità ("obbligo di fedeltà comunitaria") (73) gravante sui Paesi membri. La Corte di giustizia, dopo aver in un primo periodo affermato che in base a tale principio gli Stati CE erano liberi di scegliere le sanzioni interne atte a colpire le violazioni degli obblighi di fonte comunitaria (74), ha mutato progressivamente il proprio punto di vista, sostenendo che gli Stati erano tenuti a dare attuazione alla normativa comunitaria attraverso l'introduzione di sanzioni realmente efficaci, cioè funzionali al perseguimento delle loro finalità preventive (75). A partire dalla fine degli anni '80, tali vincoli sanzionatori sono stati ulteriormente precisati dalla Corte di giustizia, la quale ha stabilito che le violazioni del diritto comunitario

(73) In base al quale "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti".

(74) Cfr. sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76 (*Amsterdam Bulb BV*), in *Racc.*, 1977, p. 150. Sul punto cfr., per tutti, GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 9 ss.

(75) Cfr., per tutte, sentt. 10 aprile 1984, cause 14/83 (*von Colson*) e 76/83 (*Harz*), in *Racc.*, 1984, pp. 1908 e 1941.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

devono essere punite nei Paesi membri con sanzioni *analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità* (cosiddetto *"principio di assimilazione"*) e comunque *effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive* (cosiddetto *"principio di efficacia-proporzionalità"*) (76).

Conseguenza logica del primo dei due principi appena ricordati è che ove le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza alle violazioni del diritto comunitario fossero punite in sede penale, sussisterebbe l'obbligo a carico dello Stato di assoggettare a sanzione penale anche le suddette violazioni "comunitarie" (77). Conseguenza logica del secondo di tali principi è che, così come chiarito a più riprese dalla stessa Corte di giustizia, in relazione alle più gravi violazioni del diritto comunitario solo sanzioni di tipo penale potrebbero essere riconosciute proporzionate (78).

L'esame della giurisprudenza di Lussemburgo porta dunque a

---

(76) Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*, 1989, p. 2965 ss.; sent 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (*Commissione c. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, p. 2475 e p. 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, p. 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc.*, 1996, p. 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, p. 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 309, con nota di RIONDATO. In merito ai problemi di coordinamento tra i principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità cfr., volendo BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., p. 127 ss.

(77) Cfr., per tutti, RIZZA, *la sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di G. Grasso, Milano, 2000, p. 99.

(78) Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di RIONDATO. In dottrina cfr., in particolare, RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 118-119. Circa l'obbligo per gli Stati membri (non solo di *prevedere in astratto*, ma) di *applicare in concreto* sanzioni penali in relazione ad atti di violenza commessi su mezzi destinati a trasportare prodotti agricoli di un altro Stato membro per impedire la libertà degli scambi intracomunitari sancita dall'art. 28 TCE, cfr. Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 1997, in *Racc.*, 1997, p. I- 6959 ss., in particolare punti 48 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concludere che anche nel caso in cui manchi un espresso obbligo di incriminazione da parte del legislatore comunitario, tale obbligo può esser fatto discendere, in via generale, dagli sviluppi del principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 comma 1 TCE. Una siffatta conclusione appare del resto in linea con le finalità dei Trattati e della produzione normativa fondata su di essi, tenuto conto del fatto che risulterebbero esiziali per il mercato unico oasi di impunità (o di insufficiente punibilità, da valutarsi sia *in astratto* sia *in concreto*) rispetto a taluni comportamenti realizzati in violazione del diritto "europeo" (79). Tuttavia, una parte della dottrina penale non ha mancato di manifestare il timore che, attraverso il vincolo dell'adeguatezza delle scelte sanzionatorie nazionali dirette alla tutela di norme comunitarie, il diritto europeo finisca col preoccuparsi di fissare minimi punitivi superabili solo verso l'alto e non verso il basso, con conseguente sacrificio del principio di proporzionalità-stretta necessità della risposta punitiva; ovvero finisca con lo stimolare forme di tutela penale "a tappeto" in tendenziale contrasto col principio di *extrema ratio* dell'intervento penale (80). Certamente, il rischio che le esigenze di una efficace salvaguardia della normativa comunitaria possano condurre ad un indebito rigore delle risposte punitive nazionali, ovvero ad una eccessiva proliferazione di fattispecie penali non può essere del tutto escluso. Resta comunque il fatto che le applicazioni sul versante sanzionatorio del principio di

(79) In questo senso, merita di essere ricordato che di recente la Corte d'Appello di Lecce e le sezioni I e IV del Tribunale di Milano hanno sollevato davanti ai giudici di Lussemburgo talune questioni pregiudiziali in merito alla legittimità comunitaria della nuova disciplina sanzionatoria, complessivamente intesa, dettata dall'art. 2621 c.c. In particolare, i summenzionati organi giudiziari nazionali hanno ipotizzato la mancanza di effettività, proporzionalità e dissuasività di tale disciplina, tenuto anche conto delle norme e della prassi di diritto sostanziale e processuale vigenti nel nostro Paese. In argomento cfr., per tutti, FOFFANI, *Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3247 ss.; DI MARTINO, *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 45, p. 113 ss.; LETTIERI, *Falso in bilancio e diritto comunitario. Incertezze sulla conformità della riforma alle norme UE*, in *Diritto e giustizia*, 2002, n. 46, p. 48 ss.; SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

(80) Cfr., da ultimo e per tutti, VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, in *GA*, 2002, p. 527.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fedeltà comunitaria implicano forme di armonizzazione normativa interstatuale condotte nel segno non solo di un incremento, ma anche di un decremento del livello di severità delle sanzioni nazionali e/o del complessivo ambito del penalmente rilevante. Ciò accade sia — come si è visto — laddove attraverso il diritto comunitario vengano consentiti comportamenti vietati a livello nazionale (81) sia — come ci accingiamo a vedere — laddove il diritto comunitario imponga una attenuazione della sanzione nazionale, ovvero una vera e propria depenalizzazione di taluni comportamenti legittimamente vietati dagli Stati, ma comunque assoggettati in questi ultimi a risposte punitive da ritenersi troppo severe alla luce dell'ordinamento giuridico europeo.

Il riferimento normativo primario atto a conferire alla Corte di giustizia europea il ruolo di calmiere degli "eccessi rigoristici nazionali" nei settori normativi di rilievo comunitario è costituito dall'art. 10 comma 2 TCE, in base al quale gli Stati membri "si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi" del Trattato CE. Costantemente interpretata dai giudici di Lussemburgo alla luce del principio generale di proporzione, la norma in questione ha infatti portato a ritenere comunitariamente illegittime le sanzioni nazionali che non si rivelassero strettamente necessarie in relazione alla tutela degli interessi in gioco. Più precisamente — a seguito di numerosi ricorsi pregiudiziali alla Corte di giustizia, effettuati *ex* art. 234 TCE da giudici nazionali dubbiosi della conformità al diritto comunitario di talune scelte punitive del legislatore interno — la Corte non si è limitata ad offrire risposte vaghe, volte esclusivamente a ribadire in linea di principio che la proporzionalità costituisce un requisito di legittimità delle risposte sanzionatorie nazionali in settori normativi di rilievo comunitario (82). In particolare, travalicando di fatto le sue naturali funzioni (83), la Corte ha anche a più riprese affermato senza mezzi termini

(81) Si allude, beninteso, all'incidenza disapplicativa (e se del caso anche abrogativa) del diritto comunitario su talune fattispecie penali nazionali, in merito alla quale cfr. *supra*, *sub* par. 3.1, lett. *c*).

(82) Una risposta di questo tipo si rinviene, ad esempio, nella sentenza 14 luglio 1977, causa 8/77 (*Sagulo*), p. 1509.

(83) Funzioni che dovrebbero consistere nel fornire l'esatto significato delle norme comunitarie su cui il giudice nazionale ricorrente chiede ragguagli, senza pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che le sanzioni utilizzate dallo Stato nel caso di specie dovevano ritenersi in contrasto con la normativa "europea" (84), in quanto eccessive tenuto conto della natura dell'illecito, del comportamento dell'autore, e di altri eventuali "indici" di gravità del fatto (85). Si è così imposta prima la disapplicazione della norma punitiva interna da parte del giudice nazionale, e quindi la riforma della normativa di settore nel segno di una revisione del tipo e/o del *quantum* delle sanzioni da essa comminate (86), così da attenuare il complessivo livello di afflittività di queste ultime.

7. *Le sanzioni amministrative comunitarie e la loro attitudine a condizionare i sistemi punitivi dei Paesi membri.*

All'interno dei Paesi membri il fenomeno di europeizzazione dei sistemi penali (e penal-amministrativi) risulta favorito non solo dalle convenzioni d'armonizzazione elaborate nell'ambito del Consiglio

---

nunciarsi sulla conformità o meno del diritto nazionale rispetto a tali norme. Ciò in quanto, per l'appunto, tale giudizio spetta al giudice nazionale, che giudicherà tenendo conto dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia sulla norme comunitarie in questione. In proposito cfr., ad esempio, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 189.

(84) Tale forma di ingerenza della Corte di giustizia in valutazioni riservate, in linea di principio, al giudice nazionale ricorrente è dovuta al fatto che, sovente, i giudici di Lussemburgo forniscono risposte così articolate, da prendere di fatto posizione in merito alla controversia che il giudice interno è chiamato a risolvere, e pertanto da limitare grandemente il potere discrezionale di quest'ultimo. Cfr., ad esempio, all'interno di una ricca giurisprudenza, Corte di giustizia, sent. 29 giugno 1978, causa 154/77 (*Deckman*), in *Racc.*, 1978, p. 1571; ID., sent. 12 ottobre 1978, causa 13/78 (*Eggers*), ivi, p. 1935; in dottrina cfr., per tutti, RASMUSSEN, *La Corte di giustizia*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 183 ss.

(85) Cfr. già, all'interno di un vasto campionario, sent. 26 febbraio 1975, causa 67/74 (*Bonsignore*), in *Racc.*, 1975, p. 306-307; sent. 8 aprile 1976, causa 48/75, (*Royer*), in *Racc.*, 1976, p. 517; sent. 7 luglio 1976, causa 118/75 (*Watson e Belmann*), in *Racc.*, 1976, p. 1189; sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76, (*Donckerwolcke*), in *Racc.*, 1976, p. 1936. Cfr. altresì, per tutte, sent. 25 febbraio 1988, causa 299/86, (*Drexl*), in *Racc.*, 1988, p. 13 ss.

(86) In argomento cfr., *amplius* e per tutti, BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 196 ss.; RIZZA, *la sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 138 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'Europa e dal sin qui descritto processo di armonizzazione di precetti e sanzioni nazionali ad opera delle fonti legislative comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; ma anche dallo stesso sistema di sanzioni amministrative CE legittimato dai trattati europei.

Nell'impossibilità di descrivere compiutamente, in questa sede, i lineamenti di tale sistema di sanzioni CE, basterà ricordare che i suddetti trattati contengono talune norme che espressamente sanciscono una competenza comunitaria in ambito punitivo (87); e contengono altresì ulteriori norme che sembrano implicitamente ammettere la possibilità per le istituzioni comunitarie di adottare atti corredati di misure punitive "sovrastatuali" nei diversi settori di competenza CE, laddove tali misure si rivelino "utili" o "necessarie" al raggiungimento degli obiettivi prefissati dagli atti in questione (88).

In virtù di questa duplice base giuridica, sono state varate due differenti categorie di regolamenti comunitari: la prima prevede le cosiddette "sanzioni amministrative CE a carattere accentrato", costituite da ammende e indennità di mora (89) irrogate e direttamente applicate dalle istituzioni comunitarie (90); la seconda prevede le cosiddette "sanzioni amministrative CE a carattere decentrato", costituite da misure interdittive e/o patrimoniali irrogate dalle isti-

---

(87) Cfr. gli artt. 47 comma 3, 54, comma 6, 58 par. 4, 59 par. 7, 64, 65, par. 5 e par. 6, 66 par. 6, 68 par. 6 del Trattato CECA e l'art. 87 del Trattato CE.

(88) Per più ampi sviluppi in argomento cfr., tra gli altri, GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 1171-1172; HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, 1995, p. 551 ss.; RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 53 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; SCHOCKWEILER, *La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour*, in *La protection du budget communautaire et l'assistence entre Etats*, Luxembourg, 1995, p. 67 ss.; TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, cit., p. 502 ss.; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 220 ss. e relativa bibliografia.

(89) Tali sanzioni sono previste, in particolare, nei regolamenti CEE nn. 11/60, 17/62, 1017/68, 4056/86, 4064/89, basate sull'art. 83 TCE

(90) In argomento cfr., diffusamente e per tutti, BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 137 ss.; MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 170 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzioni comunitarie ma applicate dalle autorità amministrative degli Stati membri (91).

Ora, è evidente che le sanzioni CE appartenenti alla prima categoria, proprio in quanto applicate dagli organi comunitari, non consentono nessun margine nazionale di adattamento in sede di commisurazione, dando così vita ad una unificazione punitiva su scala europea, sia pur limitata ad assai circoscritti settori normativi. Per contro, le sanzioni CE rientranti nella seconda categoria comportano un'opera di mera armonizzazione punitiva interstatuale, venendo applicate in base a una disciplina uniformizzata solo nei suoi profili essenziali (92), che lascia per il resto in vigore le singole discipline nazionali in tema di sanzioni amministrative, e in particolare le relative prassi commisurative fatte proprie dalle autorità di ciascun Paese. In ogni caso, tale opera di armonizzazione risulta anch'essa circoscritta, in quanto le suddette sanzioni sono state

(91) Misure consistenti, volta a volta, in forme di esclusione o diminuzione degli aiuti e benefici CE, ovvero in obblighi di restituzione delle erogazioni comunitarie concesse, previa maggiorazione del loro importo monetario in funzione afflittivo-punitiva. Si pensi, ad esempio, alla perdita totale di taluni premi speciali dovuti ai produttori di carne bovina (art. 9, reg. 714/1989), all'esclusione dai benefici dovuti per l'anno successivo (art. 8 reg. 1738/1989), alla diminuzione dell'aiuto concesso (art. 5 reg. 915/1989), all'obbligo di restituire la somma ricevuta maggiorata di una percentuale predeterminata (art. 13 reg. 3813/1989, e successive modifiche). In merito a tali sanzioni cfr., *amplius* e per tutti, BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit., p. 253 ss.; GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 865 ss.; HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1997, p. 47 ss.; MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, cit., p. 174 ss.; PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998, p. 97 ss.; RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 104 ss.; SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 231; STUYCK, DENYS, *Les sanctions communautaires*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di F. Tulkens, H.-D. Bosly, Bruxelles, 1996, p. 436 ss.; VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Comunity. Tovards a System of European Administrative Sanctions?*, cit., p. 196 ss.

(92) Come noto, tale disciplina è stata introdotta dal regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, "relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità" (in *GUCE* L312 del 23 dicembre 1995, p. 1), limitatamente al quale cfr. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, cit., p. 149 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sinora utilizzate solo in un limitato numero di settori normativi comunitari, e in particolare in quelli della agricoltura e della pesca. Appare tuttavia verosimile che in futuro si finisca col fare un più largo ricorso a queste sanzioni: e ciò sia in virtù delle precisazioni fornite in merito alla loro disciplina e al loro ambito d'applicazione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (93) e dal regolamento 2988/95 (94); sia grazie alla varietà tipologica e agli stessi contenuti di tali sanzioni, che sembrano garantire loro una notevole efficacia generalpreventiva e specialpreventiva; sia infine in ragione degli evidenti vantaggi offerti da una disciplina sanzionatoria almeno tendenzialmente uniforme su scala continentale (95). In questo senso, nonostante che i principi di sussidiarietà (96), di fedeltà comunitaria (97) e di necessità dell'intervento sanzionatorio comunitario (98) tendano tuttora ad attribuire prioritariamente agli Stati il

(93) Cfr. sent. 27 ottobre 1992, causa 240/90 (*Repubblica federale di Germania c. Commissione*), in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 739 ss., con nota di GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, p. 740 ss.

(94) Ai sensi dell'ottavo considerando del regolamento in questione, "tali sanzioni dovranno anche essere previste in altri campi" oltre a quelli nei quali esse hanno già trovato applicazione.

(95) Si pensi, in particolare, alla possibilità di garantire condizioni di eguaglianza tra gli operatori europei, alla eliminazione dei tanto dannosi "paradisi" tuttora esistenti specie nell'ambito delle attività illegali a carattere transnazionale, al fatto di garantire conoscibilità e certezza alle risposte sanzionatorie, non più polverizzate in una miriade di soluzioni anche profondamente diverse da uno Stato all'altro.

(96) Previsto, come noto, dall'art. 5 TCE, in base al quale "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, possono essere realizzati meglio a livello comunitario". Per quanto qui specificamente interessa, merita di essere ricordato che la *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del Mercato interno*, COM(95) 162 *final*, (Bruxelles 3 maggio 1995) p. 2 del testo dattiloscritto sottolinea come la situazione di generalizzata carenza di strumenti sanzionatori comunitari "sia perfettamente coerente in una prospettiva di sussidiarietà".

(97) In merito al quale cfr., *supra*, *sub* par. 3, nt. 27.

(98) Sul principio di necessità delle sanzioni comunitarie cfr., con differenti sfumature, MISSIR DI LUSIGNANO, *La protection des intérêts financiers de la Communauté. Perspectives et réalités*, in *Journal des Tribunaux européens*, 1996, par. 2.3.1. del testo dattiloscritto; RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attri-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compito di tutelare l'effettività del diritto comunitario attraverso il ricorso a misure punitive (99), appare verosimile che il sistema delle sanzioni amministrative CE finisca con l'assumere notevolissima importanza in ambito europeo.

Orbene, tutto ciò premesso, sembra di poter dire che questo articolato sistema di sanzioni, lungi dal costituire un fenomeno "chiuso in sé stesso", è destinato ad avere significativi riflessi sugli ordinamenti punitivi nazionali.

Certamente, tali riflessi dovrebbero manifestarsi innanzitutto sulle discipline nazionali in tema di sanzioni amministrative, specie laddove i Paesi membri versino in una situazione simile a quella che caratterizzava l'Italia prima della promulgazione della l. 689/1981 (100), e dunque non prevedano ancora una puntuale, generale regolamentazione dell'illecito amministrativo. In questo caso, infatti, la disciplina elaborata al riguardo a livello comunitario potrebbe costituire un interessante modello di riferimento, cui improntare almeno in linea tendenziale i rispettivi sistemi nazionali. In tal modo, oltretutto, gli organi nazionali deputati all'applicazione delle sanzioni amministrative potrebbero adottare procedure tendenzialmente omogenee, indipendentemente dal fatto che le suddette sanzioni siano di matrice nazionale ovvero comunitaria (limitatamente alle già ricordate sanzioni CE "decentrate").

Tuttavia l'influenza esercitata dal sistema punitivo comunitario, lungi dal manifestarsi solo sui sistemi amministrativi dei Paesi dell'Unione, potrebbe estendersi anche ai relativi sistemi penali, stante che un significativo utilizzo di sanzioni amministrative CE potrebbe giustificare, quantomeno nei relativi settori normativi, un

---

buzione attraverso la giurisprudenza, cit., p. 132 ss. (ove il principio di necessità è analizzato in relazione ad una vera e propria competenza penale comunitaria); SCHOCKWEILER, *La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour*, cit., p. 67 ss.; STUYCK, DENYS, *Les sanctions communautaires*, cit., p. 429 ss.

(99) In questo senso cfr. lo stesso DE ANGELIS, *La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive*, in *Prospettive di diritto penale in Europa*, cit., p. 39.

(100) Come noto, infatti, la l. 24 novembre 1981 n. 689 "Modifiche al sistema penale" ha dettato innanzitutto — alle sezioni I e II del capo I — una articolata disciplina della sanzione amministrativa pecuniaria, sottraendo così quest'ultima a quell'alone di incertezza che l'aveva sino allora caratterizzata, e che implicitamente ne sconsigliava un uso generalizzato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ulteriore processo di depenalizzazione all'interno dei singoli Paesi membri (101). Senza contare che, dati gli indiscussi punti di convergenza riscontrabili in molti Stati europei tra la disciplina dell'illecito penale e quella dell'illecito amministrativo, le soluzioni accolte rispetto a quest'ultimo a livello comunitario potrebbero non risultare scevre d'interesse per i sistemi penali nazionali, specie nella prospettiva di un loro reciproco ravvicinamento (102).

8. *Agli albori di una politica criminale europea. In particolare, le direttive comunitarie volte a predeterminare gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte.*

Per quanto sin qui visto, è possibile affermare che l'esigenza di dare integrale attuazione al diritto comunitario all'interno dei Paesi membri implica un articolato processo di armonizzazione dei precetti e sanzioni previsti sia in funzione di tutela delle norme contenute in regolamenti e direttive CE sia, più in generale, nell'ambito delle materie aventi rilevanza comunitaria: processo, invero, assai articolato e complesso, ma comunque destinato a sempre maggiori sviluppi. Prende così lentamente corpo una sorta di sia pur minimale "politica criminale europea", caratterizzata dall'erosione della discrezionalità legislativa nazionale in merito alla costruzione delle fattispecie penali e delle relative comminatorie edittali in tutti i settori normativi (anch'essi in via di progressiva estensione) in cui la Comunità ha una competenza esclusiva o concorrente.

Ora, merita di essere sottolineato che questo fenomeno di emersione di una politica criminale europea *in nuce* diventa particolarmente evidente laddove le norme comunitarie, anziché limitarsi a contenere prescrizioni extrapenali di natura tecnica destinate a venire tutelate con apposite sanzioni, mirano esplicitamente ad una

(101) Si allude, beninteso, all'ipotesi in cui talune norme di fonte comunitaria volte alla salvaguardia di beni di importanza non primaria, oggi tutelate per mezzo di sanzioni nazionali di natura penale, possano in futuro vedere la loro effettività garantita per mezzo di sanzioni amministrative CE.

(102) Il pensiero corre, in particolare, al principio di retroattività favorevole previsto all'art. 2, n. 2 del reg. 2988/1995, che potrebbe favorire un processo riformistico a livello europeo volto ad attenuare le differenze riscontrabili sul punto all'interno dei sistemi penali nazionali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

omogeneizzazione a livello interstatuale proprio delle norme punitive volte a colpire attività illecite di rilievo "europeo". In tali ipotesi, infatti, i lineamenti delle fattispecie interne risultano fortemente condizionati non già dalle prescrizioni extrapenali di matrice comunitaria bisognose di tutela ma, in modo ancor più immediato, dalla predeterminazione a livello comunitario proprio dei profili essenziali delle fattispecie dirette a controllare taluni fenomeni criminali di particolare interesse.

In proposito, va posto in rilievo come le direttive comunitarie a carattere espressamente sanzionatorio — peraltro sino ad oggi varate in numero alquanto ridotto (103) — da un lato definiscano con estrema meticolosità i comportamenti che gli Stati sono chiamati a sanzionare (104) predeterminando gli elementi essenziali delle fattispecie; dall'altro lato — pur non contenendo veri e propri obblighi di incriminazione (105) — lascino chiaramente intendere quali siano le tipologie di misure punitive che il legislatore comunitario ritiene

(103) Cfr., innanzitutto, dir. del Consiglio 89/592/CEE del 13 novembre 1989 "sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)", in *GUCE*, L334 del 18 novembre 1989, p. 30 ss.; dir. del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991 "relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite", in *GUCE*, L166 del 28 giugno 1991, p. 77 ss. Cfr., altresì, dir. del Consiglio 91/250/CEE del 14 maggio 1991 "relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore", in *GUCE*, L122 del 17 maggio 1991, p. 42 ss.

(104) Cfr., ad esempio, l'art. 7 della succitata dir. 91/250/CEE, in base al quale "1. Fatte salve le disposizioni degli articoli 4, 5 e 6, gli Stati membri stabiliscono, conformemente alle legislazioni nazionali, appropriate misure nei confronti della persona che compie uno degli atti elencati alle seguenti lettere *a*), *b*) e *c*):

a) ogni atto di messa in circolazione di una copia di un programma per elaboratore da parte di chi sappia o abbia motivo di ritenere che si tratta di copia illecita;

b) la detenzione a scopo commerciale di una copia di un programma per elaboratore da parte di chi sappia o abbia motivo di ritenere che si tratta di copia illecita;

c) ogni atto di messa in circolazione, o la detenzione a scopo commerciale, di qualsiasi mezzo unicamente inteso a facilitare la rimozione non autorizzata o l'elusione di dispositivi tecnici eventualmente applicati a protezione di un programma.

2. Ogni copia illecita di un programma per elaboratore è passibile di sequestro, conformemente alla legislazione dello Stato membro interessato.

3. Gli Stati membri possono prevedere il sequestro di qualsiasi mezzo contemplato dal paragrafo 1, lettera *c*)".

(105) Rispetto ai quali, come in precedenza si è detto, sussistono tuttora forti resistenze da parte dei Governi. Cfr., *supra*, *sub* par. 5, nt. 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più appropriate in relazione ai suddetti comportamenti (106), tanto da indurre una parte della dottrina a considerare le direttive in questione "intonate in senso penalistico" (107). Ora, il fatto che gli organi comunitari di produzione normativa abbiano manifestato, in relazione alle violazioni delle norme contenute in queste direttive, la preferenza verso soluzioni preventivo-repressive di tipo penale, ha probabilmente contribuito a far sì che gli Stati membri prendessero di comune accordo l'impegno scritto di adottare, almeno rispetto ad alcune delle violazioni in oggetto, sanzioni penali (108). Ma, con ogni probabilità, sarebbe un errore sopravvalutare la forza persuasiva delle indicazioni sanzionatorie contenute nelle suddette direttive "a sfondo penale". È infatti verosimile che sull'impegno degli Stati membri all'impiego di sanzioni penali nei casi summenzionati abbiano contribuito, in misura forse più determinante, concomitanti e convergenti obblighi di fonte convenzionale a carattere ben più vincolante (109).

In realtà, a causa delle evidenti difficoltà di adottare direttive a contenuto *stricto sensu* penale, è presto apparso chiaro che le direttive a carattere espressamente sanzionatorio concernenti comportamenti illeciti di particolare rilievo comunitario si prestano ad armonizzare i divieti assai meglio di quanto non riescano a fare rispetto alle relative risposte punitive; e che quindi una penetrante omogeneizzazione su scala europea di queste ultime possa essere realizzata solo grazie all'utilizzo di strumenti normativi diversi da quelli tradizionalmente adottati in ambito comunitario.

---

(106) MANACORDA, *L'efficacia estensiva del diritto comunitario sul diritto penale*, *Foro it.*, 1995, IV, c. 65.

(107) RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 127.

(108) In argomento cfr. le considerazioni di DI MARTINO, *Commento alla l. 9/8/1993 n. 328 - Ratifica ed esecuzione della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990*, *sub* art. 4, in *LP*, 1994, p. 423; MANACORDA, *L'efficacia estensiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., c. 66; SALAZAR, *Riciclaggio dei capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana*, in *Foro it.*, 1991, c. 470.

(109) Cfr. la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, adottata a Vienna il 19 dicembre 1988 (art. 3.1) e, soprattutto, la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, adottata a Strasburgo l'8 novembre 1990 (art. 6).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

9. *L'edificazione del terzo pilastro dell'Unione per la cooperazione e l'armonizzazione penale. Il ruolo delle decisioni quadro nella realizzazione di una effettiva politica criminale europea.*

Gli ostacoli frapposti dai governi nazionali all'introduzione di direttive d'armonizzazione penale costituiscono, indubbiamente, una delle più significative espressioni della difficoltà di questi ultimi ad accettare un ampliamento delle competenze comunitarie tale da includere in esse il campo della giustizia penale. Campo, questo, tradizionalmente assoggettato al potere sovrano dei Paesi membri, e per di più improntato in molti di tali Paesi ad un principio di legalità formale che àncora la produzione normativa a procedure democratiche non ancora pienamente recepite in sede comunitaria (110). Stretti fra la riluttanza a spogliarsi almeno in parte di quella competenza penale che rientra indubbiamente nel nocciolo duro della sovranità nazionale e la consapevolezza dell'impossibilità di affidare con successo al tradizionale metodo intergovernativo quel penetrante programma di cooperazione e armonizzazione penale reso indispensabile dal progredire della costruzione europea, i Paesi membri hanno optato nel 1992 per una soluzione di compromesso, ma al contempo radicalmente innovativa. Hanno cioè deciso nel Trattato di Maastricht di dare vita ad un'Unione europea formata da tre distinti "pilastri", escludendo il settore penale dal quadro istituzionale delle Comunità ("primo pilastro") ed inglobandolo nel "terzo pilastro" (111), i cui atti costituiscono un ibrido nell'ambito del quale i meccanismi della cooperazione intergovernativa si mescolano a elementi d'impronta comunitaria, nel tentativo di attenuare gli inconvenienti propri delle tradizionali fonti del diritto internazionale (112).

Questo ibridismo risalta, per vero, già dall'esame delle convenzioni concluse all'interno del terzo pilastro, in relazione alle quali il

(110) Anche se, come sopra ricordato, in relazione alle direttive il problema del loro *deficit democratico* potrebbe risultare sanato dal fatto che esse vengono trasposte nel diritto interno ad opera del legislatore nazionale. In argomento cfr., tuttavia, quanto osservato *supra*, *sub* par. 5, nt. 68 ss.

(111) Cfr., *supra*, *sub* par. 1, nt. 6 ss.

(112) Cfr., da ultimo e per tutti, PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002, p. 71 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

testo definitivo non viene stabilito tramite una conferenza intergovernativa, ma dallo stesso Consiglio CE (113). Si allude, in particolare, alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (cosiddetta Convenzione PIF) adottata a Bruxelles il 26 luglio 1995, coi suoi tre protocolli integrativi concernenti la corruzione dei funzionari europei, la responsabilità delle persone giuridiche e la confisca (114); alla Convenzione del 26 luglio 1995 che istituisce un Ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol); nonché alla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea adottata a Bruxelles il 26 maggio 1997 (115).

Resta comunque il fatto che anche le convenzioni adottate ricorrendo alle interpolazioni procedurali previste dal terzo pilastro (116) postulano pur sempre un'opera defatigante di negoziazione tra gli Stati membri (117), necessitano per la loro entrata in vigore

---

(113) Cfr. art. 34 lett. *d*) TUE. Cfr., al riguardo, i rilievi di LO MONACO, *Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 18 s.; SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1318.

(114) Sul punto cfr., per tutti, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 302; RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 115, nt. 68; SALAZAR, *Cooperazione giudiziaria e lotta antifrode*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 327 ss.

(115) In argomento cfr., in particolare, SALAZAR, *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, in *Doc. Giustizia*, 1999, c. 393 ss.

(116) E, in particolare, nonostante le ulteriori innovazioni apportate a tali strumenti internazionali dal Trattato di Amsterdam in vista di un più intenso ricorso a questi ultimi. Si allude innanzitutto al fatto che, successivamente a tale Trattato, per l'entrata in vigore di tali convenzioni è richiesta, salvo disposizione contraria, la ratifica da parte della metà anziché di tutti gli Stati membri. Sul punto cfr., per tutti, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 488; MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 737.

(117) Anche perché, come sottolinea lo stesso MARGUE nell'articolo citato alla nota precedente, *ex* art. 34 TUE, anche dopo il Trattato di Amsterdam (e dopo il Trattato di Nizza) in relazione alle convenzioni varate nell'ambito del terzo pilastro il Consiglio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della ratifica di almeno la metà di tali Stati (118), e risultano di oltremodo difficile modificazione (119). Cosicché, in definitiva, nonostante i suoi indubbi pregi (120), lo strumento convenzionale presenta gravi limiti cui le peculiarità conferitegli nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea non riescono ad ovviare. In particolare, l'estrema lentezza connessa sia al raggiungimento di un accordo sia alle procedure di ratifica (121) se da un lato ha indotto gli Stati membri ad accantonare l'idea di continuare a puntare su tale

---

continua a deliberare all'unanimità. Sul punto cfr. altresì, anche per ulteriori puntualizzazioni, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, cit., p. 486; nonché, con accenti spiccatamente critici in ordine al requisito dell'unanimità, O'KEEFFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 904; CURTIN, POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1995, p. 30.

(118) Cfr., *supra*, *sub* nt. 116. Tale condizione risulta particolarmente gravosa a causa dell'inerzia di taluni Paesi firmatari (sul punto cfr., *amplius* e per tutti, BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Napoli, 1995, p. 405 ss.; LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 1 ss., e bibliografia ivi riportata; SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, a cura di N. Parisi e D. Rinoldi, Torino, 1996, in particolare p. 152 ss.), vale a dire a causa della deprecabile tendenza di questi ultimi prima a firmare e poi a non ratificare le convenzioni e i protocolli addizionali deputati a realizzare un processo di ravvicinamento settoriale delle scelte punitive (sul punto cfr., diffusamente, SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1120).

(119) Un esempio al riguardo è fornito dalla stessa convenzione Europol, di cui risulta difficile modificare anche taluni aspetti meramente secondari. Cfr. *La Convenzione europea. Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, Bruxelles, 2 dicembre 2002, doc. CONV 426/02, p. 7.

(120) In merito ai quali cfr., in prospettiva penalistica, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, in *Archives de politique criminelle*, n. 24, Paris, 2002, p. 208 ss.

(121) In effetti, in sede europea non si è mancato recentemente di rilevare che la sola fase della ratifica delle convenzioni varate nel quadro dell'Unione richiede mediamente quattro/cinque anni. Cfr. *La Convenzione europea. Giustizia e affari interni-stato dei lavori e problematiche generali*, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02, cit., p. 10. In dottrina cfr., da ultimo e per tutti, ZUCCALÀ, *L'unitario diritto penale europeo come meta del diritto comparato?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 606.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strumento, dall'altro lato ha suscitato fondati interrogativi in ordine allo stesso destino delle convenzioni esistenti (122).

Proprio in considerazione di ciò, si è ritenuto che tra i meccanismi per la cooperazione in materia penale dovessero essere ricompresi strumenti normativi più agili e duttili delle convenzioni; strumenti caratterizzati da un maggiore equilibrio tra il metodo della cooperazione intergovernativa e il metodo comunitario, onde consentire in taluni settori di interesse comune agli Stati membri la realizzazione degli obiettivi dell'Unione europea. Gli strumenti in questione sono stati denominati "azioni comuni" dal Trattato di Maastricht, per essere successivamente ribattezzati "decisioni quadro" dal Trattato di Amsterdam, e risultano per molti aspetti simili alle direttive (123), pur essendo meno "impegnativi" di queste ultime, in quanto innanzitutto privi di efficacia diretta (124) ed inoltre in linea di principio non supportati dalle procedure di inadempimento da parte della Commissione di cui agli artt. 226 ss. (125).

---

(122) *La Convenzione europea. Nota relativa alla sessione plenaria*, Bruxelles, 19 giugno 2002, doc. CONV 97/02, p. 5; *La Convenzione europea. Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, Bruxelles, 2 dicembre 2002, doc. CONV 426/02, cit., p. 7.

(123) In base all'art. 34.2 lett. *b*) TUE, "Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto ai risultati da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali quanto alla forma e ai mezzi"; mentre in base all'art. 35.1 TUE "La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione delle decisioni-quadro" (sempre che, beninteso, ai sensi dell'art. 35.2 TUE, i singoli Stati membri abbiano accettato tale competenza). In merito ai poteri di controllo della Corte di giustizia sulle decisioni quadro cfr., per tutti, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, cit., p. 489 ss.; LABAYLE, *La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice*, in *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, a cura di R. Mehdi, Paris, 1999, p. 77 ss.; MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello, L. Paoli, J. Arnold, Milano, 2000, p. 40, con ulteriori riferimenti bibliografici.

(124) Cfr. art. 34, lett. *b*), *in fine* TUE. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, cit., p. 1310 ss. Cfr. peraltro, volendo, i rilievi di BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, cit., p. 222 ss.

(125) Tuttavia, in merito all'ipotesi secondo la quale il mancato rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi di risultato imposti dalle decisioni quadro possa comportare l'attivazione delle procedure di infrazione di cui agli artt. 226 ss. TCE, cfr.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Essi mirano sia ad agevolare la cooperazione giudiziaria (126) sia a ravvicinare le normative in materia penale dei Paesi europei (127), "reprimendo e prevenendo il razzismo e della xenofobia", nonché "reprimendo e prevenendo la criminalità, organizzata e di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani e i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode" (128).

Pur avendo avuto le azioni comuni/decisioni quadro un difficile esordio (129), e pur permanendo ancor oggi un po' in tutti i Paesi dell'Unione non pochi dubbi sulle caratteristiche di tali strumenti normativi, è un dato di fatto che essi vengono adottati con sempre maggiore frequenza, dando vita ad un insieme di disposizioni volto a perseguire un significativo processo di cooperazione e ravvicinamento tra gli ordinamenti penali dei Paesi Membri. Al riguardo, grande importanza rivestono l'azione comune del 24 febbraio 1997 per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini (130), e più ancora le azioni comuni in tema di lotta al riciclaggio e di confisca dei proventi di reato, di estensione della punibilità alla corruzione nel settore privato, di incriminazione della partecipazione ad una associazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea (131) realizzate nell'ambito del "Piano

---

MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 41.

(126) Più precisamente, a facilitare e accelerare la cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni, ad agevolare l'estradizione e a prevenire i conflitti di giurisdizione tra Stati membri. Cfr. art. 31, lett. *a*), *b*) e *d*) TUE.

(127) Cfr. art. 29, ultimo trattino, TUE.

(128) Art. 29 TUE, primo trattino.

(129) Cfr., tra gli altri, BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario, I - La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, p. 166; SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del Trattato sull'Unione europea*, in *Documenti giustizia*, 1995, c. 1511 ss.; SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, cit. p. 1337.

(130) Cfr., per tutti, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, cit., p. 304.

(131) Al riguardo cfr., tra gli altri, MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 5; ID., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 427; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, cit., p. 1118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'azione contro la criminalità organizzata" adottato nel 1997 dal Consiglio (132).

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il 1° maggio 1999, il ricorso allo strumento in questione si è ulteriormente intensificato. All'interno di un panorama normativo sempre più ricco, una speciale menzione meritano comunque le decisioni quadro del Consiglio del 29 maggio 2000 (133), 28 maggio 2001 (134), 26 giugno 2001 (135), nonché le tre decisioni quadro del 13 giugno 2002 (136) e quelle del 19 luglio 2002 (137), 28 novembre 2002 (138), 27 gennaio 2003 (139). Tali strumenti, infatti, prevedono vuoi l'introduzione di forme particolarmente intense di cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati Membri, vuoi l'adozione di misure atte a far sì che i comportamenti ivi tassativamente indicati siano consi-

(132) In *GUCE* C251 del 15 agosto 1997, p. 1 ss. Al riguardo cfr., in particolare, MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, cit., p. 733; *amplius* MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 6 ss.; RIONDATO, *Diritto dell'Unione europea e criminalità organizzata*, in *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, a cura di G. Fornasari, Padova, 2002, p. 25 ss.; SALAZAR, *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, cit., c. 395 ss.

(133) "Relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro", in *GUCE* L140 del 14 giugno 2000, p. 1 ss., modificata dalla decisione quadro del Consiglio del 6 dicembre 2001, in *GUCE* L329 del 14 dicembre 2001, p. 1 ss.

(134) "Relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti", in *GUCE* L149 del 2 giugno 2001, p. 1 ss.

(135) "Concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato", in *GUCE* L182 del 5 luglio 2001, p. 1-2.

(136) Concernenti, rispettivamente, "le squadre investigative comuni" (in *GUCE* L162 del 20 giugno 2002, p. 1 ss.), "la lotta contro il terrorismo" (in *GUCE* L164 del 22 giugno 2002, p. 3 ss.) e "il mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri" (in *GUCE* L190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss.).

(137) "Sulla lotta alla tratta degli esseri umani", in *GUCE* L203 del 1° agosto 2002, p. 1 ss.

(138) "Relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali", in *GUCE* L 328 del 5 dicembre 2002, p. 1 ss.

(139) "Relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", in *GUCE* L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derati reati (140), e l'indicazione del tipo di sanzioni applicabili ai suddetti comportamenti (141).

A tutt'oggi, comunque, un bilancio circa la bontà dei nuovi strumenti normativi utilizzati all'interno del terzo pilastro dell'Unione europea appare aperto a esiti assai contraddittori. Da un lato, infatti, la trasformazione delle "azioni comuni" in "decisioni quadro" ha sancito la crescente fortuna e maggiore incisività di queste ultime (142), dovuta anche al loro ingresso nei più vitali settori della politica criminale europea. Dall'altro lato però, come espressamente previsto dal Trattato UE (143), tali atti normativi lasciano un certo margine di discrezionalità ai singoli Paesi membri circa le forme e i mezzi attraverso i quali realizzare la cooperazione penale e l'armonizzazione delle singole fattispecie e delle relative risposte punitive, con il rischio quindi che permangano non trascurabili disparità di trattamento da uno Stato all'altro. Ma soprattutto, come già sottolineato, gli strumenti in questione continuano a suscitare dubbi a causa delle loro carenze di effettività: carenze, per vero, valutate in modo difforme a seconda che si aderisca alla tesi dominante, favorevole all'inapplicabilità alle decisioni quadro delle procedure di inadempimento *ex* artt. 226 ss. TCE, o alla tesi minoritaria incline ad ammetterne l'applicabilità.

In ogni caso, è opinione diffusa che rispetto all'attuazione delle direttive, l'attuazione delle decisioni quadro lascerebbe agli ordinamenti penali nazionali un ambito di discrezionalità più esteso, sino a porre in crisi la complessiva credibilità di tali strumenti normativi (144). Tuttavia, l'attuale disciplina delle decisioni quadro non fa che esprimere il punto di equilibrio oggi raggiunto tra le concezioni penalistiche di matrice persistentemente "nazionalista" e le istanze

(140) Cfr., ad esempio, l'art. 3 della sopra ricordata decisione quadro del 29 maggio 2000; nonché gli artt. 2, 3 e 4 della predetta decisione quadro del 28 maggio 2001.

(141) Cfr., ad esempio, l'art. 6 della suddetta decisione quadro del 29 maggio 2000; nonché l'art. 2 della summenzionata decisione quadro del 26 giugno 2001.

(142) Al riguardo cfr., per tutti, MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 32 ss.

(143) Cfr., *supra*, *sub* nt. 123.

(144) Cfr., tra gli altri, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, cit., p. 318.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"europeiste" di cooperazione e ravvicinamento dei sistemi penali: punto di equilibrio fondato su compromessi superabili solo ove si sia consapevoli che la criminalità transfrontaliera non può essere affrontata con iniziative condotte a livello prevalentemente intergovernativo, e che dunque la realizzazione di un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra gli Stati membri implica il ricorso, anche in sede penale, al metodo comunitario.

10. *I futuribili scenari del processo di europeizzazione del diritto penale. Il dibattito sulla riforma del terzo pilastro.*

Come or ora accennato, un ulteriore potenziamento dell'azione condotta a livello europeo nel settore penale implica necessariamente la comunitarizzazione del terzo pilastro (145), o quantomeno "un'applicazione più estesa delle strutture e dei meccanismi comunitari" (146) in tale settore. In particolare, una eventuale riconduzione delle disposizioni del terzo pilastro in un generale quadro giuridico comune consentirebbe non solo di varare atti in materia penale dotati di efficacia diretta, o comunque di rafforzare il controllo giudiziario sui meccanismi nazionali di attuazione delle norme d'indirizzo di fonte europea; ma consentirebbe altresì di superare taluni notori effetti negativi insiti nella struttura "a pilastri" dell'Unione, primo fra tutti quello consistente nell'incertezza in ordine alle basi giuridiche dei singoli atti varati a Bruxelles (147). In questo

(145) Sul verosimile processo di comunitarizzazione del terzo pilastro cfr., nell'ambito di una ricca letteratura che percorre l'ultimo decennio, *Le Comissaire Antonio Vitorino répond à sept questions de la Revue sur la Convention et sur la coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 2002, p. 286; CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Roma, 1993, p. 29, n. 34; DEHOUSSE, VAN DEN HENDE, *Plaidoyer pour la réforme du Troisième pilier*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1996, p. 715 ss.; SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea*, cit., c. 1526 ss.; TOULEMON, *La construction européenne,* Paris, 1994, p. 203 ss. Più problematicamente LABAYLE, *L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne,* in *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 63.

(146) *La Convenzione europea. Nota relativa alla sessione plenaria*, Bruxelles, 19 giugno 2002, doc. CONV 97/02, cit., p. 4.

(147) *La Convenzione europea. Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, Bruxelles, 2 dicembre 2002, doc. CONV 426/02, cit., p. 2-3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senso, nell'ambito della Convenzione designata nel 2002 dal Consiglio europeo al fine di riunire i principali soggetti interessati al dibattito sul futuro dell'Unione (148), una ampia maggioranza si è espressa a favore di una radicale riforma istituzionale volta ad attuare una totale o parziale comunitarizzazione delle materie rientranti nel terzo pilastro, nonostante la consapevolezza della conseguente perdita di potere dei singoli Stati.

Sennonché, un tale potenziamento dovrebbe implicare altresì un accresciuto controllo parlamentare sui relativi atti normativi. In questo senso — a meno di non voler rinunciare a quelle garanzie legalitarie sinora considerate, quantomeno in materia penale, come una irrinunciabile conquista della cultura giuridica occidentale — parrebbe quindi imporsi un processo di ulteriore democratizzazione dell'Unione. Consci di ciò, in piena sintonia con la prevalente dottrina penalistica europea, molti dei membri della "Convenzione europea" istituita nel 2002 e presieduta da Giscard d'Estaing hanno auspicato che nell'attività normativa dell'Unione concernente la cooperazione giudiziaria e di armonizzazione penale venga attribuito un ruolo di vero e proprio colegislatore al Parlamento europeo, e che comunque in tali materie il ruolo dei Parlamenti nazionali venga rafforzato (149), in vista di una migliore attuazione del principio di riserva di legge (150). In particolare, si è specificato che il potenzia-

(148) Oltre che dal Presidente (V. Giscard d'Estaing) e dai due Vicepresidenti (G. Amato e J.L. Dehaene), la Convenzione è composta da:

— 15 rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri (1 per Stato membro),

— 13 rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo dei paesi candidati all'adesione (1 per paese candidato),

— 30 rappresentanti dei Parlamenti nazionali degli Stati membri (2 per Stato membro),

— 26 rappresentanti dei Parlamenti nazionali dei paesi candidati all'adesione (2 per paese candidato),

— 16 rappresentanti del Parlamento europeo,

— 2 rappresentanti della Commissione europea.

(149) *La Convenzione europea. Nota relativa alla sessione plenaria*, Bruxelles, 19 giugno 2002, doc. CONV 97/02, cit., p. 4.

(150) In argomento cfr., in generale e per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, cit., *passim.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento della partecipazione dei Parlamenti nazionali alle attività dell'Unione concernenti in terzo pilastro potrebbe avvenire ad un triplice livello, vale a dire sia nell'ambito dell'elaborazione e dell'attuazione del diritto dell'Unione, sia in sede di controllo politico delle posizioni adottate dai rispettivi governi nel Consiglio (151), sia infine attraverso forme rafforzate di cooperazione tra i parlamenti nazionali e il Parlamento europeo ovvero di cooperazione multilaterale (152).

Merita inoltre di essere sottolineato che al processo di democratizzazione necessario per il trapasso dal terzo al primo pilastro della materia penale dovrebbero affiancarsi ulteriori processi riformistici assai eterogenei seppure tra loro complementari: processi diretti a favorire, tra l'altro, una puntuale delimitazione delle effettive competenze dell'Unione in ambito criminale (153) e un complessivo ravvicinamento delle condizioni materiali degli Stati membri nei settori nevralgici del diritto penale (quali innanzitutto quelli concernenti le prassi processuali e il trattamento penitenziario) (154), in modo tale da agevolare l'affermarsi del principio del mutuo riconoscimento delle rispettive realtà fattuali. Ora, è di tutta evidenza che mentre una riforma volta a meglio definire la ripartizione delle competenze penali tra Unione e Stati membri appare tutto sommato realizzabile senza eccessive difficoltà, non può certo dirsi altrettanto per le riforme destinate ad incidere sulle fondamentali manifestazioni del "diritto vivente". In questo senso, appare ancora irto di ostacoli il percorso verso l'elaborazione di un vero e proprio "diritto penale europeo" creato ed eventualmente applicato in modo accen-

---

(151) In merito a talune proposte recentemente avanzate al riguardo cfr., diffusamente, *La Convenzione europea. Il ruolo dei parlamenti nazionali nell'architettura europea*, doc. CONV 67/2/02, REV 1, p. 10 ss.

(152) In argomento cfr., *amplius*, ivi, p. 7 ss.

(153) Cfr., al riguardo, le questioni sollevate in *La Convenzione europea. Giustizia e affari interni — stato dei lavori e problematiche generali*, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02, cit., p. 13.

(154) Cfr. ivi, p. 14. In effetti, la cooperazione in materia penale non può certo prescindere da una reciproca fiducia in ordine alle effettive garanzie proprie dei singoli ordinamenti nazionali. In argomento cfr., *Motivazione. Verso una repressione più giusta, più semplice e più efficace*, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, cit., p. 42-43; volendo BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 490.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trato (155): ostacoli che, con ogni probabilità, l'imminente allargamento dell'Unione non dovrebbe certo attenuare.

11. *Gli attuali progetti di armonizzazione o unificazione penale all'interno dell'Unione.*

Nonostante quanto appena esposto, alcune recenti elaborazioni della scienza penale dei Paesi dell'Unione tendono a rivelare un sentire omogeneo che potrebbe affondare le sue radici addirittura nello *ius commune* medioevale (156), e che comunque trae nuova linfa dalla convinzione della assoluta necessità di dar vita ad un processo di penetrante omogeneizzazione (o addirittura di unificazione) (157) delle risposte punitive concernenti i settori normativi più marcatamente europeizzati (158). Alludo, in particolare, al già ricordato progetto relativo al *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* (159), e a quello relativo ai cosiddetti *Europa-Delikte* (160). Tali progetti, pur

(155) Peraltro, l'istituzione di un autonomo organo giurisdizionale penale europeo, ovvero di una sezione penale all'interno della Corte di giustizia comincia ad essere ventilata in alcuni documenti di fonte "europea". Cfr., ancora, *La Convenzione europea. Giustizia e affari interni — stato dei lavori e problematiche generali*, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02, cit., p. 15.

(156) In argomento cfr., da ultimo e per tutti, JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, Relazione svolta all'Università di Modena e Reggio Emilia il 25 settembre 2002, p. 6 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione.

(157) Sui profili "funzionalistici" che indurrebbero a privilegiare l'unificazione (ancorché settoriale) dei sistemi penali europei rispetto ad una loro semplice armonizzazione cfr. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., p. 23 ss.

(158) Si pensi ad esempio, ai settori delle finanze e della valuta comunitarie, dell'agricoltura, degli alimenti, dell'ambiente, del commercio ecc.

(159) Cfr. *supra*, *sub* par. 1, nt. 9.

(160) In merito a tale progetto cfr. TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaftund Teilnahme im europäischen Strafrecht*, in *Festschrift für Nishihara*, Baden Baden, 1998, p. 496 ss.; ID., *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, testo dattiloscritto della relazione tenuta a Bologna il 18 maggio 2001, in corso di pubblicazione; nonché, da ultimo e fondamentalmente, *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*, a cura di K. Tiedemann, Köln, 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essendo accomunati dalla volontà di innescare in ambito europeo processi settoriali di uniformizzazione penale assai più penetranti di quelli sino ad oggi registratisi, presentano indubbiamente significative differenze sotto il profilo sia della loro origine sia dei loro contenuti sia del metodo riformistico ad essi proprio.

a) *Per quanto specificamente attiene alle rispettive origini*, occorre precisare che le proposizioni contenute nel progetto di *Corpus Juris* discendono dai risultati della ricerca sullo "Spazio giudiziario europeo" (161), e sono state fatte proprie dallo stesso Parlamento europeo (162), per sfociare nella "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità" del 26 giugno 2001, e infine nel *Libro verde* (163) *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* presentato dalla Commissione l'11 dicembre 2001 (164). La matrice "politica" del *Corpus Juris* — ben spiegabile alla luce del carattere sovrastatuale che connota il bene giuridico offeso dalle frodi comunitarie — tende comunque a combinarsi con una parallela matrice "dottrinale", dovuta al fatto che la redazione del progetto in questione è stata affidata ad un gruppo studiosi dei Paesi membri (165): ne è scaturito un prodotto di indiscussa qualità scientifica, redatto nel rispetto di metodi e *standards* propri della migliore tradizione accademica.

---

(161) Ricerca iniziata nel 1995 per volontà della Commissione europea. Al riguardo cfr., per tutti, DE ANGELIS, *Il* Corpus Juris *recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea: origine e prospettive*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 351 ss.

(162) Cfr. Doc. Parlamento Europeo n. 222.169.

(163) I "libri verdi" sono comunicazioni pubblicate dalla Commissione su un settore politico specifico. Attraverso tali documenti, le parti interessate (organismi e privati) sono invitati a partecipare al processo di consultazione e discussione, in vista di eventuali, futuri sviluppi della legislazione comunitaria.

(164) In COM (2001) 715 def. Sulla questione se il *Corpus Juris* si limiti a proporre una penetrante armonizzazione dei sistemi penali dei Paesi membri, ovvero addirittura costituisca un progetto di unificazione penale cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, cit., p. 228 ss.

(165) Per un elenco completo dei partecipanti al progetto del *Corpus Juris* v. *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, cit., p. III.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Viceversa, il progetto sugli *Europa-Delikte* appare del tutto privo di una matrice di tipo strettamente "politico": esso costituisce infatti l'esito provvisorio di una iniziativa scientifica privata portata avanti da un gruppo di penalisti europei provenienti da un numero ristretto e abbastanza omogeneo di Paesi membri (166). L'origine essenzialmente scientifico-culturale di tale iniziativa potrebbe forse trovare una immediata spiegazione nel fatto che il disegno di uniformizzazione penale su scala continentale tratteggiato in questo secondo progetto non mira alla tutela di interessi "esclusivi" dell'Unione, ma vuole porsi al servizio di un interesse più generalizzato; l'interesse, appunto, all'omogeneizzazione se non addirittura all'unificazione di un settore degli ordinamenti penali (quello *lato sensu* commerciale) destinato a ricoprire un ruolo centrale nella prospettiva di una migliore coesione di una Comunità di Stati sorta e sviluppatasi per ragioni innanzitutto di cooperazione e di integrazione economica.

b) *Anche per quanto attiene poi ai rispettivi contenuti*, il progetto relativo al *Corpus* e quello relativo agli "Eurodelitti" presentano, accanto ad alcune convergenze, evidenti divergenze. Vero è infatti che entrambi i progetti contengono sia un gruppo di fattispecie incriminatrici, sia una serie di norme di parte generale; ma è anche vero che mentre il progetto sul *Corpus* si apre con la rassegna di un insieme di fattispecie davvero molto circoscritto per numero (artt. 1-8) e per tipologia, e prosegue poi con un altrettanto circoscritto numero di principi e istituti di parte generale (artt. 9-17), il progetto Eurodelitti si presenta, per così dire, "a parti invertite", prevedendo innanzitutto una parte generale che con i suoi ventidue articoli è senz'altro assai più ampia e dettagliata rispetto alla parte generale del *Corpus Juris* (167), e quindi una parte speciale di ben trentacinque articoli contenenti un ampio ventaglio di norme incriminatrici concernenti i più diversi ambiti del diritto penale econo-

(166) Vale a dire la Germania, l'Italia, la Spagna e, in una seconda fase, la Francia. La connotazione scarsamente "democratica" in prospettiva europea del progetto *Europa-Delikte* è stata stigmatizzata da DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 2002, p. 494.

(167) Cfr., per tutti, TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., pag. 3 del testo dattiloscritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mico (168). Sotto questo profilo, sebbene entrambi i progetti si ispirino latamente all'idea "codicistica" (169), il progetto sugli Eurodelitti è senz'altro il solo che, per la sua struttura e le sue dimensioni, tende ad assumere effettivamente le sembianze di un codice, ancorché settoriale (170), mentre il *Corpus Juris* (171) parrebbe costituire, a ben vedere, solo un "microsistema penale europeo". Per converso, naturalmente, tenuto conto delle sue particolari caratteristiche, il progetto Eurodelitti parrebbe anche quello destinato a trovare — nonostante il summenzionato interesse "generale" su cui esso poggia — una più difficile accoglienza in ambito europeo, dunque una più ardua traduzione in norme di diritto vigente.

c) Infine, per quanto attiene al metodo riformistico proprio dei due progetti, è stato rilevato come mentre il *Corpus Juris* tenderebbe a costituire una mera integrazione dei sistemi penali nazionali, prefiggendosi di affiancare ad essi un modello ordinamentale parallelo (172), il progetto sugli Eurodelitti tenderebbe a sostituirsi alle singole discipline nazionali di settore (173). Resta il fatto che — alla luce di tutta una serie di indizi qui impossibili da analizzare nei dettagli, ma comunque ricavabili dal testo dei due progetti in esame — tanto il *Corpus Juris* quanto gli *Europa-Delikte* appaiono finaliz-

(168) Per una rapida rassegna di tali norme, distinte in sette sezioni (tutela dei lavoratori e del lavoro, tutela dei consumatori e della concorrenza, tutela dell'ambiente, diritto penale societario e fallimentare, tutela del credito e dei mercati finanziari, tutela dei marchi comunitari, tutela dell'embargo comunitario) cfr., nella letteratura in lingua italiana, TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., pag. 12 del testo dattiloscritto.

(169) In merito al carattere "codicistico" di tali progetti cfr., problematicamente e con varietà di accenti, BERNARDI, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 287 ss.; MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 17, nt. 46.

(170) Il progetto sugli Eurodelitti viene esplicitamente considerato "simile per struttura a un codice" da TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., pag. 1 del testo dattiloscritto; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, cit., p. 146; ID. *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 495.

(171) Così, condivisibilmente, DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 494.

(172) DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 153.

(173) Cfr. DONINI, ivi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zati a perseguire (sia pure con modalità diverse e in settori nient'affatto coincidenti) forme di intenso ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, più che vere e proprie forme unificazione penale su scala europea (174).

In questo senso — sebbene in effetti non appaiano del tutto assenti indizi di segno opposto (175), atti cioè a far ritenere che tali progetti costituiscano ipotesi di un'"autentica unificazione settoriale" in ambito penale (176) — sembra di poter dire che in tale ambito la meta di una assoluta unificazione, seppure circoscritta a specifici gruppi di fattispecie, risulta ancora esorbitante rispetto ai più immediati traguardi prefissati dalla dottrina penalistica e dalla stessa Unione europea. Una riprova di tale assunto è offerta dalle recenti "Proposte di norme penali comuni in Europa" (177) elaborate a conclusione del "Programma Falcone" concernente un "Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata" (178). In effetti le proposte avanzate, frutto di una cooperazione intensa e "paritetica" (179) tra i tre gruppi di ricercatori coinvolti (italiano,

---

(174) Si pensi innanzitutto, relativamente al progetto di *Corpus Juris*, al c.d. "principio di complementarietà" del diritto interno (art. 35), in base al quale, al fine di rendere operative le fattispecie di cui agli artt. 1 a 8, le norme di parte generale introdotte dal *Corpus* stesso "sono completate dal diritto nazionale, se necessario". Relativamente poi al progetto sugli eurodelitti, va in particolare sottolineato che quest'ultimo mantiene al suo interno spazi di discrezionalità per i legislatori nazionali, specie per quanto riguarda la disciplina sanzionatoria delle singole fattispecie, lasciata volutamente aperta dai redattori "in considerazione delle forti divergenze fra gli Stati proprio su questo terreno" TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., p. 11 del testo dattiloscritto.

(175) Così, ad esempio, nel *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* dell'11 dicembre 2001 si prevede — previa introduzione nel TCE di un art. 280-*bis* attributivo di apposite competenze penali alla Commissione — l'adozione non già di una direttiva, ma di un regolamento comunitario "che fissi gli elementi costitutivi dei reati penali (*sic*) per frode e per qualsiasi attività illegale lesiva degli interessi finanziari della Comunità" (*Libro verde*, par. 2.4., p. 20 del testo dattiloscritto).

(176) DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 155.

(177) Pubblicate in *Towards a European Criminal Law against Organised Crime*, a cura di V. Militello e B. Huber, Freiburg im Breisgau, 2001, p. 281 ss.

(178) Cfr., al riguardo, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, cit., *passim*.

(179) Vale a dire da una cooperazione non contrassegnata — come viceversa è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tedesco e spagnolo) (180), se da un lato hanno ad oggetto un settore criminale diverso o comunque non coincidente rispetto a quelli presi in esame dai due progetti precedentemente ricordati (181), dall'altro lato sembrano propendere anch'esse per una scelta di mera armonizzazione anziché di unificazione penale interstatuale. Anzi, ben più di quanto non avvenga in questi due progetti, le suddette proposte di norme volte a contrastare la criminalità organizzata, pur caratterizzandosi per una formulazione delle fattispecie assai accurata, sono concepite in modo da lasciare notevoli margini di discrezionalità ai legislatori nazionali (182), e dunque esprimono un modello di armonizzazione "debole", concepito tenendo conto delle non trascurabili differenze tuttora esistenti all'interno dei sistemi penali nazionali considerati.

In definitiva, quindi, gli attuali progetti di armonizzazione penale in ambito europeo esprimono la crescente consapevolezza dell'urgenza di giungere, quantomeno in taluni settori normativi, ad un significativo processo di ravvicinamento dei singoli sistemi penali nazionali; ma al contempo rivelano come non appartenga all'oggi il tempo di una assoluta unificazione penale, e quanto sarebbe erroneo sottovalutare, in vista della creazione di una "lingua penale comune", la forza inerziale insita in quell'insieme di peculiarità che caratterizzano i singoli ordinamenti penali nazionali (183). Ma le attuali difficoltà incontrate nel tradurre in realtà il sogno di un "diritto penale europeo" non debbono far dimenticare che il viaggio

---

accaduto nel progetto sugli *Europa-Delikte* — da una evidente prevalenza della componente tedesca.

(180) Tali gruppi erano formati da appartenenti alle istituzioni scientifiche, giudiziarie e amministrative dei tre Paesi coinvolti.

(181) Vale a dire, per l'appunto, il vasto settore della criminalità organizzata, che in una Europa senza frontiere postula indubbiamente strategie di prevenzione e repressione armonizzate nell'ambito degli Stati dell'Unione.

(182) Cfr., sul punto, le precisazioni di MILITELLO, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione. La proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, par. 4.2, *sub* 4).

(183) A favore di un processo di "armonizzazione nella salvaguardia delle differenze" cfr., da ultimo, JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, cit., p. 8-9 del testo dattiloscritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verso tale meta è già iniziato, e che esso non potrà che prolungarsi, sull'onda dell'evolversi dell'Unione e della parallela, progressiva evoluzione culturale degli operatori giuridici di settore: almeno sino a quando, nel nome di nuove e non auspicabili esigenze nazionalistiche o comunque particolaristiche, la progressiva "federalizzazione" del vecchio continente non subirà una inversione di tendenza.

Sez. II: *Europeizzazione del diritto e scienza penale.*

12. *Verso una cultura giuridico-penale europea. Le diverse manifestazioni in ambito scientifico del superamento delle tradizioni penali nazionali.*

Se, come sopra accennato, il costituirsi di un ordine giuridico europeo vieppiù incidente financo sulla sfera penale implica naturalmente la modificazione delle coordinate culturali dei giuristi di settore, ben si comprende come larga parte di questi ultimi tenda a prendere progressivamente le distanze da quelle concezioni formalistico-giuspositivistiche incentrate esclusivamente su "lo Stato e le norme", come tali dimentiche "della storia, della politica e delle correnti internazionali del pensiero penalistico" (184).

In questa prospettiva, si assiste pertanto ad un allontanamento graduale (anche se, per vero, solo parziale e non privo di resipiscenze) da ogni approccio "autarchico" al fenomeno giuridico-penale; da ogni approccio volto cioè all'enfatizzazione delle peculiarità dogmatiche dell'ordinamento interno, vissute come espressive del "particolare" contesto socio-politico di riferimento, ovvero addirittura come sintomatiche di una superiore cultura giuridica.

Certamente, è impossibile in questo breve lavoro analizzare in dettaglio le diverse manifestazioni dell'attuale evoluzione del pensiero penalistico in senso supra- o trans-nazionale. Ugualmente impossibile risulta inoltre approfondire come e quanto ognuna di tali manifestazioni costituisca la *causa* ovvero, all'opposto, *l'effetto* dei mutamenti istituzionali riscontrabili in ambito continentale. Qui ci si limiterà quindi ad osservare che, in prima approssimazione,

(184) F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

almeno sei sembrano essere le eterogenee dinamiche sottese all'attuale superamento delle tradizioni penali statuali nella prospettiva dell'europeizzazione delle scienze criminali. *La prima* si esprime in un recupero del giusnaturalismo e dei diritti dell'uomo, accomunati nel fungere da argine al relativismo nazionalistico e da momento di selezione e verifica sia delle generali scelte politico-criminali sia financo dei principi, categorie, istituti dell'ordinamento giuridico interno. *La seconda* consiste nella riaffermazione e valorizzazione di un razionalismo giuridico di matrice anti-statualista, anche se, eventualmente, di carattere sincretistico, e dunque non del tutto insensibile a taluni fondamentali dati d'ordine socio-culturale riflessi dal sistema giuridico nazionale. *La terza* si sostanzia nel rilancio del metodo storicistico, inteso come momento di approfondimento delle passate esperienze giuridiche e di verifica di una loro possibile seppur parziale trasposizione nell'attuale contesto politico-istituzionale, dunque come fonte di riflessione e stimolo in chiave riformista. *La quarta* attiene al potenziamento della comparazione, e alla progressiva evoluzione di questa da strumento meramente conoscitivo a elemento funzionale alla rielaborazione di modelli giuridici eventualmente destinati ad essere trasposti all'interno dei singoli sistemi, quindi a momento giustificativo delle scelte normative operate in ambito nazionale, infine a meccanismo rivelatore dei lati più occulti dell'ordinamento giuridico-penale nazionale, conoscibili per l'appunto solo attraverso il prisma della comparazione. *La quinta* si traduce nella progressiva erosione del tradizionale modello "piramidale" del diritto penale — espressivo di un sistema unitario e verticistico, incentrato su un principio di legalità affidato ad una precisa gerarchia dei testi normativi, e dunque "costretto" all'interno di una razionalità deduttiva e lineare — a favore dell'affermazione di un modello giuridico improntato alla logica della "rete"; modello, questo, caratterizzato da una moltiplicazione di fonti appartenenti a sistemi eterogenei, dall'intreccio di norme prive di un preciso ordine gerarchico e dalla costruzione di un diritto "a più mani", con conseguente rivalutazione dell'apporto della giurisprudenza nel complessivo sviluppo di tale branca del diritto. *La sesta* implica la valorizzazione di un atteggiamento pragmatico dimentico di ogni esigenza di coerenza dogmatica e sistematica, e viceversa attento ad un "sincretismo concettuale" in forza del quale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ogni argomento (assiologico o positivo, razionale o funzionale), così come ogni istituto giuridico, deve essere vagliato in vista sia dell'individuazione del ragionamento o del risultato "migliore" in relazione al problema da risolvere, sia più in generale del perseguimento di un processo di armonizzazione e al contempo di semplificazione degli ordinamenti nazionali.

13. *La "rinascita giusnaturalista" e la "cultura dei diritti dell'uomo" nel processo di destatualizzazione e di europeizzazione della scienza penale.*

Come sopra accennato, una prima manifestazione dell'evoluzione del pensiero penalistico in senso supra- o trans-nazionale si rinviene nella "riscoperta" di principi e concetti generali di fonte metagiuridica capaci di arginare il "relativismo" dei sistemi (penali) interni, e segnatamente di opporsi alle potenziali ingiustizie perpetrabili dal legislatore e dall'interprete (dottrina e giurisprudenza). Affermatasi come noto nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale quale reazione all'*Unrecht* degli ordinamenti totalitari sorti nell'Europa degli anni '30, questa "rinascita giusnaturalista" (185) non può ancora dirsi conclusa (186), accompagnando e talora in-

(185) Cfr., in particolare, AUER, *Der Mensch hat Recht. Naturrecht auf dem Hintergrund des Heute,* Köln, 1956; DEL VECCHIO, *Mutabilità ed eternità del diritto naturale*, in *Jus*, 1954, p. 1 ss.; FROSINI, *L'attualità del diritto naturale*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1961, p. 520 ss.; GALAN DE GUTIERREZ, *El derecho natural y su incesante retorno*, in *Rev. crit. der. inmob.*, 1945, p. 168 ss.; HAENSEL, *Die Zyklische Wiederkeher des Naturrechts*, in *SchwZfS*, 1950, p. 257 ss.; KAUFFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957; MORELLI, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne*, Milano, 1974; MOSSA, *La rinascita del diritto naturale dopo la catastrofe dell'Europa*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, p. 77 ss.; ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. (Linee di una vicenda concettuale)*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss., e bibliografia ivi citata a p. 174; WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano, 1965. In argomento cfr. altresì, MAINHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, 1962, con ulteriori ricchissimi riferimenti bibliografici (p. 580 ss.).

(186) Cfr., ad esempio, per una concezione del diritto d'impronta "ontologicamente" giusnaturalista, D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 2000. Cfr. altresì, sia pure con accenti differenti, VIOLA, *Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, in *Ragion pratica*, 1993, p. 61 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fluenzando significativamente l'attuale evoluzione del diritto su scala continentale.

In effetti, nonostante che l'odierna prevalenza di modelli speculativi a sfondo relativistico (187) finisca col ridurre gli spazi lasciati alle concezioni più autenticamente giusnaturalistiche, in una prospettiva di ideale continuità con tali concezioni tende oggi ad affermarsi una "cultura dei diritti dell'uomo" la quale, pur non ignorando la dimensione "storico/culturale" di questi ultimi, non ne rinnega per questo la componente "filosofica", "segnata dalla congiunzione tra il giusnaturalismo moderno e l'illuminismo" (188). Ora, anche chi guarda con scetticismo o ironia al tema dei diritti umani, riconoscendo in esso il luogo di canalizzazione di "sfoghi retorici" (189) in precedenza riservati, per l'appunto, al tema del giusnaturalismo ovvero, in una ottica non sempre coincidente ma comunque contigua, al tema dell'etica nel discorso giuridico (190), non può disconoscere l'attuale processo di diffusione a livello internazionale dei diritti umani. Processo il quale, come noto, favorisce una sorta di almeno relativa "trasversalità" di tali diritti rispetto alle singole culture localistiche, se non addirittura un loro processo storico di "mondializzazione" destinato, a seconda delle concezioni, a surrogare ovvero ad affiancare quella tradizionale dimensione universalistica dei diritti fondamentali (191) che troverebbe la sua radice, ad un tempo, "nel cuore e nella ragione dell'uomo" (192).

---

(187) Particolarmente evidenti nelle attuali concezioni filosofiche a carattere analitico: cfr., per tutti, MACKIE, *Etica: inventare il giusto e l'ingiusto*, Torino, 2001.

(188) VIOLA, *Le origini ideali dei diritti umani*, in VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, p. 18. Per una valorizzazione della dimensione giusnaturalista dei diritti umani cfr., ad esempio, MACHAN, *A Reconsideration of Natural Rights Theory*, in *American Philosophical Quarterly*, 19, 1982, p. 61 ss.

(189) VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, Torino, 1989.

(190) Per una recente prospettiva di convergenza tra etica e giusnaturalismo cfr. DIJON, *Droit naturel*, t. I, *Les questions du droit*, Paris, 1998; ID., *Itineraire philosophique vers la source du droit commun*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2001, p. 7 ss.

(191) In merito alla quale cfr., per tutti e con varietà di accenti, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, a cura di F. D'Agostino, Torino, 1996; NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991; VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, 1997; ID., *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit.

(192) SALAS, *Vers un droit commun européen? Propos introductif*, in *Droit et Justice*, n. 33, 2002, p. 286.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In ogni caso, sia la persistente "anima ecumenica" dei diritti in questione sia le sempre più evidenti ricadute di questi ultimi sul diritto penale sembrano testimoniate, tra l'altro, dall'istituzione di numerosi tribunali internazionali la cui attività risulta latamente ispirata alla "formula di Radbruch" (193). In effetti, il "primato" dei diritti dell'uomo sul "diritto positivo ingiusto" e sull'ordine legale in cui esso si esprime (194), se da un lato comporta complessi problemi di costituzionalità (195), dall'altro lato tende a sgretolare la dimensione meramente "provinciale" del diritto penale (196), in nome di esigenze di diritto sostanziale destinate a bilanciare — sia pure con

(193) Secondo la quale, come noto, "il diritto positivo [...] conserva il suo predominio anche quando materialmente ingiusto e inadeguato, a meno che il contrasto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura tanto intollerabile che la legge, in quanto "diritto iniquo", debba essere piegata alla giustizia": RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Rechsphilosophie*, Stuttgart, 1973, p. 345. In argomento cfr., in particolare, VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001. Cfr. altresì, all'interno di una ormai vasta bibliografia, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio, Torino, 2000, e bibliografia ivi riportata; *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*; a cura di M. C. Bassiouni, New-York, 1998; BAZELAIRE, CRETIN, *La justice pénale internationale*, Paris, 2000; MUHM, *Il "muro di Berlino", i processi paralleli e il diritto naturale in Germania*, in *Indice pen.*, 1994, p. 625 ss.; VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, in *I diritti dell'uomo — cronache e battaglie*, 2001, n. 1, p. 5 ss.

(194) Primato, questo, evidenziato già dal comma 2 dell'art. 7 CEDU il quale, in deroga a quanto disposto dal comma 1 dello stesso articolo, prevede che possano venire processati e condannati gli autori di fatti considerati criminali secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, ancorché al momento della loro commissione detti fatti non costituissero reato secondo il diritto nazionale o internazionale. Sul punto cfr., volendo, BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 297 ss.

(195) In merito ai quali cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, ivi, p. 304 ss.

(196) Sul carattere marcatamente "provincialistico/nazionalistico" del diritto penale cfr., tra gli altri, ALBRECHT, BRAUM, *Insufficienze nell'evoluzione del diritto penale europeo*, in *Critica del diritto*, 1999, p. 615; BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale commerciale?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 5; DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543; ID., *Union européenne et droit pénal*, in *Cahiers de droit européen*, 1997, p. 608; DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esclusivo riferimento a taluni casi limite — le contrapposte esigenze di legalità formale proprie dei singoli ordinamenti nazionali (197).

È comunque importante sottolineare che oggi la dimensione "antistatualista" dei diritti dell'uomo emerge anche laddove il loro fondamento sia visto non già o non solo nella stessa "natura umana", come vuole la moderna concezione propria del giusnaturalismo razionalistico, ma anche se non soprattutto nella storia e nella cultura dei popoli (198). È infatti di tutta evidenza che ormai, almeno a livello europeo, i diritti dell'uomo non si ricavano tanto dalle specificità culturali dei singoli Stati, quanto piuttosto da quell'insieme di concezioni e principi radicantisi nella tradizione europea (199); tradizione rispecchiata prima dall'unità religiosa cristiana (certo in declino, ma ancora viva sul piano dei valori), poi dai principi liberali dell'epoca dei lumi, infine e più in generale da quei costumi, concezioni, modelli sociali ormai tendenzialmente omogenei in ambito continentale ancorché vieppiù insidiati dall'evoluzione in senso multiculturalista della società occidentale (200).

2001, p. 29; TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 3.

(197) Al riguardo cfr. già gli spunti di CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 128.

(198) In una prospettiva di secolarizzazione dei diritti dell'uomo cfr., emblematicamente e per tutti, PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, *passim*; PERELMAN, *Ethique et droit*, Bruxelles, 1990, in particolare p. 469 ss.

(199) Cfr. al riguardo, anche per ulteriori puntualizzazioni e per taluni *distinguo*, GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. Gambino, Milano, 2002, p. 33 ss.; MODERNE, *la notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne*, in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, a cura di F. Sudre e H. Labayle, Bruxelles, 2000, in particolare p. 59 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(200) Sullo spettacolo oggi offerto dalla coesistenza nel mondo occidentale di etnie e religioni diverse, e sui riflessi di tale situazione sul piano dei diritti cfr., in particolare, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit.; *Multicultural questions*, a cura di C. Joppke e S. Lukes, Oxford, 1999; COHN BENDIT, SCHMIDT, *Patria Babilonia: la sfida della democrazia multiculturale*, Roma, 1994; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001; GAMBERINI, MARTELLI, PASTORE, *Multiculturalismo dialogico?*, Padova, 2002; KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999; *Education in multicultural societies*, a cura di T. Corner, London, 1984; LYNCH, *Educazione multiculturale in una societa globale*, Roma, 1993; MACEDO, *Diversity*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Del resto, il processo di europeizzazione dei diritti fondamentali ben si coglie dall'esame del modo in cui si sono manifestati e tuttora si manifestano il progressivo ravvicinamento e l'integrazione tra due mondi in origine nettamente separati: quello dei diritti dell'uomo e quello del diritto comunitario (201). Come noto, infatti, il crescente riconoscimento dei diritti fondamentali all'interno del diritto comunitario — funzionale allo scopo di affermare in via definitiva il primato di quest'ultimo sul diritto interno (202) — tende a realizzarsi sulla base di un approccio comparatistico che tiene conto del livello di sviluppo di tali diritti all'interno dei Paesi membri (203). Più precisamente, è stata la Corte di giustizia — sulla base di taluni articoli del Trattato CE che sembrano autorizzare il ricorso a principi generali di diritto non scritto per colmare le lacune del diritto comunitario scritto (204) — ad aver ricondotto all'interno del catalogo di principi in materia di diritti fondamentali implicitamente

---

and distrust: civic education in a multicultural democracy, Cambridge-London, 2000; PANNIKAR, *La torre di Babele. Pace e pluralismo*, San Domenico di Fiesole, 1990; SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei: saggio sulla societa multietnica*, Milano, 2002; TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993; TIE, *Legal pluralism: toward a multicultural conception of law*, Aldershot, 1999.

(201) La natura essenzialmente economica dei Trattati CEE, Ceca ed Euratom aveva infatti portato a trascurare, nella prima fase della costruzione europea.

(202) Primato il quale, viceversa, sarebbe potuto risultare fortemente ostacolato già sul piano logico da un'eventuale carenza di protezione a livello comunitario dei diritti dell'uomo riconosciuti ai cittadini degli Stati membri dalle rispettive Costituzioni nazionali, con conseguente rischio di promulgazione da parte degli organi comunitari di testi in contrasto con tali diritti. In relazione a tale problematica, e agli sviluppi ad essa conferiti in particolare dalle Corti costituzionali italiana e tedesca, la bibliografia è ormai sterminata: cfr., sinteticamente e per tutti, TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 434 ss.

(203) In argomento cfr., per tutti, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss.; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 403 ss.; GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 2001, p. 187 ss.; SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 218 ss.; TESAURO *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999 - la Costituzione europea*, Padova, 2000, p. 297 ss.; TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

(204) Artt. 220, 230 e 288.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recepiti e tutelati dal diritto comunitario tutti i diritti fondamentali previsti sia dalle Carte internazionali cui aderiscono i Paesi dell'Unione (205) sia dalle Costituzioni di tali Paesi: con l'ulteriore puntualizzazione che, quantomeno secondo l'orientamento giurisprudenziale predominante (206), i diritti fondamentali di fonte costituzionale vengono integrati nell'ordinamento comunitario sulla base del livello di evoluzione da essi prevalentemente assunto negli Stati dell'Unione (207), e ricavato appunto attraverso un'opera (per

(205) Per un completo elenco delle fonti internazionali utilizzate in sede di individuazione dei diritti fondamentali accolti in ambito comunitario e delle relativa giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., in particolare, PICOD, *Les sources*, in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, cit., in particolare p. 146 ss.

(206) In merito ai criteri (ulteriori rispetto a quello qui considerato) adottati dalla Corte di giustizia per l'individuazione e l'implementazione dei diritti fondamentali di derivazione costituzionale cfr., per tutti, BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 181 ss.; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1983, p. 716 ss.; MODERNE, *la notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne*, cit., in particolare p. 50 ss.; PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres,* cit., p. 353 ss.; SCHERMERS, *The European Communities bound by Fundamental Human Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 254 ss.; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982, p. 61 ss.; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, p. 734 ss.; TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, Amsterdam, 1978, p. 109 ss.; WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 160.

(207) E tenuto conto altresì delle esigenze dell'ordinamento comunitario, ovvero — in una prospettiva parzialmente diversa — nella misura della loro compatibilità con la struttura e gli obiettivi di quest'ultimo. Cfr., per tutti e con diverse sfumature, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 553 ss.; ANCORA, *Corte di giustizia CEE e diritti fondamentali,* in *Giur. merito*, 1992, p. 754; CIRAOLO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Comunità europee*, in *Nomos*, 1993, p. 29 ss.; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 401 ss.; GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. intern.,* 1988, p. 579 e bibliografia ivi riportata; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 61 ss.; ID., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 626, con ulteriori riferimenti bibliografici; LORENZ, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, p. 12 ss.;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vero assai poco meticolosa) (208) di comparazione su scala europea (209).

Da ultimo — nell'ambito di un più generale processo di trasposizione in fonti scritte dei diritti fondamentali, connesso al progredire della costruzione europea (210) — l'idea secondo la quale i diritti dell'uomo riconosciuti all'interno dell'Unione debbano essere raccolti in un organico documento destinato a renderli più manifesti (211) ha portato, come noto, al varo della Carta europea dei diritti. Ma è importante sottolineare che tale Carta, se da un lato "potrebbe prendere il posto, nella giurisprudenza comunitaria, delle tradizioni costitu-

---

MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1997, p. 260 ss.; PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 176 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; VERGÈS, *Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 525 ss.; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, in *JZ*, 1995, p. 336; ZWEIGERT, *Les principes généraux du droit des Etats membres*, in *Droits des Communautés européennes*, diretto da Ganshof van der Meersch, Bruxelles, 1969, p. 444 ss.

(208) Al riguardo cfr., per tutti, le osservazioni di AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 2000, p. 269; GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, cit., p. 39 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(209) In linea con l'esigenza di sviluppare i diritti fondamentali in sintonia con posizioni convergenti o dominanti all'interno degli Stati membri, cfr. in particolare le conclusioni degli avvocati generali relativamente alle sentt. 28 maggio 1970, causa 36/69 (*Peco*), in *Racc.*, 1970, p. 375; 15 luglio 1970, causa 41/69 (*ACF Chemiefarma*), in *Racc.*, 1970, p. 712 ss.; 14 dicembre 1972, causa 7/72 (*Boehringer*), in *Racc.*, 1972, p. 1294; 24 ottobre 1973, causa 5/73 (*Balkan*), in *Racc.*, 1973, p. 1130; 8 ottobre 1974, causa 175/73 (*Union syndacale*), in *Racc.*, 1974, p. 928 ss.; 25 maggio 1978, cause riunite 83 e 94/76, 5, 15 e 40/77 (*Bayerische*), in *Racc.,* 1978, in particolare p. 1235 lett. *b*); 5 aprile 1979, cause riunite 220 e 221/78 (*A.L.A.* e *A.L.F.E.R.*), in *Racc.*, 1979, p. 1700; 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88 (*Hoechst*), in *Racc.*, 1989, p. 2923.

(210) In merito a tale processo cfr., per tutti, PICOD, *Les sources*, cit., p. 151 ss.

(211) Cfr. Consiglio europeo di Colonia, 3-4 giugno 1999, *Conclusioni della Presidenza*, n. 44 e allegato IV. In dottrina cfr., per tutti, DIX, *Charte des droits fondamentaux et convention. Des nouvelles voies pour réformer l'UE*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 2001, p. 306; PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una novità istituzionale*, in *Teoria politica*, 2001, p. 28; TULKENS, CALLEWAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Archives de politique criminelle*, n. 22, 2000, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionali comuni agli Stati membri" (212), dall'altro lato non per questo rinnega la dimensione non solo "ideale" (213), ma anche "storico-comparatistica" del catalogo di statuizioni in essa contenute (214). Catalogo deputato, con ogni probabilità, a costituire in futuro il nucleo centrale di una Costituzione europea degna di rappresentare il livello di valori e di principi espresso da un continente considerato "la culla dei diritti dell'uomo" anche da chi si dichiara alieno da "una lettura puramente oggettiva e positiva" di questi ultimi (215).

14. *Le attuali concezioni giuridiche a sfondo razionalistico e le loro valenze antistatualiste e europeiste.*

Una ulteriore manifestazione dell'attuale tendenza del pensiero penalistico ad evolvere in senso trans-nazionale si rinviene nelle moderne concezioni tese a valorizzare il carattere "razionale" della

---

(212) AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 269.

(213) Dunque latamente "giusnaturale". È infatti noto l'apporto del giusnaturalismo alla redazione delle Carte (come per l'appunto la Carta europea dei diritti) tese a racchiudere quei "principi e valori… in cui si risolve il concetto concreto di diritto di natura" PERTICONE, voce *Diritto naturale (teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, p. 954. In merito ai contenuti di diritto *lato sensu* "naturale" propri delle Carte fondamentali cfr., ad esempio, MORELLI, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne*, cit., *passim.* Per una radicale concezione "universalistica" dei diritti sanciti dalla Carta europea dei diritti cfr., in particolare, TULKENS, CALLEWAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, cit., p. 38.

(214) Per una energica sottolineatura del ruolo della comparazione nella stesura e nella ricostruzione per via giurisprudenziale dell'esatta portata dei diritti sanciti dalla Carta europea cfr., in particolare, MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1873 ss. Tra gli altri, sottolineano con varietà di accenti la connotazione "storico-comparatistica" dei diritti in questione BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, resoconto della relazione svolta il 28 maggio 1999 a cura di Politi, Scaccia, in *http://www.google.com/search?q=cache:www/europa/carta/+carta+europa+dei+diritti*, p. 1 del testo dattiloscritto; DÍEZ-PICAZO, *Notes sur la nouvelle Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 673; RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come documento giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 64 ss.; VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 502.

(215) SALAS, *Vers un droit commun européen? Propos introductif*, cit., p. 285 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienza giuridica. Carattere, questo, sottolineato non solo da quelle concezioni neo-giusnaturaliste atte a far coincidere i concetti di "natura" e di "ragione" (216), ma anche da quelle concezioni neo-positivistiche ed ermeneutiche tese a privilegiare gli aspetti di razionalità — dunque d'universalità — della metodologia giuridica. Ancorché non ancora adeguatamente approfondita (217), tale evoluzione della scienza giuridica in direzione razionalista e antistatualista si manifesta con evidenza anche in ambito penale, potendo finire col condizionare persino le codificazioni criminali, tradizionalmente considerate la forma di estrinsecazione del potere legislativo massimamente espressiva di una concezione nazionalistica del diritto.

Al riguardo, occorre innanzitutto premettere che la "statualizzazione" dei codici moderni deve considerarsi non già il risultato ineluttabilmente inscritto nel loro patrimonio genetico, ma piuttosto il prodotto delle concezioni positivistico-nazionalistiche insite, in un ben preciso periodo storico, nelle diverse componenti culturali e giuridiche chiamate ad interagire coi codici stessi (218). In questo senso, sembra dunque lecito ritenere che, in un mutato clima culturale e giuridico, i processi di codificazione potrebbero cessare di porsi quali simboli tangibili dello statualismo penale, per divenire lo strumento privilegiato di forme vieppiù estese di armonizzazione o di unificazione normativa su scala transnazionale. In termini più espliciti, questa eventuale "rivoluzione copernicana" dei codici penali appare quantomeno non del tutto utopistica ove si rifletta sul

(216) Sul c.d. giusnaturalismo razionalistico cfr., per tutti, FASSÓ, *La legge della ragione*, Bologna, 1964, e bibliografia ivi riportata. Cfr. altresì, per tutti, HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, 1991, p. 19 ss.; JESTAZ, *Autorité et raison en droit naturel,* in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, 1988, in particolare p. 259 ss.

(217) Sottolinea le perduranti incertezze circa la maggiore o minore influenza del diritto naturale sulla metodologia giuridica SANTINI, *Nascita di una nuova disciplina: la "storia del diritto europeo"*, in *Arch. giur.*, 1994, p. p. 201.

(218) Cfr., tra gli altri, DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1994, p. 53 ss.; ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, p. 134 ss. La tendenziale valenza universalistica delle codificazioni, anche penali, particolarmente evidente nel codice penale Napoleone del 1810, non ha ovviamente impedito il varo di codici penali impregnati *ab origine* di spirito nazionalistico quando non addirittura xenofobo. Cfr., al riguardo, le osservazioni di BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 9-10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatto che i processi di codificazione avvenuti in epoca moderna, pur risultando strettamente legati a soluzioni pragmatiche e relativistiche sintomatiche delle particolarità dei singoli contesti storici e geografici in cui essi erano concepiti ([219]), si rivelavano però, al contempo, espressione di concezioni giusnaturalistico-razionalistiche a sfondo tendenzialmente universalistico. In altre parole, seppure introdotti giocoforza in ambiti geograficamente delimitati, i codici penali moderni mantenevano pur sempre un nucleo strutturato in termini assoluti, in quanto non prioritariamente focalizzato su un dato contesto storico-politico, ma piuttosto teso a rinnovare la tradizione del diritto comune, di cui tali codici volevano per l'appunto costituire una esposizione aggiornata e sistematizzata.

Ammesso che quanto sin qui detto sia vero, non è difficile capire come l'odierna fase di crisi del nazionalismo giuridico, conseguente alla rinascita del diritto naturale, o comunque alla prepotente affermazione di concezioni d'impronta razionalistica, potrebbe consentire di riproporre la dimensione intrinsecamente sovrastatuale dei processi di codificazione. In questo senso, tali processi, lungi dal rafforzare le barriere scientifiche tra gli Stati, potrebbero forse favorire, nel nome di un superiore diritto "giusto e razionale", una sorta di riacquistata comunanza giuridica tra le nazioni.

A questo proposito, tuttavia, una precisazione si impone. Nell'attuale contesto storico, l'idea che tale comunanza possa assumere una valenza tendenzialmente *universale* — sino a dar vita ad un codice penale valido su scala mondiale — va considerata senz'altro illusoria: essa sarebbe infatti espressiva di una concezione giusnaturalista di tipo classico, come tale eccessivamente assolutistica in quanto dimentica degli inevitabili condizionamenti prodotti sul piano giuridico dalle variabili socio-culturali proprie delle diverse aree del pianeta. Meno irreale risulta, al contrario, l'idea di una comunanza giuridico-penale in un ambito meramente *continentale*, la quale parrebbe perfettamente in linea con le più recenti concezioni giusnaturaliste e razional-positiviste, tutte in misura maggiore o minore a carattere sincretistico, in quanto storicamente e culturalmente condizionate. In questo senso, è presumibile ritenere che,

([219]) Cfr., in particolare, CARTUYVELS, *Elements pour une approche généalogique du code pénal*, in *Déviance et societé*, 1994, n. 18, p. 383 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla luce di tali concezioni giuridiche — d'impronta antistatualistica ma al contempo consapevoli della ineliminabile influenza delle variabili "storiche" all'interno dei sistemi normativi — l'ambito di vigenza dei codici non potrebbe oltrepassare i limiti estremi consentiti dalla sussistenza di una comune cultura giuridica, e dunque non potrebbe valicare i confini entro i quali si trova racchiusa la cultura giuridica europea (220).

Tutto ciò premesso, il fatto che queste concezioni giuridiche sincretistiche a sfondo razionalistico tendano progressivamente ad affermarsi anche in sede penale sembra avvalorato dall'esame dei summenzionati progetti varati in Europa (221) e finalizzati a perseguire, a seconda dei punti di vista, forme vuoi di intenso ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, vuoi di vera e propria unificazione penale. E invero — indipendentemente dalle divergenze riscontrabili in dottrina in merito al loro livello di incompletezza e al loro fine ultimo — appare indiscutibile che i progetti relativi al *Corpus Juris* e agli *Europa-Delikte* costituiscano, sia pur con le differenze in precedenza sottolineate (222), altrettanti disegni di microcodificazione penale capaci di rivitalizzare il dibattito sull'esigenza di un diritto penale europeo e sui metodi per realizzarlo (223). In particolare, posto che a tali progetti sembra sottesa l'idea di una armonizzazione/unificazione penale (224)

---

(220) In merito alla quale cfr., in particolare e con varietà di accenti, BASEDOW, *Rechtskultur — zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal*, in *ZEuP*, 1996, p. 379 ss.; HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, in *Riv. eur. dir. pubbl.*, 1994, p. 287 ss.; WIEACKER, *Fundations of European Legal Culture*, in *The american Journal of Comparative Law*, 38, 1990, p. 1 ss.

(221) Cfr. *supra*, *sub* sez. I, par. 11.

(222) Cfr. ancora *supra*, *sub* sez. I, par. 11.

(223) Con specifico riferimento al ruolo del *Corpus Juris* nell'ambito della discussione sull'esigenza di un sistema penale a carattere sovrastatuale cfr., tra gli altri, GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 31; MANACORDA, *Le droit pénal et L'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 98 ss., e bibliografia ivi riportata; MORALES PRATS, *Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión europea: reflexiones a propósito del* Corpus Juris, in *Revista penal*, 1999, p. 29 ss.; VERVAELE, *Préface*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, cit., p. V.

(224) Sull'unificazione penale europea cfr. per tutti, in una più generale prospettiva disancorata dalla problematica del *Corpus Juris*, *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, cit.; *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid — Symposium für Klaus Tiedemann*, a cura di B. Schunemann, C. Suarez Gonzales, Köln,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perseguita attraverso forme settoriali di codificazione (225), appare inutile sottolineare come l'ammissione in prospettiva europeista di forme di codificazione limitate a particolari campi del diritto penale contribuisca a rendere un po' meno irreale un eventuale codice penale continentale, peraltro già auspicato (sia pure nella mera forma di codice-modello) dalle organizzazioni europee (226) e considerato con attenzione da una crescente parte della dottrina (227).

Berlin, Bonn, München, 1994; DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, *passim*; ID., *Verso un diritto penale comune europeo?*, cit., p. 543; ID., *Union européenne et droit pénal*, cit., p. 608; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., *passim*; GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, in *Indice pen.*, 1993, p. 65 ss.; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 985 ss.; TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 3 ss.; VOGEL, *Wege zu europäischeinheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 336 ss.; volendo BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., *passim.*

(225) Cfr., specificamente, PALIERO, *La fabbrica del* Golem. *Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, in particolare p. 473. In effetti, è stata la stessa DELMAS-MARTY ad avallare, in taluni suoi scritti, la tesi di un'unificazione europea circoscritta a taluni settori del sistema penale. Cfr., ad esempio, *Politique criminelle d'Europe*, in *Towards Universal Law. Trend in National, European and International Lawmaking*, Uppsala, 1995, p. 79 ss. In una prospettiva codicistica a carattere nazionale, l'ipotesi di "un insieme di codici o corpi normativi settoriali, distinti per materia e per tecniche di tutela" è evocata, in particolare, da FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.*, 1994, c. 14; ID., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 137 ss. Cfr. altresì, per tutti e in termini più sfumati, PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 312 ss.

(226) Invero, già nel 1971 il Consiglio d'Europa sottolineava l'opportunità di varare un codice penale modello. Cfr. *Model Penal Code for Europe. Memorandum prepared at the request of the legal affairs committee of the Council of Europe* (Nr. AS/Jur[22]45). Con specifico riferimento a tale progetto, nuovamente sollecitato dal Consiglio d'Europa a oltre vent'anni di distanza (cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Proposta di raccomandazione per un codice penale modello europeo, Doc. 6851 del 28 maggio 1993) cfr., in particolare, ENSCHEDÉ, *Een uniform europees strafrecht?*, Arnhem, 1990; RÜTER, *Harmonie trotz Dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa*, in *ZStW*, 105, 1993, p. 37; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29 ss., 38.

(227) Sia pure con notevole varietà di toni, e con l'occhio rivolto ad un futuro non immediato, favorevolmente ad un codice penale europeo si sono espressi, tra gli altri, BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., *passim*; ID. *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, cit., p. 231 ss.; CADOPPI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Certamente, non può negarsi che oggi la massima parte della dottrina ritiene del tutto prematura l'ipotesi di un codice penale uniforme, e che non pochi studiosi si dichiarano anche, con varie argomentazioni, contrari alla redazione di un codice penale modello (228). Resta il fatto che, a mio avviso, la redazione di un siffatto testo codicistico avrebbe molte ricadute positive, favorendo il miglioramento del dibattito scientifico e la sua "concentrazione" attorno ad un oggetto determinato (229). In particolare, nell'attuale momento storico un modello di codice penale europeo potrebbe perseguire due scopi tendenzialmente convergenti: lo scopo culturale e scientifico di favorire uno sviluppo vieppiù omogeneo della scienza penalistica su scala continentale, nonché lo scopo di stimolare un processo riformistico degli ordinamenti penali nazionali e in specie dei relativi codici, nel segno della razionalizzazione e del ravvicinamento di questi ultimi.

15. *La rivalutazione della storia del diritto penale nella prospettiva dell'armonizzazione/unificazione dei sistemi nazionali.*

Passando ora all'esame della terza delle summenzionate dinamiche nelle quali trova espressione l'attuale superamento delle tradizioni penali statuali nella prospettiva di una loro progressiva

---

Towards a European Criminal Code?, in *Eur. Jour. Crime Crim. Law Crim. Jus.*, 1996, p. 2 ss; DANNECKER, *Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *Festschrift für Hirsch*, a cura di T. Weigend, G. Küpper, Berlin, 1999, p. 141 ss.; PALIERO, *La fabbrica del* Golem. *Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, cit., p. 466 ss.; PARODI GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 110. Cfr. altresì, a favore di un codice penale modello per l'Unione europea, CADOPPI, *Verso un diritto penale unico europeo?*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 39; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 205; SIEBER, *Memorandum on a European Model Code*, in *European Journal of Law Reform*, 1998/1999, vol. 1, n. 4, p. 445 ss.

(228) Sul punto cfr., *amplius*, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, cit., p. 231-232.

(229) In argomento cfr. le osservazioni di SIEBER, *A propos du code pénal type européen*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

europeizzazione, occorre soffermarsi sulla valorizzazione sul piano giuridico-criminale delle ricerche a carattere storico e della loro funzionalizzazione in prospettiva riformistica.

Al riguardo, occorre precisare come il rilancio del metodo storicistico nell'ambito dello studio del sistema penale sembri trovare una prima spiegazione nel fatto che l'odierno processo di costruzione dell'Unione europea costituisce un'esperienza unica ed originale, rispetto alla quale gli attuali modelli rappresentati dai sistemi federali nord-americani e più in generale dalle moderne, progressive agglomerazioni di Stati ovvero di entità politiche o giuridiche a carattere regionale non appaiono costituire un valido punto di riferimento. Infatti, a tacer d'altro, i modelli federali nordamericani non hanno dovuto confrontarsi, nel loro processo evolutivo, con quelle culture giuridiche nazionali forti e ben differenziate che contraddistinguono il panorama europeo; mentre altri modelli anche a carattere assai eterogeneo (si pensi, ad esempio, al modello svizzero o a quello offerto dal "Comitato nordico di diritto penale" (230)) possono giovarsi di tradizioni socio-culturali assai omogenee. Dunque, nella ricerca di modelli giuridici di riferimento, la consapevolezza delle peculiarità della costruzione europea rispetto agli attuali modelli giuridici complessi induce a cercare tali riferimenti non tanto in modelli contemporanei, quanto in modelli risalenti della tradizione europea precedente l'epoca degli stati nazione.

In questo senso, non desta stupore che — secondo taluni — solo attraverso un'analisi storica risulti forse possibile rinvenire modelli giuridici in qualche misura rapportabili all'attuale fenomeno di creazione di uno spazio giuridico europeo, e (senza per questo dover

(230) Sulla evoluzione storica della "Cooperazione internordica in materia penale" posta in essere dai Paesi dell'Unione nordica cfr., *amplius* e per tutti, ROMANDER, *Les tentatives d'harmonisation et d'unification* du droit pénal et de la procédure pénale dans les Etats nordiques, in *Droit pénal européen*, Bruxelles, 1970, p. 557 ss. Cfr. altresì, più in generale, *Le droit pénal des pays scandinaves*, Paris, 1969; *Les orientations actuelles de le politique criminelle dans les pays nordiques*, in *Archives de politique criminelle*, n. 4, 1980, p. 223 ss, con articoli di INGSTRUP (p. 225), LEHTIMAJA (p. 241), RÖSTAD (p. 269), NELSON (p. 271); *Les grandes orientations de le politique criminelle actuelle (pays nordiques)*, in *Archives de politique criminelle*, n. 6, 1983, con articoli di RÖSTAD (p. 209) e ANTILLA (p. 217).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aderire acriticamente alla concezione vichiana della storia) capaci eventualmente di aiutare a comprenderne e favorirne i futuri sviluppi (231).

Certamente, potrebbe di primo acchito apparire paradossale un ricorso al metodo storico per avvallare i moderni impulsi all'europeizzazione del diritto penale e per coglierne talune implicazioni tecnico-scientifiche: è noto infatti che proprio nella scuola storica si sono condensate quelle istanze volte ad affermare l'esistenza e la piena legittimità di diritti e di scienze giuridiche peculiari dei singoli Stati, e dunque votate a screditare ogni ecumenismo giuridico di tipo transnazionalista.

È chiaro, tuttavia, che l'attuale rivisitazione del processo di costruzione europea in chiave storica non si prefigge l'obiettivo di sminuire il ruolo assunto nel corso dei secoli dagli Stati-nazione e dai relativi sistemi giuridici, ovvero di negare i molteplici tradimenti e abbandoni dal ceppo comune di matrice romanistica che hanno caratterizzato l'evoluzione dei percorsi dottrinali e normativi in ambito continentale. Essa vuole piuttosto privilegiare e porre in evidenza gli elementi di comunanza e di "coralità" della storia e della cultura europea (232), i quali hanno costituito un sostrato unificante

---

(231) Cfr., per taluni spunti al riguardo, GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno. Quaderni fiorentini*, n. 24, 1995, p. 470 ss.

(232) In questa prospettiva cfr., all'interno di una bibliografia ormai sterminata e con diverse sfumature, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, a cura di M. Cappelletti, Firenze, 1978; *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, a cura di M. Cappelletti e A. Pizzorusso, Milano, 1982; ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit.; CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, 1966; ID., *Tradizione e critica metodologica*, in *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 3 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979; COING, *Das Recht als Element europäischer Kultur*, in *Historische Zeitschrift*, 1984, p. 1 ss.; GORLA, *Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale"*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 653; ID., *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*, ivi, p. 875; KNUTEL, *Rechtseinheit in Europa und das römische Recht*, in *ZEuP*, 1994, p. 244 ss.; KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Müichen-Berlin, 1966; MANSEL, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit,* in *JZ*, 1991, p. 529 ss.; ROBINSON, FERGUS, GORDON, *An Introduction to European Legal History*, Abington, 1987; SANTINI, *Nascita di una nuova disciplina: la "storia del diritto europeo"*, cit., p. 185 ss. e bibliografia ivi riportata; ID., *L'Europa come spazio giuridico unitario: un'armonia nel rispetto delle dissonanze*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 43 ss.; SCHULZE,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per le costruzioni politiche dell'epoca e hanno creato le basi per una tradizione giuridica comune che — seppure per lungo tempo sovrastata dalle specificità nazionali — può oggi essere recuperata e perfezionata (233).

Non senza, talora, forzature di tipo metodologico e concettuale, i processi di frammentazione giuridica strettamente correlati ad una percezione in chiave "storico-culturale" del diritto finiscono quindi con lo sfumare nella consapevolezza sia delle importanti esperienze di diritto uniforme che hanno coinvolto anche la sfera penale sia della comune matrice "europea" delle grandi correnti del pensiero giuridico. Viene in tal modo favorita la formazione, in ambito criminale, di giuristi e più in generale di operatori del diritto consci delle loro ascendenze e dunque per nulla ostili alla rinascita di una grammatica penale condivisa e di un sistema di fonti a carattere continentale.

In questo processo storico di ripensamento della scienza penale e dei suoi precipitati normativi può allora accadere che, a seconda del concetto di Europa di volta in volta vagheggiato nell'ambito dell'attuale, mutevole e proteiforme, quadro istituzionale dell'Unione europea, l'attenzione del giurista si focalizzi su taluni momenti della storia del vecchio continente per lui più carichi di significati in quanto evocativi di episodi, problemi e soluzioni riproponibili, *mutatis mutandis*, nel nuovo contesto.

Così, chi scommettesse oggi su un'Europa destinata nel futuro a tradursi in una sorta di "super-Stato" unificato nei suoi tratti

---

Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen, cit., p. 29 ss.; ID., *La renaissance de l'idée de* jus commune, in *Variations autour d'un droit commun*, a cura di M. Delmas-Marty, H. Muir Watt, H. Ruiz Fabri, Paris, 2002, p. 181 ss.; STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987; STEIN, SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milano, 1980, Vol. I, p. 11 ss.; nonché, in prospettiva strettamente penalistica, BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 3 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., in particolare p. 29 e 86 ss.; GLASER, *Le principe de la suprématie du droit international et l'unification du droit pénal européen*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., pp. 389 ss. e 429; H. H. JESCHECK, *Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, in *Indice pen.*, 1985, p. 508 ss.

(233) Cfr., specificamente e da ultimo, PADOA SCHIOPPA, *Verso una storia del diritto europeo*, in *Studi di storia del diritto*, vol. III, Milano, 2001, in particolare p. 24-25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essenziali e dotato di un potere fortemente accentrato, potrebbe forse trovare nel modello dell'Impero romano un interessante archetipo di progressiva unificazione giuridico-penale articolata in più tappe (234): una prima tappa contrassegnata dalla coesistenza di numerosi Stati dotati di legislazione e di organizzazione penale autonoma ancorché ormai appartenenti all'ecumene romana; una seconda tappa caratterizzata da una strategia imperiale di progressiva assimilazione seppure nel rispetto, talora, di una legiferazione su basi localistiche legittimata dagli eterogenei caratteri culturali delle aree conglobate; infine, una terza tappa segnata dalla realizzazione di corpi normativi unitari in grado di porsi come unico *jus* vigente e di condurre al superamento della frammentazione giuridica (235).

Chi, diversamente, auspicasse un'Europa a carattere meramente confederale, articolata in una pluralità di Stati autonomi seppur legati da una tradizione giuridica comune, potrebbe verosimilmente utilizzare, quale modello di riferimento, quello offerto dall'esperienza giuridica medievale. In essa, infatti, la massiccia disgregazione politica e la tendenziale assenza di un centro di potere unitario trovava, quale sorta di contrappeso giuridico, uno *jus commune* capace di porsi in rapporto dialettico con gli *jura propria* così da offrire, pur in un contesto di frammentazione istituzionale, una coerenza giuridica complessiva di respiro europeo (236).

---

(234) Tappe peraltro non puntualmente delineabili, in ragione dell'indubbia povertà delle fonti in materia.

(235) In argomento cfr., in generale e con varietà di accenti, MOMMSEN, *Das römische Strafrecht*, Leipzig, 1901 (trad. francese di J. Duquesne, *Droit pénal roman*, Paris, 1907, p. 121 ss.); FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, I, Milano, 1905, p. 15 ss.

Sui meccanismi utilizzati da Roma per la progressiva estensione del suo diritto alle province cfr., specificamente, GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1998, p. 55 ss.; DE VISSCHER, *L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche* IV, Trieste, 1957, p. 3 ss., 96 ss.

Per una riflessione sulle relazioni intercorrenti tra Roma e le province come antesignane delle moderne relazioni internazionali cfr. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, 1928, p. 41 ss.

(236) Sul ruolo dello *jus comune* nel contesto medioevale di frammentazione politico-giuridica cfr., tra gli altri, BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1991, p. 67 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti del pensiero giuridico*, vol. I, cit., p. 33 ss.; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Milano, 1999, p. 227 ss.; HESPANHA,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E ancora, chi nell'ambito dell'attuale fase di costruzione europea ponesse l'accento sulla progressiva affermazione di principi e valori comuni di impronta al contempo ideale e razionale potrebbe cogliere, quale più significativo antecedente di tale fase, il modello proposto dal riformismo illuminista settecentesco. In esso, come noto, ad una critica radicale dei retaggi del passato in nome dei nuovi valori liberal-borghesi si accompagnavano innovazioni politico-sociali di respiro cosmopolita, ricche di riflessi sul piano giuridico, e destinate a porre le fondamenta di un diritto incentrato sul primato della legge e della dignità umana (237).

Chi, infine, pur dubitando della "tenuta" sul piano politico-istituzionale di un'Europa caratterizzata da continui fenomeni di ampliamento, perseguisse parallelamente un disegno di un'unità giuridico-penale consentito dalla tendenziale affinità culturale del vecchio continente, o, in subordine, auspicasse il potenziamento di una politica preventivo-repressiva comune per i settori criminali di rilievo transnazionale, potrebbe trovare un immediato antecedente storico nel movimento di "europeismo utopista" della prima metà

Introduzione alla storia del diritto europeo, Bologna, 1999, p. 69 ss.; IGLESIAS RERREIRÓS, *La forja de la civilización europea: el Ius commune*, in *Cultura juridica europea: una herencia persistente*, Sevilla, 2001, p. 39 ss., 54 ss.; Con specifico riferimento al settore penale cfr. altresì, in generale, CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, p. 94 ss.. Per taluni spunti sui parallelismi tra l'esperienza giuridica medioevale e l'attuale esperienza giuridica europea cfr., ad esempio, CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 983 ss.; nonché, in chiave penalistica, JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale. Quale politica criminale per il XXI secolo?*, cit., p. 6 del testo dattiloscritto; RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medioevale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al* Corpus Juris *per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 97 ss.

(237) Al riguardo cfr., in generale e con impostazioni talora non coincidenti, CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, p. 3 ss.; CATTANEO, *I principi dell'Illuminismo giuridico-penale*, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S. Vinciguerra, Padova, 1999, p. 3 ss.; CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1985, p. 514 ss.; MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Padova, 1973, p. 17 ss.; PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, Milano, 1906, p. 541 ss.; STROMHOLM, *L'Europe et le droit*, Paris, 2002, p. 208-209; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 31 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del XX secolo (238). Questo movimento infatti — contro ogni evidenza politica — si proponeva di offrire una risposta unitaria sul piano penale a taluni contingenti problemi di politica criminale tuttora straordinariamente attuali e di difficile soluzione, specie ove affrontati da sistemi giuridici nazionali chiusi nel loro particolarismo (239).

In definitiva, quindi, il nuovo impulso alla europeizzazione del diritto attraverso la storia mira a sottolineare il persistere di una tradizione giuridica comune, inscritta nella sostanziale identità culturale del vecchio continente (240), a stimolare la formazione di studiosi consapevoli delle loro ascendenze e propensi a favorire la rinascita, anche in ambito penale, di una scienza giuridica di respiro continentale.

In questa prospettiva, i fenomeni di relativizzazione e frammen-

---

(238) Di tale movimento costituiscono una puntuale testimonianza le otto conferenze svoltesi tra il 1927 e il 1947 su iniziativa dell'*Association internationale du droit pénal* e del *Bureau international pour l'unification du droit péna*, in merito alle quali cfr.: *Actes de la Conférence de Varsavie*, Paris, 1929; *Actes de la Conférence de Rome*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1931; *Actes de la Conférence de Bruxelles*, Office de publicité, Bruxelles, 1931; *Actes de la Conférence de Paris*, Paris, 1933; *Actes de la Conférence de Madrid*, Paris, 1935; *Actes de la Conférence de Copenaghen*, Paris, 1938; *Actes de la Conférence de Cairo*, Paris, 1939; *Actes de la Conférence de Bruxelles*, Paris, 1949.

(239) In merito a tali problemi politico-criminali cfr., specificamente, ALOISI, *Unificazione internazionale del diritto penale*, Torino, 1940, p. 5 ss.; RAPPAPORT, *Le problème de l'unification internationale du Droit Pénal*, in *Revue Pénitentiaire de Pologne*, Varsovie, 1929, p. 13 ss. In argomento, più sinteticamente, BACIGALUPO, *Il* Corpus Juris *e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 52-53; JESCHECK, *Lo stato attuale del diritto europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p.323; SOLNAR, *Difficoltà e prospettive del diritto penale in Europa*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 170.

(240) In questo senso cfr., emblematicamente, PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 22: "Vi è, dunque, ... un'unità [di tradizione giuridica] che può riallacciarsi dopo le prove più dure: le restaurazioni della democrazia dopo i totalitarismi e il ritorno dei paesi dell'Europa centrale dopo il crollo dell'impero sovietico lo testimoniano. Quando questo fondo comune europeo venga compromesso e paia essere soppresso, riemerge al momento opportuno". Cfr. altresì, per tutti, SANTINI, *Nascita di una nuova disciplina: la "storia del diritto europeo"*, cit., p. 192; ID., *Materiali per la storia del diritto comune*, Torino, 1990; STEIN, SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tazione del diritto talora connessi proprio alla percezione di quest'ultimo in chiave "storico-culturale" (241) tendono a svanire nella consapevolezza della specifica matrice "europea" delle grandi correnti del pensiero giuridico, della forza unificante esercitata su scala continentale da un comune sentire destinato a prevalere rispetto all'accidentale pluralismo delle soluzioni nazionali.

Fondata dunque su una solida tradizione di valori condivisi (242) e su una omogenea civiltà ricca di riflessi sul piano del diritto, la consapevolezza di appartenere ad una "casa comune" appare oggi rafforzata dalla incredibile permeabilizzazione delle culture giuridiche locali. Culture, queste, ormai stabilmente attraversate dai nuovi flussi della scienza europea del diritto (243) e proiettate in un contesto sovrastatuale comunitario sia a causa della caduta delle frontiere doganali e dall'attenuazione dei localismi intellettuali sia, più specificamente, a causa del meccanismo biunivoco di scambio giuridico-culturale instaurato nelle relazioni tra sistema comunitario e sistemi nazionali (244). Ma, a questo punto, la valorizzazione della comune tradizione giuridica operata nell'ambito dall'attuale fenomeno di riscoperta in prospettiva funzionalistica della storia del diritto finisce col giovarsi anche di quei processi di trasformazione del metodo comparatistico che verranno qui di seguito esaminati.

16. *La valorizzazione e le nuove funzioni del metodo comparatistico alla luce delle esigenze di europeizzazione del diritto e della politica criminale.*

Una quarta espressione dell'incidenza sulla scienza penale degli attuali processi di europeizzazione del diritto è costituita dal ruolo

(241) Cfr., in particolare, ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit., p. 22 ss., e bibliografia ivi riportata.

(242) Tra gli altri, sottolinea le profonde radici comuni proprie dei valori espressi dal diritto penale dei Paesi membri dell'Unione europea, così come i contenuti "almeno parzialmente conformi" di tali valori TIEDEMANN, *Die Europäisierung des Strafrechts*, relazione tenuta il 5 luglio 1996 all'Università di Würzburg, p. 1 del testo dattiloscritto.

(243) Cfr., ancora, TIEDEMANN, ivi, p. 4 del testo dattiloscritto.

(244) In argomento cfr., per tutti e diffusamente, PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, cit., in particolare p. 47 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

centralissimo assunto dall'attività comparatistica all'interno degli Stati membri dell'Unione.

Correlata sia al generale processo di globalizzazione (245), sia per taluni aspetti al summenzionato fenomeno di rivalutazione della storia del diritto (246), la prepotente affermazione della comparazione penale (247) — specie (ma non solo) in ambito europeo — non può certo sorprendere. In effetti, in ogni epoca i ruoli della comparazione giuridica non stati solo quelli — concettualmente distinti, ma caratterizzati tutti dalla loro natura meramente speculativa — di prendere atto delle somiglianze e delle differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali (248), ovvero di consentire una più approfondita e consapevole conoscenza del proprio ordinamento (249), ovvero ancora di individuare le costanti universali-necessarie della scienza del diritto (250). In realtà, come noto, grazie proprio al patrimonio di

(245) Sui nessi esistenti tra globalizzazione e comparazione cfr., in particolare e per tutti, DELMAS-MARTY, *La mondialisation du droit: chances et risques*, in *Recueil Dalloz*, chr., 1999, p. 47.

(246) In particolare, le analogie tra il metodo storicistico e quello comparatistico sono valorizzate da quanti vedono nella comparazione giuridica "un particolare genere di analisi storica del diritto": cfr., ad esempio, BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 118 ss.

(247) In merito al generale fenomeno di espansione del diritto penale comparato cfr., diffusamente e per tutti, ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, in *Diritto penale - XXI secolo*, 2002, p. 1 ss.; volendo BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, cit., p. 203 ss. Limitatamente alla realtà italiana cfr. PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, p. 18 ss.

(248) Peraltro, a favore del primato della funzione puramente conoscitiva della comparazione cfr., ad esempio, GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1996; MATTEI, MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Torino, 1997; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1992.

(249) In questo senso cfr. già, diffusamente, FEUERBACH, *Blich auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen*, München, 1810, in *Ansel von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts*, I, Osnabrück, 1833, p. 163. Cfr. altresì, per tutti, ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 5, p. 9 e p. 20; PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 2002, p. 11.

(250) In questa prospettiva, il metodo comparatistico potrebbe dunque assumere profili latamente giusnaturalistici. Tuttavia, per una realistica segnalazione delle "ambizioni eccessive da cui deve guardarsi la comparazione giuridica" cfr. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., p. 98 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conoscenze che la comparazione dischiude, quest'ultima è sempre stata funzionale alla critica (251) e alla riforma del diritto vigente (252). Riforma che, attuandosi sovente a seguito del raggiungimento di concezioni comuni (253), finisce il più delle volte col favorire l'armonizzazione delle legislazioni e delle giurisprudenze in materia criminale (254), confermando così l'idea radicata secondo la quale la comparazione costituisce un efficace strumento di ravvicinamento dei sistemi giuridici e degli stessi popoli (255).

Ora, tenuto conto del fatto che lo sviluppo di un vero e proprio diritto penale europeo, o quantomeno di quella articolata ed efficace

---

(251) Sia delle tesi dottrinali, sia delle scelte legislative, sia financo delle soluzioni giurisprudenziali. Al riguardo cfr., esemplificativamente e con varietà di accenti, EBERT, *Rechtsvergleichung. Fälle und Materialen*, Tübingen, 1996, p. 176 ss.; PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit, p. 12 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

(252) In questo senso cfr., per tutti e con varietà di accenti, ANCEL, *La méthode du droit comparé en droit pénal*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1949, p. 512 ss.; DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, cit., p. 543 ss.; DÖRKEN, *La comparaison en tant que méthode de la science du droit pénal et de la criminologie*, in *Rev. sc. crim.*, 1979, p. 415 ss.; HERZOG, *Les principes et les méthodes du droit pénal comparé*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1957, p. 337 ss.; JESCHECK, *Il significato del diritto comparato per la riforma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 803; MALINVERNI, *Diritto comparato — organizzazione dei lavori di riforma — scelte di politica criminale — imputabilità*, in *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, p. 293 ss.; PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di Sacco, Milano, 1980, p. 167 ss.; STOFFEL, *Les professions juridiques et le droit comparé en Suisse*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1994, p. 761 ss.; WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge-Massachussets, 1981, p. 181.

(253) Circa l'attitudine del diritto comparato a promuovere una "concezione comune per le riforme legislative che devono essere realizzate nei diversi Paesi" cfr. già SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé*, in *Bull. Société de législation comparée*, 1900, p. 383 ss.

(254) Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 14 ss; MANACORDA, Jus commune criminale? *Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes*, in *Variations autour d'un droit commun*, cit., p. 350 ss.; PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 24; PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 13 ss.

(255) Cfr. già, per tutti, KOHLER, *Uber die Methode der Rechtsvergleichung*, in *Rechtsvergleichung*, a cura di K. Zweigert, H.J. Puttfarken, Darmstad, 1978 (ma 1901); più recentemente GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981. Tra gli altri, sottolinea il ruolo del diritto comparato nel ravvicinamento delle diverse culture europee (e di riflesso dei relativi diritti) HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, cit., p. 294 ss. e bibliografia ivi riportata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica criminale di respiro continentale ormai imposta dall'attuale livello di integrazione riscontrabile all'interno dell'Unione, richiede sia la conoscenza dei diversi principi, istituti, norme proprie dei singoli sistemi penali nazionali sia la cooperazione e il ravvicinamento di questi ultimi attraverso progressive riforme (256), ben si comprende come la comparazione sia oggi considerata il presupposto indispensabile per consentire all'Unione di avere eventualmente, in futuro, un proprio sistema penale e di sviluppare nell'immediato una adeguata politica criminale (257), quantomeno limitatamente alle "materie di interesse comune" esplicitamente previste dall'art. 29 del Trattato sull'Unione europea (258). Del resto, un macroscopico esempio del ruolo fondamentale assunto dalla comparazione nella progettazione di una comune normativa penale a livello europeo è offerto proprio dal *Corpus Juris*, le cui norme hanno costituito, al contempo, il prodotto e l'occasione di una attività comparatistica intensa ed originale (259).

Se dunque un massiccio ricorso al metodo comparatistico in vista dell'attuale e assai arduo processo di europeizzazione del diritto penale (260) può ritenersi un fatto talmente scontato da non

---

(256) Sul rapporto tendenzialmente biunivoco esistente tra i livelli di cooperazione e di armonizzazione penale cfr., in particolare, *Motivazione. Verso una repressione più giusta, più semplice e più efficace*, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 42 ss. Cfr. altresì, per tutti e con varietà di accenti, BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, cit., p. 490-491; BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, cit., p. 405 ss.; LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, cit., p. 1 ss., e bibliografia ivi riportata; PRADEL, *La mondialisation du droit pénal. Enjeux et perspectives*, in *Revue juridique Thémis*, 2001, p. 246-247; SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., in particolare p. 152 ss.

(257) Cfr., al riguardo, gli approfondimenti di DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 487 ss.; ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 16-17; KHÜL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 109, 1997, p. 787 ss.

(258) Per un elenco di tali materie cfr. *supra*, *sub* par 1, nt. 8.

(259) Al riguardo cfr., per tutti, BERNARDI, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, cit., p. 300 ss.; DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 487.

(260) Sottolinea come proprio la ricerca di diritto comparato riveli la difficoltà di pervenire ad una effettiva armonizzazione del diritto penale in ambito europeo ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 28 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meritare ulteriori commenti, deve per contro essere posto in rilievo come, nell'ambito di questo processo, tale attività tenda ad assumere funzioni nuove e per molti aspetti così rivoluzionarie da comportare, di fatto, in un vero e proprio "mutamento di significato" della comparazione. In questa sede ci si soffermerà, in particolare, su quelle che potrebbero essere definite le nuove funzioni di "legittimazione del diritto vigente" e di "creazione di nuovo diritto" svolte in ambito europeo dall'attività comparatistica in materia penale.

a) Per quanto concerne la funzione di "legittimazione del diritto vigente", occorre preliminarmente sottolineare che la "scoperta" — grazie all'attività comparatistica — di soluzioni legislative e giurisprudenziali differenti da quelle adottate dallo Stato di appartenenza non deve certo indurre a ritenere in modo automatico che le soluzioni "straniere" siano migliori di quelle nazionali (261). Ciò vale, *a fortiori*, in ambito penale. Infatti, posto che le soluzioni offerte nel campo del diritto penale risultano strettamente connesse alla cultura e alle tradizioni giuridiche dei singoli popoli, è verosimile ritenere che, quantomeno il più delle volte, le decisioni prese dagli organi nazionali di produzione e applicazione delle norme penali si rivelino più in linea con le tradizioni locali di quanto non lo siano le decisioni assunte da organi stranieri: cosicché, in definitiva, solo in un numero circoscritto di casi le scelte giuridico-penali "altrui" dovrebbero risultare preferibili alle proprie, dunque meritevoli di essere recepite attraverso appositi provvedimenti.

Sennonché, ovviamente, questo discorso appare tanto più valido quanto più profonde siano le differenze riscontrabili tra gli Stati in comparazione. Laddove per contro — come nel caso dei Paesi dell'Unione europea — gli Stati di cui si comparano le scelte penali siano caratterizzati da un significativo livello di affinità sul piano della cultura e dei valori (262), il confronto tra le soluzioni accolte nei singoli Paesi rischia di divenire assai imbarazzante, specie per quanto concerne l'ambito applicativo delle fattispecie penali e le sanzioni da esse previste. In relazione a tali ipotesi, infatti, la cosiddetta "autorità morale delle norme incriminatrici nazionali",

(261) Cfr., al riguardo, le osservazioni di ESER, ivi, p. 15.

(262) Affinità testimoniata, del resto, dalla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali da parte del Consiglio europeo riunito a Nizza dal 7 al 9 dicembre 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derivante soprattutto dalla loro origine parlamentare, rischia di essere pesantemente compromessa nel caso in cui Paesi connotati da una "omogeneità di fondo" e da un comune sentire, non si peritino di privilegiare scelte differenti se non addirittura antitetiche (263). Nelle suddette ipotesi, attraverso l'esame delle divergenze riscontrabili tra gli Stati dell'Unione, è dunque *la funzione di prevenzione generale cosiddetta positiva (o allargata)* della norma penale (264) a risultare intaccata, in quanto l'effetto di "orientamento culturale" che quest'ultima dovrebbe produrre rischia di venire neutralizzato dall'effetto di "disorientamento" causato dalle scelte sanzionatorie altrui, spesso avvertite da larga parte della popolazione come più congrue e intrinsecamente "giuste" rispetto a quelle espresse dallo Stato di appartenenza.

Non va poi sottaciuto che la delicatezza del raffronto tra le diverse soluzioni penali nazionali risulta incrementata dall'assenza di frontiere all'interno dell'Unione, stante che tale situazione potrebbe indurre il "cittadino europeo" a considerare superflua ogni indagine sulle regole vigenti nei luoghi in cui si reca e sulle relative regole giuridiche, "intuite" come tendenzialmente omogenee alle proprie, e dunque, per certi aspetti, "pre-conosciute" (265). Muovendo da questa premessa, bisognerebbe allora dedurne che, con l'avvento di una effettiva libertà di circolazione tra Stati, normative sanzionatorie significativamente diverse da un Paese all'altro potrebbero essere considerate espressive di distonie "che non dovrebbero più esserci", con conseguente perdita della ricordata "autorità morale" di entrambe le opposte soluzioni normative.

---

(263) Del resto, è ormai esperienza di tutti i giorni la "messa sotto accusa" di talune scelte politico-criminali attraverso l'esame, in parallelo, delle scelte di segno opposto effettuate da Stati non solo a noi vicini geograficamente, ma anche ritenuti, in linea generale, per molti aspetti affini.

(264) Vale a dire la funzione di orientamento dei consociati e di rafforzamento del sistema di valori protetto. Cfr., per tutti e con varietà di accenti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 660 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 669 ss., e bibliografia ivi riportata; PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, cit., p. 44 ss.

(265) In effetti, il venir meno dei controlli alle frontiere tra gli Stati tende inevitabilmente ad essere considerato sintomatico non solo di rapporti politici non conflittuali, ma anche di un processo di ravvicinamento "socio-culturale" destinato a riflettersi sul piano normativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questa prospettiva, la perdita di "visibilità" delle frontiere nazionali, specie se realizzata nell'ambito della costruzione di organizzazioni tra Stati pensate in prospettiva tendenzialmente federale (266), sembra pertanto sottendere un processo di intensa armonizzazione normativa tale da non consentire più scelte politico-criminali fortemente differenziate su scala nazionale; o quantomeno da consentirle solo a scapito della loro stessa "persuasività", dunque della loro stessa funzione generalpreventiva. Parallelamente, per vero, in una siffatta situazione l'adozione di scelte incriminatrici fortemente divergenti all'interno degli Stati dell'Unione tenderebbe a compromettere anche la funzione specialpreventiva della pena. Potrebbe infatti riuscire difficile giustificare l'esigenza di rieducare un soggetto che ha tenuto comportamenti giudicati pienamente legittimi secondo l'ordinamento di uno Stato caratterizzato da costumi sociali affini ai nostri.

Ammesso che tutto quanto sin qui detto sia vero, sembra possibile affermare che la conoscenza "da comparazione" delle profonde divergenze tuttora presenti tra gli Stati europei in ordine alla scelta di punire o meno (267) taluni comportamenti di dubbio significato criminologico (268) rischia di implicare una perdita di "legittimazione del diritto nazionale vigente" cui potrà porsi rimedio, con ogni probabilità, solo in due modi: grazie ad un processo di attenuazione di tali divergenze all'interno dei sistemi penali dei Paesi UE (269); ovvero, all'opposto, tramite un processo a ritroso teso a far riacquistare a tali sistemi il loro risalente carattere "autarchico". Processo, questo, verificabile con ogni probabilità solo nella deprecata ipotesi che fatti socio-politici di estrema gravità determinino un progressivo "allontanamento" tra gli Stati delll'Unione, inducendoli

(266) È questo, per l'appunto, il caso dell'Unione europea. Cfr., *supra*, *sub* par. 1, nt. 4.

(267) Ovvero, in subordine, di punire in modo significativamente diverso.

(268) Si pensi, ad esempio, alla prostituzione (e alle relative "attività di contorno" quali l'induzione, l'adescamento, lo sfruttamento), al consumo di stupefacenti, alle pratiche connesse all'appartenenza a particolari sette religiose; e si pensi altresì, limitatamente al campo della bioetica, alle pratiche abortive, ai trapianti di organi, all'eutanasia, alle diverse forme di fecondazione artificiale.

(269) In argomento cfr., volendo, BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 ss. e, in particolare, p. 12-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a rimarcare le loro differenze politiche, culturali e giuridiche, anche attraverso la reintroduzione delle barriere doganali.

b) *Per quanto concerne poi la funzione di "creazione di nuovo diritto" svolta in ambito europeo dall'attività comparatistica in materia penale*, importa qui preliminarmente sottolineare come tale funzione venga assolta solo dalla giurisprudenza di Lussemburgo (270) e da quella di Strasburgo (271). Al riguardo, va considerato che le due Corti europee — sia per la loro composizione (272), sia per la stessa struttura del Consiglio d'Europa e dell'ordinamento comunita-

(270) In merito all'uso innovativo del metodo comparatistico da parte della Corte di giustizia nell'ambito della costruzione del diritto comunitario cfr., in generale e per tutti, HILF, *The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities*, in *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, 1986, p. 558 ss.; JANN, *Der Rückgriffe auf die nationalen Rechte in der Tätigkeit des europäischen Gerichtshofes*, in *Mélanges en hommage à Ferdinand Schockweiler*, Baden-Baden, 1999, p. 255 ss.; KAKOURIS, *L'utilisation de la methode comparative par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *The Use of Comparative Law by Courts*, Atene, 1999, p. 97 ss.; LENAERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2001, p. 487 ss.; MERTENS DE WILMARS, *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37 ss.; PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, p. 352 ss.; PIZZORUSSO, *Le tradizioni costituzionali comuni dei Paesi d'Europa come fonte del diritto comunitario*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2000, n. 3, p. 12 ss.; SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 193 ss.

(271) Cfr., all'interno di una vasta bibliografia, *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo,* Padova, 1988; MATSCHER, *Methods of Interpretation of the Convention*, in *The european System for the Protection of human Rights,* a cura di R. St. J. Mac Donald, F. Matscher e H. Petzold, Dondrecht - Boston - London, 1993; OST, *Originalité des methodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Raisonner la raison d'état*, a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 405 ss; PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.

(272) Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo risulta composta di giuristi di riconosciuta competenza, provenienti dai diversi Stati membri del Consiglio d'Europa ed eletti per un periodo di nove anni. Quanto alla Corte di giustizia CE, essa è formata da giudici (alti magistrati e giuristi di chiara fama), scelti senza vincoli di nazionalità, eletti di comune accordo per un periodo di sei anni dai governi degli Stati membri e dotati di un'assoluta indipendenza nei confronti di questi ultimi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rio (273) sia infine per la necessità di garantire una interpretazione delle rispettive fonti "autonoma" ma al contempo ispirata al patrimonio di tradizioni e principi propri dei relativi Stati (274) — appaiono inevitabilmente portate a privilegiare, nelle loro decisioni, il metodo comparativo, con conseguente ingresso nelle sentenze delle supreme istanze europee di importanti elementi ricavati dagli ordinamenti nazionali (275). Una ulteriore ragione della fortuna di tale metodo risiede nel fatto che esso, per la sua stessa complessità e per la variabilità dei criteri adottabili, costituisce uno strumento oltremodo flessibile, dunque in grado di garantire un ampio potere discrezionale dell'organo giudicante, consentendo così a quest'ultimo di effettuare le scelte ritenute più opportune sotto il profilo non solo giuridico ma anche *lato sensu* politico. Comunque sia, è un fatto che tale metodo venga largamente utilizzato dai suddetti organi in relazione sia ai principi di diritto scritto (cioè ai principi espressamente previsti nella Convenzione europea e nei Trattati comunitari) sia ai principi di diritto non scritto (cioè, come in precedenza ricordato (276), ai principi impliciti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (277), specie in materia di diritti fondamentali, sulla base

(273) Struttura divenuta vieppiù simile a quella degli ordinamenti nazionali, con conseguente tendenza a ricalcare modelli e principi tipici di questi ultimi. Cfr., in particolare, AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *British Yearbook of International Law*, 1981, p. 31.

(274) In questo senso cfr. ad esempio, limitatamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo; DERVIEUX, PESQUIÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme et la recherche comparative*, in *Archives de politique criminelle*, n. 15, 1993, p. 59 ss.; OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 448 ss. Limitatamente alla Corte di giustizia CE cfr., tra gli altri, KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour,* in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976, Publications de la Cour de Justice des Communautés européennes,* Luxembourg, 1976, p. 1 ss.

(275) Cfr. KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour*, cit., p. 29.

(276) Cfr., *supra*, *sub* par. 13.

(277) Tuttavia, sottolinea l'esistenza, anche all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di principi/diritti impliciti "che costituiscono aspetti, illustrazioni e sfaccettature dei diritti espressamente previsti", MELCHIOR, *Rights not covered by the Convention*, in *The european System for the Protection of human Rights*, cit., p. 594.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'esame delle Carte internazionali e delle Costituzioni dei Paesi membri dell'Unione europea).

Per quanto concerne, in particolare, il metodo comparativo utilizzato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali, va ulteriormente precisato come all'interno di una molteplicità di criteri qui impossibili da ricordare nei dettagli (278), due sembrino essere quelli prioritariamente accolti dalla Corte.

In base al primo criterio, cosiddetto del *maximum standard*, ai principi generali e ai diritti fondamentali sarebbe assicurato in sede comunitaria il più alto livello di sviluppo e protezione loro attribuito all'interno dei singoli sistemi costituzionali dei Paesi membri (279). Tale criterio, ancorché sorretto da argomenti logici ineccepibili, risulta tuttavia di difficile utilizzabilità, innanzitutto per la difficoltà di conciliare in ambito comunitario la tutela sempre e comunque al più alto livello di diritti (individuali e collettivi, civili e politici, economici e sociali) talora in rapporto di reciproca tensione (280).

In base al secondo e più utilizzato criterio, nel quale possono essere ricondotte sia la teoria dell'*orientamento prevalente* sia la teoria ad essa parzialmente complementare, della *better law*, tali principi e diritti sarebbero riconosciuti a livello comunitario sulla base e nei limiti della "tendenza prevalente negli Stati membri", tenendo altresì conto delle "esigenze del sistema comunitario" (281).

Ora, occorre sottolineare come, attraverso il progressivo sviluppo di tali criteri a sfondo comparatistico (282), la giurisprudenza comunitaria, mentre da un lato riesce a colmare le lacune del diritto

---

(278) Per un puntuale esame di tali criteri si rimanda alla bibliografia riportata *supra*, *sub* par. 13, nt. 206 ss.

(279) In merito a tale criterio cfr., per gli opportuni riferimenti bibliografici, *supra*, *sub* par. 13, nt. 206.

(280) In argomento cfr., diffusamente, BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 182 ss.

(281) Cfr., *supra*, *sub* par. 13, nt. 207.

(282) Sviluppo invero non di rado caratterizzato da una estrema sensibilità alle tendenze in atto su scala nazionale. Secondo taluni, questa sensibilità porterebbe la Corte di giustizia a privilegiare le tendenze evolutive proprie dei principi e diritti fondamentali rispetto ai meri aspetti di "convergenza" dei principi e diritti nazionali. Cfr., in questo senso, GREMENTIERI, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Milano, 1973, p. 32; REUTER, *Le recours de la Cour de Justice des Communautes Européennes à des*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunitario scritto, dall'altro lato finisce inevitabilmente col contribuire al potenziamento e perfezionamento del metodo comparatistico. L'attività della Corte di Giustizia (così come quella della Corte europea dei diritti dell'uomo) costituisce dunque un vero e proprio terreno privilegiato per l'elaborazione di nuove metodologie comparatistiche di grande interesse: tanto più che, come si avrà subito modo di verificare, gli esiti di tale opera di comparazione non si limitano, se del caso, a suggerire processi di riforma del diritto (penale) interno, ma implicano una diretta trasformazione dei sistemi giuridici nazionali.

Per poter comprendere l'immediata incidenza della comparazione sul diritto criminale dei Paesi europei, occorre innanzitutto ricordare che gli sviluppi conferiti attraverso il metodo comparativo ai principi generali e ai diritti fondamentali dalla giurisprudenza comunitaria (così come da quella degli organi di Strasburgo) condizionano non solo la legislazione comunitaria (283), ma anche la legislazione interna, specie penale (284). Ciò significa che le scelte

---

principes généraux de droit, in *Mélanges offerts à H. Rolin. Problèmes de droit des gents*, Paris, 1964, p. 273.

(283) È noto infatti che la giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali è sorta, innanzitutto, in funzione di parametro garantistico di validità delle disposizioni comunitarie; vale a dire in funzione di tutela contro gli eccessi di potere degli organi comunitari, consentendo l'annullamento in via giurisdizionale degli atti comunitari contrastanti con i diritti in questione. Cfr., in particolare, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 419; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 423; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 739.

(284) In virtù del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, appare infatti chiaro che tali principi generali e diritti fondamentali, una volta accolti in seno all'ordinamento CE, si prestano al pari di ogni altra norma comunitaria, scritta o non scritta, a condizionare i diversi settori del diritto interno ed in particolare, per quello che qui interessa, il settore penale. Cfr., per tutti, BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 185 ss.; BLECKMANN, *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaften an die Europäische Menschenrechtskonvention*, 1986, p. 75 ss.; DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., in particolare p. 86 ss.; COHEN JONATHAN, *La Cour des Communautes européennes et les droits de l'homme*, in *Rev. Marché commun*, 1978, p. 92 ss.; GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 586; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 627 e bibliografia ivi riportata; RIZ, *Nuovi profili sul rapporto tra diritto penale e diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

circa il metodo comparativo di volta in volta adottato (e dunque circa i risultati interpretativi in tema di principi e di diritti fondamentali), vengono ad incidere sul parametro di "legittimità comunitaria" utilizzabile con riferimento sia alla normativa CE sia a quella interna d'attuazione (285). In altre parole, attraverso i criteri comparatistici del *maximum standard*, ovvero dell'orientamento prevalente/*better law*, il diritto (penale) interno può risultare condizionato, al pari del diritto comunitario, da principi e diritti fondamentali diversi (o comunque sviluppati in modo diverso) rispetto a quelli previsti nel proprio sistema nazionale (286). L'esame in chiave comparatistica della realtà normativa peculiare degli Stati membri dell'Unione europea non si limita così ad offrire strumenti di conoscenza utili in una eventuale prospettiva riformistica; ma consente addirittura di prendere coscienza dei vincoli cui il nostro sistema *deve già sottostare*, di comprendere quali norme interne risultano *sin d'ora* inapplicabili (dunque da abrogare) (287) ovvero "non promulgabili" (288) per contrasto con i principi e i diritti fondamentali di matrice comunitaria (289). In sin-

---

diritto interno, Quaderni del Consiglio superiore della Magistratura, 1988, n. 11, p. 87 ss.; TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 432 ss. e 440; ID., *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 89; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 740.

(285) Circa i limiti all'estensione dell'efficacia della normativa CE e dei relativi principi e diritti fondamentali sulle norme interne cfr., in particolare, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., p. 567 ss.

(286) Cfr., in generale, ADINOLFI, ivi, p. 561 ss. e bibliografia ivi riportata. In prospettiva strettamente penalistica, cfr. BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 186, con ulteriori riferimenti bibliografici; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 644 ss.

(287) Cfr. *supra*, *sub* sez. I, par. 4, nt. 54.

(288) In merito al problema della predisposizione di meccanismi di controllo preventivo, capaci di impedire "l'entrata in vigore di leggi (e atti in genere) *potenzialmente* (nel senso di *astrattamente*) confliggenti col diritto comunitario" cfr. RUGGERI, *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicative al bivio fra "non applicazione" e "incostituzionalità" (a margina di Corte cost. n. 384/1994)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 487-488.

(289) Ovviamente, i vincoli derivanti dal diritto comunitario, ed in particolare dai principi e diritti fondamentali elaborati in chiave comparatistica, concernono solo i settori normativi interni di rilievo comunitario. Tuttavia, come è stato rilevato, "non è da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tesi, attraverso il metodo comparatistico sviluppato a livello comunitario, la conoscenza dei sistemi giuridici europei si traduce nella conoscenza — sia pure con un livello di approssimazione proporzionale alle variabili insite nel metodo comparatistico — dei lati più nascosti del nostro stesso sistema, specie per quanto concerne l'ambito d'applicabilità della normativa penale (290).

---

escludere che l'incorporazione dei principi generali comunitari negli ordinamenti degli Stati membri possa comportare una tendenza delle autorità nazionali ad impiegare principi analoghi in altri settori del diritto interno". ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., pp. 524-525. E ciò, in particolare, ove tali principi abbiano ad oggetto i cc.dd. diritti fondamentali: cfr. FROWEIN, *Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe*, in *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, a cura di Cappelletti, Seccombe, Weiler, Berlin-New York, 1986, vol. I, libro 3, p. 302. Per una critica all'estensione dell'uso dei diritti fondamentali comunitari anche nell'ambito del diritto interno, cfr. peraltro COPPEL, O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 669 ss.

(290) Lo stesso fenomeno si verifica poi attraverso lo sviluppo *in chiave comparatistica* di taluni principi espliciti di diritto comunitario; attraverso cioè una indagine comparatistica atta ad evidenziare l'influenza esercitata dalla normativa (penale) dei singoli Stati UE sull'applicazione di taluni principi comunitari di diritto scritto. In proposito, un esempio particolarmente significativo è offerto, in materia di libera circolazione delle merci, dal principio del divieto tra gli Stati di misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione (art. 28 Tr. CE) e dalle cosiddette "discriminazioni alla rovescia" (in merito alle quali cfr., in particolare, CANNIZZARO, *Producing "Reverse discrimination" through the Exercice of EC Competences*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p. 29 ss.; GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, 2000, p. 80) che da esso derivano. Infatti, attraverso l'interpretazione data dalla Corte di giustizia a tale principio a partire dalle celebri sentt. 11 luglio 1974, causa 8/74 (*Dassonville*), in *Foro it.*, 1975, IV, c. 15 e 20 febbraio 1979, causa 120/78 (*Cassis de Dijon*), in *Racc.*, 1979, p. 649, l'eventuale divieto di commercializzazione di certi prodotti, all'interno di taluno degli Stati membri, diviene inoperante — quantomeno limitatamente ai prodotti stranieri — ove la produzione e commercializzazione di tali prodotti siano consentite all'interno del Paese UE produttore (salvo beninteso i divieti o restrizioni all'importazione elencati dall'art. 30 Tr. CE ovvero indicate dalla giurisprudenza *Cassis de Dijon*). Sugli sviluppi e limiti di tale giurisprudenza, in forza della quale solo attraverso un esame comparatistico della disciplina sanzionatoria vigente nei diversi Stati membri è sovente possibile conoscere l'applicabilità o meno della corrispondente disciplina sanzionatoria interna, cfr., per tutti, MATTERA, *De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck": l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1994, n. 1, p. 117 ss.; WAINWRIGHT, MELGAR, *Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence: de Dassonville*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In virtù del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, i principi generali e i diritti fondamentali comunitari di matrice comparatistica assurgono quindi al ruolo, per così dire, di "sponda", grazie al quale taluni elementi giuridici a carattere garantistico peculiari di una parte dei Paesi CE penetrano "di rimbalzo" nel diritto (penale) dei Paesi CE che non possiedono in via autonoma i suddetti elementi, modificandolo. Donde una evidente armonizzazione dei sistemi nazionali (291) atta a valorizzare la stessa "qualità" della normativa interna, quale che sia il criterio (del *maximum standard*, dell'orientamento prevalente ovvero della *better law*) effettivamente accolto (292).

Per tutto quanto sin qui visto, si può affermare che l'attuale processo di europeizzazione del diritto implica non solo un incremento quantitativo e qualitativo dell'attività comparativa, ma anche un ampliamento delle funzioni proprie di tale attività. Dalle tradizionali funzioni cognitive e critico-riformiste proprie del metodo comparativo, quest'ultimo giunge a perseguire il compito latamente

---

à Keck et Mithouard, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1994, p. 533 ss. e bibliografia ivi riportata; nonché, volendo, BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, cit., p. 400 ss. Cfr., altresì, sent. 14 luglio 1994, causa 17/93 (*Van der Veldt*), in *Racc.*, 1994, I-3553 ss. Infine, un analogo fenomeno si riscontra anche in relazione alla giurisprudenza degli organi di Strasburgo, relativamente a quei principi CEDU (in particolare artt. 8 a 11) condizionati nel loro sviluppo da uno *standard* europeo di democrazia ricavato attraverso un criterio comparatistico che tiene conto del contenuto e dei limiti attribuiti ai diritti dell'uomo in ciascuno Stato membro. Cfr., in proposito, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, cit., p. 54.

(291) Cfr. esemplificativamente, all'interno di una vastissima bibliografia, PESCATORE, *Le recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautes européennes, à de normes deduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1980, p. 337 ss.; TOUFFAIT, *Réflexions d'un magistrat français sur son expérience de juge à la Cour de Justice des Communautes Européennes*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1983, p. 292.

(292) Tra gli altri, sottolineano con efficacia come i criteri di individuazione dei principi di diritto comunitario recepiti dalla Corte di giustizia, pur nella loro complessità e mutevolezza, si discostino sempre e comunque dal criterio detto del "minimo denominatore comune", ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., in particolare p. 561 ss.; SASSE, *Der Schutz der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften und seine Lücken*, in *Grundrechtsschutz in Europa*, a cura di H. Mosler, R. Bernhard e M. Hilf, 1977, p. 57 ss.; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 336.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"politico" di legittimare il diritto penale vigente in ambito nazionale (ovvero i relativi progetti di riforma), e persino ad assolvere il compito strettamente "giuridico" di modificare *in modo diretto* l'attuale quadro normativo nel segno di un incremento di tutela dei diritti fondamentali, sia pure limitatamente alla normativa interna attuativa del diritto comunitario o comunque volta a disciplinare materie aventi rilevanza comunitaria.

17. *L'avvento di un nuovo paradigma penale ispirato alla logica della "rete" quale risposta all'emersione di una pluralità di ordinamenti giuridici in rapporto di reciproca integrazione.*

In una prospettiva eminentemente teorica, un ulteriore fenomeno collegabile all'attuale fase di europeizzazione del diritto penale è costituito dal complessivo processo di ripensamento del tradizionale modello giuridico "verticale e chiuso" (in quanto fondato su norme rigidamente gerarchicizzate e dotate di vigenza circoscritta al territorio dello Stato) a favore di un modello alternativo "orizzontale e aperto" (in quanto pensato con riferimento ad un insieme di sistemi giuridici "paralleli" caratterizzati da forme di interrelazione variegate ed elastiche).

Certamente, non si tratta di un fenomeno circoscritto al settore penale e alla prospettiva europea. È noto infatti che, in un'epoca contrassegnata da una generale deterritorializzazione degli spazi e dematerializzazione dei fatti giuridicamente rilevanti, il modello kelseniano del diritto, a carattere *gerarchico* (vale a dire formato da norme e organi legati tra loro da un rapporto di sovraordinazione o subordinazione), *lineare* (cioè composto da relazioni giuridiche "a senso unico", senza possibilità di inversione tra di esse) e *arborescente* (in quanto fondato su una *Grundnorm* destinata a ramificarsi progressivamente in successive norme di grado inferiore) è stato sottoposto a sempre più vivaci critiche da parte di taluni teorici del diritto. Critiche volte non solo a rimarcare le contraddizioni ed eccezioni da sempre insite in tale modello (293), ma soprattutto a evidenziare che la loro aumentata frequenza ne renderebbe vieppiù

(293) E, per vero, riconosciute dalla stesso Kelsen. Si allude, in particolare, al ruolo del giudice nell'interpretazione della norma: ruolo solo in apparenza subordinato,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ostico il "riassorbimento" nel modello-base (294), giustificando la scelta di operare un radicale cambiamento di paradigma (295). In questa prospettiva si collocano quanti — in modo più o meno radicale — prendono posizione a favore di un diritto flessibile (296), o addirittura a favore di modelli di "diritto riflessivo" destrutturati e degerarchizzati (297), che consentano quei processi dinamici e "dialogici" di interscambio tra sistemi giuridici differenti nei quali si esprime la cosiddetta "interlegalità" (298).

Qui importa comunque sottolineare che l'attuale evoluzione della realtà europea verso forme sempre più ampie e intense di

---

in quanto ricco di componenti "creatrici". Sul punto cfr., *amplius*, KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, p. 454 ss.

(294) Cfr., al riguardo, le osservazioni di OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 16.

(295) In questo senso cfr., emblematicamente, VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 664 ss. Secondo questo a., tenuto conto delle trasformazioni in atto a livello internazionale, "il giurista che persiste ad interpretare gli eventi secondo lo schema concettuale del paradigma tradizionale finisce per non scorgervi che paradossi, degenerazioni e disordine" (p. 665). Laddove, viceversa, tali eventi richiederebbero "forme di rappresentazione e di organizzazione più adeguate" (p. 666).

(296) CARBONNIER, *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1998.

(297) Cfr. in particolare, nell'ambito della seconda fase del pensiero di TEUBNER, *Global Law without a State*, a cura di G. Teubner, Aldershot, 1997; ID., *Un droit spontané dans la société mondiale?*, in *Le droit saisi par la mondialisation*, a cura di Ch-A. Morand, Bruxelles, 2001, p. 197 ss. Sempre nella prospettiva di un diritto policentrico e *flou* cfr., per tutti e nell'ambito di una ormai vasta letteratura, *Le droit soluble. Contributions québecoises à l'étude de l'internormativité*, a cura di J.-G. Belley, Paris, 1996; *Polycentricity. The multiple Scenes of Law*, a cura di A. Hirvonen, London, 1998, p. 1 ss.; DELMAS-MARTY, *Le processus de mondialisation du droit*, in *Le droit saisi per la mondialisation*, cit., p. 78 ss.; PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, in *Ars interpretandi*, 6, 2001, p. 157 ss.; TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Paris, 1997; VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987, in particolare p. 376 ss.

(298) In merito alla quale cfr., per tutti, CARTUYVELS, *Le droit pénal et l'Etat: des frontières "naturelles" en question*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, a cura di M.H. Henzelin e R. Roth, Paris, Genève, Bruxelles, 2002, p. 21; DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., p. 225 ss.); DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995, in particolare p. 473 ss.; VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 520 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aggregazione tra Stati porta acqua al mulino di siffatti modelli: il sorgere di forme di sovranità "divise" e relative, l'affermarsi di sistemi giuridici creati attraverso sedimentazioni successive per effetto dell'interazione di una pluralità di attori nazionali e sovranazionali (299), l'emergere di prassi giurisprudenziali fortemente "evolutive" (dunque consone ad una realtà sociale e istituzionale in veloce mutamento) (300) o addirittura di presunte forme di "governo dei giudici", rafforza indubbiamente la propensione a recepire modelli giuridici almeno in parte dimentichi della logica aristotelica e ispirati al paradigma della "rete", dunque flessibili e policentrici, caratterizzati da fonti "aggrovigliate" e da una giurisprudenza dinamica se non addirittura creativa. Riprendendo una recente, fortunata immagine, sembra possibile affermare che ormai, secondo molti studiosi, la struttura "piramidale" del sistema giuridico, pur non venendo del tutto meno e dunque mantenendo spazi di validità (301), tende a soccombere rispetto a una struttura "reticolare", volta per l'appunto a valorizzare la moderna dimensione pluralistica e dinamica del diritto (302). Più precisamente, secondo i sostenitori di questa tesi, di fronte al progressivo sgretolamento del tradizionale modello kelseniano bisognerebbe cessare ogni difesa a oltranza di tale modello, onde evitare il rischio di perpetuare il suo primato *in*

---

(299) Cfr., in particolare, *Le nouveau modèle européen*, a cura di P. Magnette, E. Remacle, vol. 1, *Institutions et gouvernance*, Bruxelles, 2000, p. 12 ss.

(300) Appare infatti chiaro che il rapido evolversi del diritto europeo e dei relativi modelli istituzionali impone livelli di creatività e di flessibilità inattingibili da un sistema giuridico incentrato sulla legalità formale, e dunque costituito da un insieme di norme pensate per disciplinare in modo durevole l'esistente, cristallizzandone l'attuale assetto.

(301) Spazi nei quali si condenserebbe ciò che resta della certezza giuridica connessa al principio di gerarchia delle fonti.

(302) Cfr., in particolare e da ultimo, GÜNTER, *Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*, in *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, a cura di W. Lutz, K. Günther, 2001, Frankfurt am Main, p. 562 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, p. 1 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit.; VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 520 ss. Per una articolata discussione sui paradigmi giuridici della piramide e della rete cfr. *Le droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2002, n. 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the books e il suo fallimento *in action*; bisognerebbe inoltre "capire le ragioni" di questo sgretolamento e vagliare l'attualità e la bontà di un paradigma alternativo, improntato alla dialettica giuridica, composto da un insieme di norme formate grazie al contributo di una eterogenea pluralità di "autori", caratterizzate da "gerarchie accavallate" o, se si preferisce, da "strani anelli" (303). Paradigma da sempre esistente anche se mai come oggi evidente; paradigma capace di offrire equità per il caso concreto (304) anche se forse portatore *ex ante* di insicurezza circa la soluzione che sarà prescelta rispetto al caso in questione.

Ora, è indubbio che la concezione volta a cogliere e sottolineare il passaggio da un sistema gerarchico a un sistema reticolare, pur trovando crescenti consensi presso i teorici del diritto, ha stentato ad affermarsi in ambito penale. Ciò non può certo stupire, ove appena si consideri che il diritto criminale — senza per questo essere affetto da un assoluto immobilismo — è senz'altro uno dei settori del diritto maggiormente condizionato da scelte metodologiche e da valori sedimentati nella tradizione, e si rivela dunque poco incline a cambiamenti radicali non solo in merito alla selezione dei fondamentali comportamenti vietati, ma anche in ordine ai modelli teorici cui ispirarsi. Tuttavia, sull'onda appunto del progressivo, vistoso processo di europeizzazione del diritto, persino una parte della dottrina penale ha iniziato a evocare l'ipotesi di un diritto criminale a carattere degerarchicizzato e dialettico. In particolare, M. Delmas-Marty disegnando con la consueta lungimiranza l'immagine di un *droit flou* ispirato a una "logica del molteplice" (305) indotta o

(303) Tale terminologia è ormai divenuta di uso frequente. Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., p. 101 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., in particolare p. 51 ss.; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, cit., in particolare, p. 665.

(304) Sottolineano come il principio di legalità formale, nella sua rigidità, "renda spesso arduo l'adeguamento della *regula iuris* alla multiforme realtà concreta" PALAZZO, PAPA, *Introduzione ai princìpi di diritto penale*, cit., p. 214. Anche e soprattutto così si spiegherebbe la scarsa effettività di cui soffre in Italia il principio del divieto di analogia in ambito penale: cfr. ivi, p. 283.

(305) DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., in particolare p. 141 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunque favorita dell'attuale "destatualizzazione del diritto" (306), ha suggerito una prospettiva di indagine aperta a ulteriori sviluppi. In Italia, in sostanziale consonanza con tale impostazione e nell'ottica di una "teoria postmoderna" del diritto, Fiandaca e Musco hanno affermato che "la tesi tradizionale di un unico sistema chiuso" sembra ormai da respingere, per "configurare in sua vece un sistema cosiddetto 'a rete': costituito cioè da diversi sistemi autonomi posti in rapporto di integrazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado ed intensità" (307).

Con varietà di accenti, sull'onda del ruolo vieppiù creativo assunto dal giudice penale (308), la tesi volta ad ammettere la possibilità di applicare al campo penale una teoria dialettica del diritto è stata quindi ripresa da un numero crescente di penalisti, italiani (309) e non (310).

Tutto ciò premesso, conviene allora ripercorrere brevemente le

---

(306) DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., p. 53 ss.

(307) FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 27.

(308) Al riguardo cfr., per tutti e limitatamente alla letteratura italiana, GIUNTA, *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *Studium iuris*, 1999, p. 12 ss.; CONTENTO, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giurisprudenziali*, in *Indice pen.*, 1998, p. 947 ss.; RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, a cura di Vincenti, Padova, 2000, p. 239 ss. e bibliografia ivi riportata.

(309) Cfr., in particolare, DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, par. 5 del dattiloscritto in corso di pubblicazione in *Cass. pen.*; MANACORDA, *Jus commune criminale? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes*, cit., p. 323 ss.; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, cit., in particolare, p. 664 ss.; ID., *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, p. 141 ss.; ID., *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 741 ss. Cfr. altresì, sia pure con specifico riferimento alla dimensione *in action* del principio di legalità, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999; con riferimento al sistema delle fonti di diritto penale internazionale, CAIANIELLO, FRONZA, *Il principio di legalità nello statuto della Corte penale internazionale*, in *Indice pen.*, 2002, p. 316 ss.; FRONZA, GUILLOU, *Etude critique des fragments existants de droit pénal commun. Le crime de génocide*, in *Variations autour d'un droit commun*, cit., p. 282 ss.

(310) Cfr., tra gli altri, CARTUYVELS, *Proximus, ou la tentation du temps pénal contemporain*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 60; ID., *Le droit pénal et l'Etat: des frontières*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ragioni per le quali la progressiva emersione di una realtà di respiro europeo favorisce anche in ambito penale l'adesione ad una concezione "reticolare" del fenomeno giuridico che parrebbe, almeno in un primo momento, confliggere con i consolidati principi "gerarchici e lineari" del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario sulla normativa (anche penale) dei Paesi dell'Unione. In estrema sintesi (311), sembra di poter dire che tali ragioni sono essenzialmente due, distinte anche se tra loro strettamente connesse: *a*) l'assenza di chiare gerarchie sia tra diritto nazionale e diritto europeo sia tra le principali fonti di quest'ultimo, con conseguente valorizzazione di quella nozione di "rete" la quale, pur connotandosi per la sua polisemia (312), tende a collocarsi a metà strada tra "un ordine lineare e gerarchizzato e un disordine assoluto" (313), favorendo una logica combinatoria, aperta, orizzontale e circolare, connotata da una flessibilità e provvisorietà degli esiti (314) che non sfoci tuttavia nell'arbitrarietà (315); *b*) il ruolo vieppiù centrale svolto dal giudice nella concretizzazione della norma giuridica, vale a dire nell'elaborazione dei contenuti "sostanziali" di quest'ultima (316).

"naturelles" en question, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, cit., p. 20 ss.; FAGET, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, 1992.

(311) Per più ampi sviluppi sull'influsso determinato dal processo di europeizzazione del diritto sulla fortuna delle attuali teorie dialettiche del diritto ispirate al paradigma della rete cfr., volendo, BERNARDI, *Entre la pyramide et le réseau: les effets de l'européanisation du droit sur le système pénal*, in corso di pubblicazione in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

(312) OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 23 ss.

(313) MUSSO, *Télécommunications et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale di Saint-Simon*, Paris, 1997, p. 53.

(314) CARTUYVELS, *Le droit pénal et l'Etat: des frontières "naturelles" en question*, cit., p. 21.

(315) La ricerca di una "logica del molteplice" atta a coniugare flessibilità e razionalità contraddistingue, in particolare, tutta la recente opera di DELMAS-MARTY. Cfr., ad esempio, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., *passim*; *Pour un droit commun*, cit., *passim*; *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, 1998.

(316) In argomento cfr., in generale e per tutti, COTÉ, *Fonction législative et fonction interprétative: conceptions théoriques de leurs rapports*, in *Interprétation et droit*, a cura di P. Amselek, Bruxelles, 1995, p. 190 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 10 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., in particolare p. 389 ss.; PASTORE, *Identità del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a) Per quanto attiene al problema della mancanza di chiarezza in ordine ai rapporti gerarchici esistenti sia tra diritto nazionale e diritto europeo sia tra le diverse manifestazioni di quest'ultimo, tale problema si manifesta, essenzialmente, in tre diverse ipotesi.

a1) La prima ipotesi concerne il rango della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella gerarchia delle fonti nazionali. Indubbiamente, sarebbe in questa sede assai noioso passare in rassegna le molteplici concezioni dottrinali e giurisprudenziali rinvenibili in Italia al riguardo, e le diverse tesi elaborate per impedire che leggi penali ordinarie meno garantiste possano vanificare, attraverso il meccanismo della successione di leggi nel tempo, i diritti sanciti dalla CEDU (317); basterà quindi accennare incidentalmente a tali questioni in una prospettiva più generale, non circoscritta al tema dell'integrazione della CEDU all'interno del sistema giuridico italiano. Ebbene, nell'*Annexe 2* al volume in cui sono pubblicati i lavori del Seminario su*"Politique criminelle et droits de l'homme"* svoltosi a Parigi tra il 1987 e il 1989 (318) viene evidenziato il diverso, assai eterogeneo livello gerarchico di volta in volta riconosciuto alla CEDU all'interno dei sistemi normativi nazionali (319). Si apprende, così, che all'epoca della pubblicazione del volume in questione (1989) la CEDU risultava in alcuni Stati membri di livello addirittura sovracostituzionale, mentre in altri non era ancora stata incorporata nell'ordinamento (320). Nella sua sche-

---

testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. Velluzzi, Torino, 2000, p. 148 ss.; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, in particolare, p. 664 ss.; ID., *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, cit., p. 172 ss.

(317) Per una rassegna di tali concezioni cfr., volendo, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, cit., p. 33 ss.

(318) *Raisonner la raison d'état* a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 506 ss.

(319) Livello risultante, a seconda dei casi, supra-constituzionale, constituzionale, sovralegislativo, legislativo.

(320) In effetti. secondo l'interpretazione autentica datale, la CEDU non impone agli Stati la propria incorporazione nel diritto interno; resta comunque pacifico che essa — fatte salve le riserve, restrizioni o deroghe espressamente consentite — obbliga gli Stati medesimi a "riconoscere" sempre e comunque i diritti da essa sanciti e a tutelarli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maticità, tale *Annexe* non può tuttavia riproporre i complessi dibattiti esistenti in merito al rango della CEDU negli Stati membri, e le frequenti incongruenze tuttora riscontrabili negli approcci a tale questione (321). Il panorama complessivo è comunque rivelatore delle estreme difficoltà incontrate nell'attribuire una chiara collocazione alla CEDU all'interno dei singoli sistemi nazionali. In questo quadro, allora, i principi costituzionali e i paralleli principi CEDU, più che porsi in rapporto gerarchico, "dialogano" tra loro, condizionandosi a vicenda in una prospettiva di almeno tendenziale innalzamento del generale livello delle garanzie (322).

a2) La seconda ipotesi concerne i problematici rapporti gerarchici esistenti tra diritti nazionali e diritto dell'Unione europea, ed essenzialmente "l'irrisolvibile primato" tra Costituzioni e Trattati (323). Al riguardo — fermo restando il linea generale il principio della prevalenza del diritto comunitario — appare chiaro che la difesa a oltranza della primazía dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale da parte dei singoli Stati, se da un lato può giustificare sul piano emotivo la scelta delle Corti costituzionali di attribuirsi in questa materia l'ultima parola (324), non implica però

---

in modo concreto ed effettivo (Cfr. Corte europea, sentenza 9 ottobre 1979, caso Airey, *Série* A, n. 32). Il paradosso in base al quale gli Stati membri della Convenzione europea debbono garantire l'effettività dei diritti CEDU pur potendo, al contempo, non riconoscere loro applicabilità diretta, è stato frequentemente sottolineato dalla dottrina. Cfr., per tutti, COURISSAT-COUSTERE, *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: primauté et effet direct*, in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1992, p. 12.

(321) Sul punto cfr., diffusamente, DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law - A Comparative Study*, Oxford, 1997.

(322) Cfr., in generale e per tutti, MELCHIOR, *Notions "vagues" ou "indeterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Studies in honour of G. Wiarda*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 412; PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, cit., in particolare p. 76 ss.; volendo, BERNARDI, "*Principi di diritto*" *e diritto penale europeo*, cit., p. 208. Tuttavia, circa i rischi connessi ad un uso "regressivo" di taluni diritti previsti dalla CEDU, cfr., in particolare, DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo*, in *Indice pen.*, 1988, p. 205 ss..

(323) In proposito cfr., diffusamente e per tutti, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., in particolare p. 98 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 66 ss.

(324) Circa il problema concernente la competenza o meno delle Corti costitu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una risposta definitiva in ordine ai rapporti gerarchici esistenti tra principi fondamentali nazionali e principi fondamentali di diritto non scritto recepiti in ambito comunitario. L'unica cosa sicura è che queste due categorie di principi (la prima concepita come nucleo fondante e imprescindibile degli Stati di diritto, la seconda, come già ricordato (325), creata proprio per poter affermare in via definitiva il primato del diritto comunitario sul diritto interno) sono tra loro inscindibilmente legate, i principi comunitari impliciti venendo ricavati dalla Corte di giustizia — grazie ai criteri comparatistici in precedenza riassunti (326) — proprio muovendo da un esame dei principi costituzionali nazionali (327). Anche in questo caso, dunque, le suddette categorie di principi fondamentali interagiscono sulla base di un tendenziale rapporto di parità, in una prospettiva di reciproca coordinazione destinata "ad avere la meglio sull'esigenza

---

zionali a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale di norme comunitarie (contenute nei Trattati o in atti di diritto derivato) in caso di presunta violazione dei principi fondamentali previsti dalle Costituzioni nazionali ovvero dei diritti inalienabili della persona umana cfr. nell'esperienza italiana, nell'ambito della teoria cosiddetta dei "controlimiti alla limitazione di sovranità" elaborata verso la fine degli anni '80 e dei suoi successivi sviluppi, Corte cost., sent. 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1001 ss. con nota di CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle "competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, p. 1012 ss.; sent. 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, I, c. 783 ss., con osservazione di BARONE, *Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*. In dottrina cfr., in particolare, AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta fase"?*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 87. Nell'esperienza francese, cfr. Conseil const., 20 gennaio 1993, sent. 92-316 DC, in *Rev. franç. dr. const.*, 1993, n. 14, p. 375 ss., con note di FAVOREU, FRAYSSINET, PHILIPPE, RENOUX, ROUX. In merito a tale sentenza, cfr., per tutti, MEYER-HEINE, *Droit constitutionnel et droit communautaire. Le droit constitutionnel français, instrument de remise en cause de la proposition de directive communautaire relative à "la protection des personnes phisiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel"*, in *Rev. franç. dr. const.*, 1995, n. 23, p. 637 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. Nell'esperienza spagnola cfr., tra gli altri, TRAYTER, *La situazione attuale dell'integrazione del diritto comunitario in Spagna. Riferimento speciale ai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 960 ss.

(325) Cfr., *supra*, *sub* par. 13, nt. 202.

(326) Cfr., *supra*, *sub* par. 16, lett. *b*).

(327) Oltre che dall'esame dei principi contenuti nelle Carte dei diritti sottoscritte dagli Stati dell'Unione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logica della gerarchizzazione" (328). Al riguardo, non deve peraltro essere trascurato che le particolari esigenze di sviluppo politico-giuridico di una Unione integrata di Stati, connesse al ricorso ai principi fondamentali "impliciti" di diritto comunitario, inducono a privilegiare in sede comparatistica i principi costituzionali accolti nei Paesi membri ove essi risultano meglio sviluppati (quantomeno rispetto ai bisogni dell'Unione) (329), ponendoli di fatto in una posizione privilegiata rispetto ai paralleli principi costituzionali oggetto di minore sviluppo da parte di talune Carte fondamentali e della relativa giurisprudenza.

a3) La terza ipotesi investe gli stessi rapporti esistenti tra le due categorie di principi fondamentali rinvenibili, rispettivamente, in ambito convenzionale ovvero in ambito comunitario. Rapporti resi particolarmente complessi a causa sia dell'assenza anche in questo caso di una qualsiasi gerarchia tra tali categorie di principi (330), sia del gioco di reciproci riferimenti tra di esse, sia infine dalle possibili sovrapposizioni di competenze tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia. Come noto, la paventata ipotesi che — nonostante il ricorso ai principi CEDU in sede di elaborazione dei relativi principi comunitari impliciti — in ordine ai livelli di sviluppo dei relativi diritti fondamentali possano insorgere contrasti tra le giurisprudenze delle due supreme istanze europee (331), ha indotto taluni a suggerire l'introduzione di forme "incrociate" di ricorso pregiudiziale tra le due Corti europee (332), ovvero addirittura ad auspicare l'unificazione della Corte di Strasburgo e di quella

(328) OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 68.

(329) Volendo, cfr. in argomento, diffusamente, BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 186 ss. e 206 ss.

(330) Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., p. 104.

(331) Cfr., tra gli altri, BIANCARELLI, *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 165; DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 122 ss.; LECOURT, *Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes*, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 335 ss.

(332) Per vero, è stato tuttavia osservato che tali procedure finirebbero con l'appesantire ulteriormente gli attuali e già complessi meccanismi giurisdizionali esistenti in ambito europeo. Sul punto cfr., *amplius,* LECOURT, *Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes*, cit., p. 337 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Lussemburgo (333). Resta il fatto che, nell'attuale realtà "bicefala", la speranza che permanga e si rafforzi la tendenziale concordanza di fondo tra le suddette categorie di diritti fondamentali risulta affidata a forme complesse e sofisticate di "dialogo" tra le due Corti europee. In questa prospettiva, ispirata alla logica della "rete" e segnata dalla contemporanea esistenza di una pluralità di sistemi normativi autonomi seppure interdipendenti, ai principi generali (e specificamente a quelli in tema di diritti dell'uomo) potrebbe essere allora affidata la decisiva funzione di garantire, nella caotica complessità delle fonti giuridiche europee, forme di equilibrio dinamico perseguite nel nome di orientamenti e valori comuni (334).

b) *Per quanto attiene poi alla questione relativa al ruolo vieppiù centrale svolto dal giudice nell'attività di concretizzazione della norma giuridica*, appare indubbio che l'attuale fase di europeizzazione del diritto penale contribuisce in misura decisiva al potenziamento di tale ruolo.

b1) *Per quanto concerne la CEDU*, merita innanzitutto di essere segnalata l'importanza della giurisprudenza dinamica ed evolutiva sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Giurisprudenza il cui dinamismo "teleologico" (335) risulta legittimato dal fatto che le disposizioni CEDU, conformemente al loro prevalente carattere di *norme di principio* (anche se, per vero, spesso alquanto dettagliate), lasciano non di rado ai loro interpreti un margine d'azione assai ampio.

Vera e propria *law in action*, la CEDU non esalta tuttavia solo il ruolo "ricorsivo" (336) dei giudici di Strasburgo, ma anche quello dei giudici nazionali, ormai chiamati a valutare la conformità della

---

(333) In questo senso cfr. già LUIS, *Rapport*, in *Rev. dr. homme*, 1972, p. 694.

(334) Al riguardo cfr., per tutti, PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in *Diritto privato*, 2001, p. 65 ss.

(335) In merito al quale cfr., per tutti, OST, *Originalité des methodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 422 ss.; PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, cit., p. 25 ss.

(336) Ruolo in base al quale l'opera di "scrittura" del diritto vede affiancati, con pari dignità, legislatore e interprete. Sul punto cfr., in particolare e per tutti, OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 385 ss.; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, cit., p. 664 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativa (*in primis*, penale) interna in relazione sia alla Costituzione sia alla stessa CEDU. Anche se, per vero, proprio la strutturazione in forma di principio di certe norme CEDU, invece di favorire una giurisprudenza nazionale orientata allo sviluppo dei diritti fondamentali nei limiti consentiti dall'interesse collettivo, ha permesso ai giudici interni (e alla dottrina) d'impronta "conservatrice" di considerare *not self executing* anche talune disposizioni della CEDU che viceversa erano senz'altro da ritenersi direttamente applicabili (337). Il sistema di controllo di ultima istanza da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, tuttavia, consente di porre rimedio a questi errori. Si tratta, beninteso, di un sistema di controllo ispirato a una logica "gerarchica", favorita dalla interpretazione autonoma delle norme CEDU da parte dei giudici di Strasburgo: ma, al contempo, questa logica gerarchica è attenuata dall'esistenza di numerose clausole che rinviano al diritto dei singoli Paesi membri, e che dunque riconoscono un "margine di discrezionalità nazionale" (338) espressivo di quella "dialettica" tra organi e poteri diversi valorizzata dalla metafora della "rete" (339).

Se dunque, per quanto sin qui esposto, la CEDU e il sistema di controllo giurisdizionale da essa previsto esaltano la "ricorsività" delle relazioni tra le diverse entità che concorrono in ambito europeo a forgiare la *law in action*, non deve stupire se secondo la giurisprudenza di Strasburgo il principio di irretroattività sancito dall'art. 7 comma 1 CEDU investe non solo il diritto scritto, ma anche quello giurisprudenziale (340) così elevato alla stessa dignità

(337) Si pensi, esemplificativamente, alla deprecabile tendenza di taluno a negare l'immediata esecutività dell'art. 13 CEDU, che deve considerarsi una norma sufficientemente determinata e che per di più, non richiedendo la creazione di appositi organi o procedure, risulta senza dubbio *self executing.*

(338) In merito al quale cfr., tra gli altri e con varietà di accenti, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., p. 158 ss.; DE SCHUTTER, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, un essai de démolition*, in *Revue de droit international des sciences diplomatiques et politiques*, 1992, p. 83 ss.; OST, *Originalité des methodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 448 ss.

(339) In argomento cfr., da ultimo, VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, cit., p. 160.

(340) Cfr., ad esempio, Commissione, 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*, *D.R.* 41, p. 181; Id., dec. 7 maggio 1982, *X. Ltd. e Y c. Regno Unito*, *D.R.* 28, p. 87; Corte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del primo. La qual cosa non può non essere giudicata positivamente, tenuto conto del fatto che, secondo quanto sottolineato dalla più attenta dottrina, i mutamenti *in malam partem* delle fattispecie penali per via interpretativa producono effetti in tutto e per tutto simili a quelli di derivazione legislativa, incidendo in uguale misura sul diritto vivente (341).

b2) *Per quanto concerne invece l'Unione europea,* è interessante rilevare come — a prescindere dalla più volte ricordata attività "creativa" svolta dalla Corte di giustizia in sede di individuazione dei principi in materia di diritti fondamentali — sia proprio il principio "gerarchico" del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale ad attribuire al giudice nazionale un ruolo centrale nella ricostruzione della norma (penale) vigente. Si è infatti già ricordato che, stante appunto il primato del diritto comunitario, tutte le norme (anche penali) interne devono essere interpretate, ove appena possibile, in modo conforme al diritto europeo (342). Pertanto, ogni volta che la fattispecie penale nazionale entri in rapporto col diritto comunitario, il giudice potrebbe dover fare ricorso, in relazione ad essa, a forme di interpretazione a carattere volta a volta sistematico, teleologico, restrittivo o persino estensivo, al fine appunto di evitare quanto più possibile ogni eventuale contrasto tra tale fattispecie e la normativa "europea". Tutto ciò, se da un lato esalta il ruolo dell'interprete nella ricostruzione dell'esatta portata della norma penale (343), dall'altro lato pone in evidenza il contributo del diritto comunitario all'incremento di fattispecie improntate a forme di "scrittura reticolare".

---

europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia, Serie A*, n. 260-A, par. 52. In dottrina cfr., per tutti, BERNARDI, *art. 7 ("Nessuna pena senza legge")*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 283 ss.; JACOBS, WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, p. 162; PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 2002, p. 340; RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, cit., p. 255; ID., *Legalità penale* versus *prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal* Corpus iuris 2000, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 967 ss.

(341) Cfr., per tutti, CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., in particolare p. 118 ss.

(342) Cfr., *supra, sub* sez. I, par. 4, nt. 28.

(343) Ruolo in questo caso consistente, per l'appunto, nel selezionare tra i molti possibili "contenuti" di un testo penale solo quello/quelli comunitariamente legittimi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come si è già avuto modo di sottolineare (344), esistono tuttavia dei casi in cui, indipendentemente da ogni sforzo interpretativo, la norma (penale) interna risulta totalmente o parzialmente in contrasto col diritto comunitario (345). In questi casi il giudice interno dovrà allora disapplicare le fattispecie penali che risultino insanabilmente confliggenti con il diritto comunitario (346). Ora, stante tale obbligo di disapplicazione (347), appare evidente che l'incremento in ambito comunitario di norme atte ad ampliare la sfera dei comportamenti consentiti in capo ai cittadini dell'Unione rischia di impli-

(344) Cfr., *supra*, *sub*, sez. I, par. 4, lett. *c*).

(345) Ciò accadrà, beninteso, laddove l'attività interpretativa avvenga nel rispetto del principio di legalità, e non comporti quindi un completo stravolgimento del significato conferito alla norma dai segni linguistici che la compongono. La dottrina assolutamente prevalente sottolinea come l'interpretazione conforme al diritto comunitario non possa travalicare lo spirito della legge interna e una diversa, palese volontà del legislatore. Cfr., per tutti, BLECKMANN, *Gemeinschaftsrechtliche Probleme des Entwurfs des Bilanzrichtlinien-Gesetzes*, in *BB*, 1984, p. 1526; CURTIN, *The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders*, in *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, a cura di Curtin e O'Keeffe, Dublin, 1992, p. 40; GALMOT-BONICHOT, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la transpositions des directives en droit national*, in *Revue Française de droit administratif*, 1988, p. 22; HUGGER, *Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften*, in *NStZ,* 1993, p. 423 ss.; VAN GERVEN, *Bescherming van individuele rechten op basis van normatieve aansprakelijkheid in het Europese Gemeenschapsrecht*, in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1993, p. 10. Viceversa, nel senso che in ossequio al primato del diritto comunitario il giudice nazionale sarebbe "invitato a utilizzare sino all'estremo il suo potere di interpretazione, se del caso facendo dire ad una disposizione che non è stata presa per adempiere all'obbligo derivante dal diritto comunitario e che sovente... risulta assai anteriore a quest'ultimo, cose che essa manifestamente non intendeva dire all'epoca della sua promulgazione" SCHOCKWEILER, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n. 2, p. 15. Tendenzialmente concorde PRECHAL, *Directives in European Community Law*, Oxford, 1995, p. 228.

(346) Cfr., per tutti, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 102, e giurisprudenza ivi riportata.

(347) Obbligo che, in linea generale, non interessa solo il giudice ordinario, ma incombe a di tutti gli organi dello Stato (giudice ordinario, giudice amministrativo, autorità amministrative). Cfr., ad esempio, Corte di giustizia, sent. 22 giugno 1989, causa 103/88 (*Costanzo*), in *Racc.,* 1989, p. 1839 ss.; sent. 18 giugno 1991, causa 295/89 (*Donà*), in *Racc.*, 1991, p. 2967 ss. Cfr. altresì, limitatamente all'Italia, Corte cost., sent. 11 luglio 1989, n. 389, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1757 ss.; sent. 18 aprile 1991, n. 168, cit., c. 660 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

care un parallelo incremento degli interventi dei giudici nazionali per "disinnescare" le fattispecie penali (e le fattispecie punitivo-amministrative) ormai incompatibili con la normativa europea (348). Da ciò deriva un accrescimento esponenziale del potere del giudice interno di condizionare gli ambiti applicativi della normativa penale, dunque di ridefinire i comportamenti penalmente vietati. Tale potere, oltretutto, risulta caratterizzato non di rado da un notevolissimo livello di discrezionalità, dovuto alle possibili incertezze riscontrabili in sede di valutazione della compatibilità o meno tra la norma penale interna e il diritto comunitario. Tant'è che, in taluni casi, i dubbi in questione non cessano nemmeno dopo che la Corte di giustizia — a seguito di ricorso pregiudiziale effettuato dal giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 TCE — abbia fornito la propria interpretazione della norma comunitaria rispetto alla quale la fattispecie penale interna si pone in posizione di sospetta incompatibilità. Non di rado, infatti, le risposte della Corte di giustizia risultano estremamente ambigue, finendo col lasciare al giudice interno tutti i suoi originari interrogativi (349). Ecco dunque dei casi in cui la

(348) Merita di essere ricordato ancora una volta che alla disapplicazione giudiziale delle norme comunitariamente illegittime deve seguire, a fini di certezza del diritto vigente, l'abrogazione modificazione o sostituzione di tali norme da parte del legislatore nazionale. Cfr. *supra, sub* sez. I, par. 4, art. 54.

(349) In effetti la Corte di giustizia, se da un lato *non deve* valutare essa stessa la legittimità comunitaria della norma penale interna (cfr., ad esempio, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario,* cit., p. 189; per talune puntualizzazioni cfr., peraltro, RASMUSSEN, *La Corte di giustizia*, cit., p. 183 ss.), dall'altro lato *nemmeno riesce sempre* ad offrire al giudice nazionale criteri interpretativi tali da consentire a quest'ultimo di effettuare con sufficiente consapevolezza la suddetta valutazione (cfr., tra gli altri, BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 210; PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, cit., p. 67 ss.). Esempi lampanti di questo stato di cose sono offerti da alcune pronunce della Corte di Lussemburgo (cfr. sent. 26 febbraio 1976, causa 65/75 (*Tasca*), in *Racc.*, 1976, p. 291 ss.; sent. 14 luglio 1988, causa 298/87 (*Smanor*), in *Racc.*, 1988, p. 4513, punto 25), nelle quali il giudizio sulla legittimità della normativa sanzionatoria interna è stato fatto dipendere dalla sussistenza di elementi fattuali di assai difficile individuazione, ovvero è stato incentrato su criteri oltremodo elastici, se non addirittura inafferrabili (cfr., per tutti, CAPELLI, *"Yogourt francese e pasta italiana" (due sentenze e una proposta di soluzione)*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1988, p. 391 ss.; nonché, con specifico riferimento al problema della certezza penale sollevato da tali sentenze interpretative, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 276 ss., e bibliografia ivi riportata).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

struttura "relazionale" della rete comporta un rovesciamento di piani tra legislatore penale e interprete, sino a fare di quest'ultimo il vero artefice della norma penale *in action*. Ma, purtroppo, si tratta anche di casi di "diritto in rete" in cui una "scrittura" della fattispecie penale ad opera di una pluralità di autori, lungi dal rivelarsi "virtuosa" (350), rischia di causare un troppo ampio livello di indeterminatezza, un vero e proprio "vuoto di legalità".

Per quanto sin qui esposto, a prescindere da ogni presa di posizione a favore o contro il paradigma della "rete", appare in conclusione chiaro che il processo di europeizzazione del diritto — dando vita a un insieme di sistemi almeno in parte privi di precise gerarchie e obbligando i diversi operatori a "gestire il multiplo" in modo flessibile ma al contempo non arbitrario — contribuisce alla fortuna di questo rivoluzionario paradigma anche in sede penale. Il futuro ci dirà se questa concezione "reticolare" del diritto qui sinteticamente riassunta risulta un naturale portato della modernità e delle sue complesse regole, o viceversa costituisce la risposta contingente al disordine provocato dal (provvisorio?) tramonto della concezione autarchico-statualista del sistema penale, così come da un progetto europeo tanto affascinante quanto incerto nei suoi esiti politico-giuridici.

18. *L'abbandono del nazionalismo dogmatico e il ricorso al "sincretismo concettuale" come conseguenza del pluralismo giuridico. La tendenza alla semplificazione della scienza penale al fine di un "democratico" ravvicinamento dei relativi sistemi statuali.*

Un'ultima espressione dell'attuale tendenza del pensiero penalistico ad evolvere in senso trans-nazionale è costituita dall'emersione di due fenomeni distinti seppur correlati tra loro, specie sotto il profilo teleologico. Essi consistono: *a*) nella progressiva rinuncia al rigore dogmatico e sistematico proprio delle più evolute scienze penali di matrice continentale, in vista del "fine superiore" costituito dalla convergenza dei relativi sistemi nazionali; *b*) nella crescente

(350) Come auspicato da VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, cit., p. 155.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspirazione ad una reale "semplificazione" delle costruzioni teorico-penali di alcuni dei Paesi dell'Unione, atta a facilitare un "dialogo" giuridico sinora ostacolato dalla presenza di strutture concettuali al contempo diverse e assai complesse.

a) per quanto concerne innanzitutto il processo di "denazionalizzazione" della scienza penale, occorre riconoscere che esso risulta oltremodo difficoltoso, per tutta una serie di ragioni teoriche e culturali, le quali peraltro sembrano solo ritardare, ma non paralizzare completamente l'evoluzione in atto.

a1) Sotto un profilo strettamente teorico, la rinuncia al nazionalismo dogmatico è resa ostica dall'opinione diffusa secondo la quale una scienza penale che non operi deduttivamente tramite concetti e categorie, espressivi di un peculiare sistema logico di interrelazioni, costituirebbe una contraddizione in termini. Un riflesso di tale opinione si coglie nel dibattito sviluppatosi in Germania per l'individuazione del modello concettuale più idoneo a costituire il substrato teorico in vista dello sviluppo di una dogmatica penale a carattere continentale (351). Al riguardo, è stato tuttavia fatto osservare che un approccio così astrattamente rigoroso risulta stonato nell'attuale fase della costruzione giuridica europea. Quest'ultima infatti presenta innanzitutto un'infinità di problemi politico-criminali la cui soluzione si colloca in un contesto "fattuale" e "procedimentale" nell'ambito del quale il soddisfacimento delle esigenze di tipo pratico-applicativo tende inevitabilmente a prendere il sopravvento sulle esigenze di coerenza delle opzioni dogmatiche (352). Tenuto conto di tutto ciò, non si è mancato di suggerire che la soluzione di questi problemi potrebbe essere volta a volta ricercata facendo ricorso a criteri e percorsi giuridici assai diversi, e dunque secondo un modo di procedere ispirato al cosiddetto "principio di apertura metodologica" (353), in base al quale tali criteri e percorsi andrebbero setacciati alla ricerca di quello destinato ad offrire, nel caso di specie, il risultato migliore.

---

(351) Sul punto cfr., in particolare, SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2001, p. 1 ss.

(352) In questo senso cfr., diffusamente e da ultimo, VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 518 ss.

(353) KHÜL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 801.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una siffatta "metodologia aperta" implica una comparazione in chiave strettamente "funzionalistica" tra le diverse opzioni utilizzabili (354), in modo che la scelta ultima — anziché costituire l'esito di una "lotta tra dogmatiche" — sia pragmaticamente ispirata alla logica del miglior risultato concreto ottenibile. Ora, è di tutta evidenza che una "oggettivazione" in prospettiva funzionalista della scelta tra le suddette opzioni potrebbe risultare tutt'altro che facile, presupponendo la capacità di spogliarsi delle proprie costruzioni teoriche, per poter valutare con animo quanto più libero possibile le diverse ipotesi. Occorre tuttavia tener conto del fatto che tale *modus operandi* d'impronta sincretistica risulta ormai largamente utilizzato dagli organi europei deputati alla elaborazione di norme e principi a carattere sovrastatuale destinati a perseguire un disegno di integrazione su scala continentale (355), rivelandosi oltretutto perfettamente in linea con quell'esigenza di autonomia nella metodologia giuridica postulata da un'Unione di Stati parificati nella reciproca dignità delle proprie tradizioni (356). In questo senso, ammesso e non concesso che dal raffronto tra le differenti scienze giuridiche dei Paesi dell'Unione una di queste risulti in assoluto 'migliore' delle altre, l'ipotesi di una sua pedissequa trasposizione in ambito europeo sarebbe comunque da scartare, in nome di una intuibile esigenza di "democrazia" (357), prima ancora che in nome di quella esigenza di "semplificazione giuridica" alla quale avremo tra poco modo di accennare. Sembra quindi possibile concludere affermando che le obiezioni teoriche opposte al processo di europeizzazione della scienza penale possono essere superate, e che il "principio di apertura metodologica", pur non rappresentando certo la bacchetta magica per la soluzione di ogni problema, appare destinato a raccogliere crescenti consensi.

---

(354) Cfr. VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 337-338; ID., *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 524.

(355) Cfr., sul punto, BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., p. 114.

(356) Cfr., specificamene, VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 524.

(357) Cfr., sul punto, le osservazioni di DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a2) Sotto un profilo latamente culturale, l'attuale lentezza nella denazionalizzazione delle costruzioni teoriche in ambito penale discende innanzitutto, in via generale, dalle secolari e profonde differenze riscontrabili nelle tradizioni penalistiche europee (358), dal carattere essenzialmente statico della dogmatica (359), nonché da una sorta di "sciovinismo giuridico" critico nei confronti di un processo di europeizzazione che, rinnegando il postulato della assoluta autonomia delle concezioni locali, sembra preludere alla stessa "fine delle nazioni" (360), o quantomeno ad una sorta di svendita delle tradizioni giuridiche statuali (361). Ora, si sa che tale forma di sciovinismo risulta particolarmente sedimentata nel settore penale, fra tutti quello da sempre maggiormente informato al dogma della sovranità nazionale. Di qui la fatica a superare i tradizionali schemi concettuali intrisi, al contempo, di particolarismo e di intransigenza (362); schemi, certo, necessari al mantenimento e al perfezionamento delle preziose simmetrie espresse da talune culture penalistiche a carattere locale, ma difficilmente utilizzabili sia per creare i presupposti necessari allo sviluppo di un unitario — seppur settoriale — diritto penale europeo, sia per procedere a una mera armonizzazione dei sistemi penali nazionali e alla messa in opera di una efficace politica criminale di respiro continentale.

Anche sotto un profilo *lato sensu* culturale, ben si comprende quindi come l'abbandono dell'approccio "autarchico-nazionalista" della scienza penale richieda tempi lunghi e comunque differenti per i singoli operatori del diritto (363) con conseguente, inevitabile so-

---

(358) In argomento cfr., emblematicamente, RÜTER, *Harmonie trotz Dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa*, in *ZStW*, 105, 1993, p. 35 ss. Cfr. altresì, per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., p. 103 ss.

(359) Cfr. PARESCE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 679.

(360) Cfr. OPPETIT, *L'eurocratie ou le mithe du legislateur suprême*, in *Recueil Dalloz*, 1990, p. 73 ss.

(361) Cfr. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in "*Saggi, conferenze e seminari*", n. 7, del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1993, p. 13 e bibliografia ivi riportata.

(362) In una più generale prospettiva, sulla intrinseca inidoneità del diritto penale a ruoli pionieristici cfr., recentemente e per tutti, DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 54.

(363) Cfr., sia pure in una prospettiva non circoscritta al campo penale, FERRARI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pravvivenza di "sacche di resistenza" fedeli alle tradizionali concezioni localistiche. E tuttavia, resta la realtà di una nuova, sia pur non ancora sufficientemente diffusa, presa d'atto della crescente esigenza di europeizzazione della scienza giuridica, e della connessa necessità di dover rinunciare a considerare intoccabili gli elementi peculiari della dogmatica penale nazionale (364). Il mutamento di concezioni si coglie, in primo luogo, nella diminuita enfatizzazione delle differenze scientifiche tra gli Stati, nel progressivo venir meno dell'orgoglio nazionale per le costruzioni giuridiche a carattere essenzialmente interno; nonché nella valorizzazione dei momenti di comunanza o dei movimenti di convergenza (365) e nell'impulso all'elaborazione di soluzioni tendenzialmente uniformi.

Note sull'alternativa del diritto contemporaneo, in *Soc. dir.*, 1993, p. 32 ss.; GESSNER, *L'integrazione giuridica globale e le culture giuridiche*, ivi, p. 63 ss.

(364) Cfr., all'interno di una bibliografia ormai molto ampia, ALBRECHT, BRAUM, *Insufficienze nell'evoluzione del diritto penale europeo*, cit., p. 615; BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes penaux européens*, cit., p. 200 ss.; ID. *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit.; BIANCARELLI, *L'ordre juridique communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions?*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, 1993, p. 273; CADOPPI, *Verso un diritto penale unico europeo?*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 39 ss.; DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., *passim*; DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, cit., p. 543 ss.; DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 29 ss.; ID., *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 477 ss.; GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, in *Indice pen.*, 1993, p. 93; MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, cit., in particolare, p. 41; MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 411 ss.; PALIERO, *La fabbrica del* Golem. *Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, cit., p. 466ss.; RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medioevale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al* Corpus Juris *per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, cit., p. 97 ss.; SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, cit.; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, cit., in particolare p. 985 ss.; TIEDEMANN, *Die Europäisierung des Strafrechts*, cit., p. 6 del testo dattiloscritto; ID., *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, cit., p. 1401 ss.; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 336 ss.; ID., *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 517 ss.

(365) In questo senso, particolarmente significativa sembra essere l'attuale tendenza a riconoscere l'esistenza di importanti legami storici, nonché di tecniche, strutture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo processo di ripensamento del metodo e dei modelli scientifici, tende così a riemergere la convinzione, a suo tempo

---

e fondamenti giuridici comuni financo tra le due aree di *civil law* e di *common law*, ovvero a sottolineare i sintomi di un profondo ravvicinamento fra di esse. Cfr., in generale e con diverse sfumature, i contributi pubblicati in *New Perspectives for a Common Law of Europe*, cit.; *The Gradual Convergence. Foreign Ideals, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, a cura di B. S. Markesinis, Oxford, 1994; *Neighbours in Law: Are Common Law and Civil Law Moving Closer Together? Papers in Honour of Barbara Huber on Her 65th Birthday*, a cura di A. Eser, Ch. Rab, Freiburg im Breisgau, 2001; BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 78 ss.; CAPPELLETTI, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference or No Difference at All?,* in *Festschrift für K.Zweigert zum 70 Geburstag,* Tübingen, 1981, p. 381 ss.; GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, p. 44 ss.; GORDLEY, *"Common law" v. "civil law". Una distinzione che va scomparendo?*, in *Scritti in onore di R. Sacco, a cura di P. Cendon*, Milano, 1994, p. 559 ss.; LAWSON, *the Family Affinities of Common-Law and Civil-Law Systems*, in *Hastings Intern. Comp. Law Rev.*, 1982, p. 103 ss.; LUPOI, *Common Law e Civil Law, alle radici del diritto europeo*, in *Foro it*., 1993, V, c. 431 ss.; LUSO SOARES, *Breve comentario sobra "Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea" de Giuseppe Gandolfi,* in *Minerva*, (Lisboa), 1990, p. 4; MOCCIA, *Sull'uso del termine "civil law"*, in *Foro. it.*, 1980, c. 254 ss.; NÖRR, *The European Side of the English Law. A Few Comments from a Continental Historian*, in COING, NÖRR, *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt*, Berlin, 1985, p. 15; PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, cit., p. 10 ss.; SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, cit., p. 45 ss. e bibliografia ivi riportata; SAMUEL, *System und Systemdenken - Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law*, in *ZEuP*, 1995, p. 375 ss.; SCHLESINGER, *Il passato e il futuro della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 603 ss.; STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987, *passim*, in particolare p. XIII; TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.; ZIMMERMANN, *Der Europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen Civil Law und Common Law,* in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, p. 1 ss.; ID., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 703 ss. Cfr. altresì, in prospettiva strettamente penalistica e con varietà di accenti, CADOPPI, *La genesi delle fattispecie penali: una comparazione fra* civil law *e* common law, Relazione svolta il 26 marzo 2002 all'Università di Trento; ID., *Dallo* judge made law *al* criminal code, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 974; ID., *Towards a European Criminal Code?*, cit., p. 2 ss.; ID., Common law, civil law *e diritto penale europeo*, intervento scritto presentato il 17 settembre 1998 al Convegno di Toledo in tema di *Perspectivas de Unificación del Derecho Penal en la Unión Europea*; DELMAS-MARTY, *Politique criminelle d'Europe*, cit., p. 59 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autorevolmente espressa (366), che la scienza giuridica al pari di ogni scienza umana debba necessariamente essere internazionale se non addirittura universale (367), con la conseguenza che essa sarebbe innaturalmente degradata al mero rango di diritto locale ove le frontiere giuridiche coincidessero con quelle politiche (368).

Secondo questa concezione, in definitiva, non già l'attività scientifica, ma solo quella normativa, "fondata sul potere e dunque sulla sua delimitazione" (369), potrebbe semmai differenziarsi su base strettamente nazionale.

Ora, è inutile sottolineare come tale concezione (la quale sembra per certi versi sottovalutare i nessi esistenti tra l'attività statuale di creazione giuridica e l'attività scientifica volta ad ispirare il legislatore (370) e ad interpretarne e sistematizzarne i prodotti normativi) (371) venga oggi rafforzata dalla progressiva erosione della stessa potestà legislativa dello Stato ad opera dell'Unione europea. In tal modo, infatti, risulta quantomeno attenuata quella frattura tra "legislazione" e "scienza legale" derivante dalla contrapposizione tra la dimensione nazionale della prima e l'auspicata dimensione sovrastatuale della seconda. Diviene allora ancor più giustificata l'esigenza di

---

diritto penale europeo, cit., p. 4; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, cit., p. 200; SCHULZE, *Il contributo italiano al diritto penale nel tardo ottocento,* in *Problemi istituzionali e riforme nell'età crispina*, Sorrento, 1990.

(366) Cfr. già SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, in *Code civil - Livre du Centenaire*, Paris, 1904, I, p. 95 ss. e 127. Cfr. altresì, in tempi relativamente più recenti, DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, in particolare p. 201 ss.

(367) Cfr., per tutti, ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit., in particolare p. 149; DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 49.

(368) Cfr. già VON IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I aufl., 6ª ed., Leipzig, 1907 (ristampa Darmstadt, 1968), p. 15; nonché, ora, ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit., in particolare p. 167 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(369) RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, p. 3 ss. e 38 ss.

(370) Sul punto cfr., ad esempio, PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, 1989, p. 5 ss.

(371) Sul problema della scienza del diritto e degli oggetti della sua indagine cfr., in particolare, PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, cit., p. 1215 ss. e bibliografia ivi riportata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giungere, anche in ambito penale, al superamento o quantomeno all'attenuazione di quelle "contrapposizioni concettuali" ormai da taluno definite, a giusto titolo "assurde" (372); superamento certo non garantito, ma senz'altro facilitato da un generale processo di "semplificazione" delle scienze giuridiche nazionali, che tuttavia sembra meritevole di qualche breve osservazione.

b) *Per quanto riguarda, poi, la crescente aspirazione anche in campo penale ad una reale "semplificazione" delle scienze giuridiche nazionali*, in prima approssimazione sembra di poter dire che essa tende — almeno prevalentemente — a perseguire due diversi scopi: quello di contrastare le crescenti discrasie tra teoria e prassi penale; quello di facilitare il dialogo tra dogmatiche in vista del ravvicinamento (o, in prospettiva più ottimistica, dell'unificazione) dei sistemi, e di favorire, di riflesso, il ricorso a categorie, istituti, regole, improntati a una "grammatica giuridica" razionale ma al contempo non troppo complessa.

b1) In relazione al primo di tali scopi — encomiabile ma comunque tendenzialmente estraneo al tema qui trattato — basterà ricordare come parte della dottrina concordi oramai sul fatto che in certi Paesi taluni istituti-cardine della teoria generale del reato (373) hanno raggiunto un livello di complessità così elevato da favorire il reciproco estraneamento tra soluzioni dogmatiche e soluzioni giurisprudenziali. Di qui, dunque, la tendenza a ricercare una riduzione della complessità della scienza penale (374).

b2) In relazione al secondo degli scopi connessi alla semplificazione delle dogmatiche nazionali — concernente appunto il tema della europeizzazione del diritto — è importante sottolineare come

---

(372) SACCO, *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo*, in *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, a cura di L. Moccia, Milano, 1993, p. 98.

(373) Si pensi, esemplificativamente, alla disciplina dell'imputazione e del concorso di persone.

(374) In proposito cfr., ad esempio, le osservazioni di VOLK, recensione a Moccia, "*Il diritto penale tra essere e valore*", in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale - Università degli Studi di Salerno*, 1993, p. 156. Cfr. altresì, per taluni spunti in argomento, CADOPPI, *Dallo* judge made law *al* criminal code, cit., in particolare p. 929 ss. Sul tema della "lontananza" tra teoria e prassi penale e delle relative cause cfr., in particolare, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si stiano ormai diffondendo anche in ambito penale quelle concezioni "pionieristiche" volte all'armonizzazione di istituti e norme tra gli Stati dell'Unione, o addirittura all'elaborazione di fattispecie unitariamente applicabili su scala continentale. Elaborazione effettuata alla luce delle esigenze proprie dei *diversi*, più o meno evoluti, ordinamenti nazionali europei, e dunque anche a costo di dover attuare operazioni di semplificazione dogmatica e normativa destinate a rendere i singoli sistemi penali (ovvero, in una diversa ma parallela prospettiva, il progettato ordinamento penale sovrastatuale) "un poco più primitivi" rispetto a taluni dei previgenti sistemi nazionali (375).

Un esempio emblematico di semplificazione giuridica tesa a perseguire un "dialogo" tra le dogmatiche nazionali in chiave di armonizzazione/unificazione viene oggi offerto proprio dalle norme (specie, ma non solo, di parte generale) del *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* (376); norme le quali hanno costituito e tuttora costituiscono, al contempo, il prodotto e l'occasione di un'intensa attività comparatistica condotta nel segno della razionalità e della linearità concettuale. Da un lato, infatti, tali norme sono state redatte tenendo conto dei peculiari retroterra scientifici e normativi nazionali, alla ricerca di "minimi denominatori comuni" e di "orientamenti prevalenti" atti a favorirne la ricezione all'interno dei singoli Stati; dall'altro lato, esse hanno dato vita, *ex post*, a una ulteriore, meticolosa attività di verifica volta ad appurare la loro reale compatibilità con i singoli ordinamenti giuridici nazionali (377). La migliore prova di come il progetto di *Corpus Juris* non solo sia nato, ma continui a evolversi in un contesto di fattiva cooperazione scientifica a carattere interstatuale viene oggi fornita dalla lettura dell'opera curata da Mireille Demas-Marty e John Vervaele in tema di attuazione del *Corpus*

(375) In argomento cfr., in generale e per tutti, VOGEL, *Wege zu europäischeinheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 338.

(376) In merito al quale cfr., diffusamente, *supra*, *sub* sez. I, par. 11.

(377) Così, ad esempio, lo stesso Parlamento europeo ha richiesto alla Commissione l'iniziativa di un'analisi comparatistica condotta in relazione agli ordinamenti giuridici dei Paesi dell'Unione per valutare la fattibilità sul piano sia tecnico che costituzionale della Procura europea progettata dal *Corpus Juris*. Cfr., al riguardo, Parlamento europeo, doc. n. 222.169.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stesso. Nei rapporti dei 15 Stati membri contenuti nel secondo e nel terzo volume sono infatti analizzati in modo estremamente dettagliato i rapporti intercorrenti tra ogni norma del *Corpus Juris* e i singoli sistemi nazionali, così da poter valutare il livello di fattibilità e di compatibilità delle prime rispetto ai secondi (378).

A conclusione di questa breve disamina delle attuali tendenze alla *"semplificazione" delle scienze giuridiche nazionali* e dei relativi sistemi penali, merita di essere rilevato che, a onor del vero, in ambito nazionale l'auspicio di addivenire ad una dogmatica meno ardua può essere formulato in vista di un ulteriore scopo, anch'esso peraltro connesso al tema dell'europeizzazione del diritto penale. Si allude allo scopo di veder realizzata una affermazione su scala europea della propria scienza giuridica nazionale: affermazione da un lato auspicata in ragione di una presunta "superiorità oggettiva" di tale scienza, ma dall'altro lato frenata, per l'appunto, dalla sua "scoraggiante" complessità. Donde, appunto, l'auspicio che attraverso operazioni di semplificazione capaci di ridurne il grado di difficoltà senza peraltro snaturarne i tratti caratterizzanti, la propria dogmatica nazionale possa svolgere più efficacemente un'opera di "colonizzazione culturale" condotta per il (presunto) "bene" dell'Unione stessa. Un'eco di quanto appena detto può cogliersi nel contrasto tra chi sostiene la necessità di promuovere anche sul piano europeo il grado di sviluppo conseguito dalla dogmatica tedesca, onde evitare il rischio che altre scienze giuridiche "arretrate", come quella inglese e francese, retrocedano il discorso penale europeo ad uno stadio "premoderno" (379), e chi sottolinea, per contro, che non di rado i giuristi di molti Paesi dell'Unione guardano con sospetto alle riforme ispirate al sistema tedesco proprio a causa della sua estrema complessità (380). Contrasto rivelatore, se mai ce ne fosse

(378) Cfr. *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, II e III, cit., *passim*. I suddetti rapporti sono inoltre riproposti, in forma semplificata e schematica, nell'*Annexe I* al primo volume (p. 109 ss.), ove è dato rinvenire centinaia di tabelle comparative, concepite con il precipuo scopo di rendere particolarmente chiari e accessibili i risultati della ricerca.

(379) SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, cit., p. 11.

(380) In questo senso, sia pure muovendo da una diversa impostazione, sfavorevole all'uniformizzazione dei sistemi penali nazionali, rileva come la dogmatica tedesca non possa comunque svolgere "il ruolo di precettore per l'Europa" WEIGEND, *Strafrecht*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bisogno, di come un processo di europeizzazione del diritto penale condotto nel segno del pluralismo scientifico e del sincretismo concettuale sia ostacolato da forze frenanti riconducibili a persistenti e per certi aspetti non ingiustificati orgogli nazionalistici.

19. *Considerazioni conclusive.*

Tradizionalmente concepito quale insieme di norme atte a consentire una severa punizione dei comportamenti più riprovevoli, il diritto penale riflette il patrimonio di valori lentamente acquisito all'interno di una società omogenea. Appare dunque logico che esso risulti tendenzialmente refrattario ad ogni rapido mutamento, e poco propenso ad assolvere un ruolo "promozionale" in ambito sociale. Rischiano così di essere esasperate sia le forze inerziali connaturate al diritto in quanto tale (che lo rendono, di regola, poco incline ad assecondare in modo rapido le evoluzioni della realtà), sia le resistenze che il diritto penale, in ragione della sua matrice statualistica, oppone a condizionamenti di origine esterna alla compagine nazionale (381).

Tutto ciò può certo spiegare come — malgrado un processo di costruzione europea ormai consolidato a livello economico e in fase di perfezionamento sul piano politico — non si sia ancora pervenuti a un unitario sistema giuridico, e men che meno a un unico sistema penale di vigenza continentale: ma solo a un "diritto comunitario e dell'Unione" chiamato ad affiancarsi e integrarsi al diritto dei Paesi membri. La connaturata "lentezza" ad evolvere propria del diritto penale e del corrispondente settore della scienza giuridica non significa, tuttavia, assoluto immobilismo e aprioristico rifiuto a recepire i condizionamenti e gli influssi di matrice europea. In questo senso, non si è mancato di sottolineare come — anche, per vero, sull'onda delle indicazioni dei relativi organi sovrastatuali di produzione e interpretazione del diritto — siano progressivamente emerse in piena luce, e siano state via via metabolizzate nel diritto vivente dei sistemi nazionali, differenti, molteplici forme di manifestazione

---

durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, in *ZStW*, 1993, p. 792.

(381) Cfr., al riguardo, *supra*, *sub* sez. I, par. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del processo di europeizzazione. Si è poi evidenziato come tale processo abbia finito con l'incidere sulla stessa scienza penale, favorendo il superamento delle concezioni a carattere nazionalistico sotto diversi profili. In questa prospettiva, da un lato sono state rivitalizzate e riplasmate teorie, concezioni e metodologie (a carattere, volta a volta, giusnaturalista, razionalista, storicista, comparatista) tradizionalmente inscritte nel patrimonio culturale del vecchio continente; dall'altro lato sono state create *ex novo* o comunque rielaborate modellistiche e tecniche ("a rete", sincretiste, di semplificazione) ritenute rispondenti alle nuove esigenze indotte dalla complessità delle fonti e dalla eterogeneità delle esperienze giuridiche coinvolte nel progetto europeo.

Allo stato attuale, non è dato sapere con esattezza quali saranno gli esiti del processo di integrazione normativa e di ripensamento dogmatico su scala europea, tenuto anche conto del fatto che la futura crescita in estensione e competenze dell'Unione risulta condizionata da una serie di fattori in larga misura imprevedibili. Del resto, proprio lo studio della storia d'Europa sembra confortare la teoria vichiana dei corsi e ricorsi, rivelando un *iter* continuamente oscillante nei secoli tra chiusure in senso autarchico-nazionalista e aperture in prospettiva regionalistica se non addirittura universalistica.

Quale che sia il divenire del nostro continente, è comunque un dato di fatto che il livello di integrazione sociale e istituzionale cui si è ormai pervenuti è tale da richiedere un grado di armonizzazione-omogeneizzazione del diritto e della scienza penale superiore a quello oggi riscontrabile.

Nella prospettiva quindi, nell'immediato, di un'opera di ulteriore ravvicinamento interstatuale a carattere normativo e dogmatico, sembra potersi affermare che i patrimoni di scienza profusi nel corso dei secoli in vista dell'elaborazione di sistemi giuridici nazionali caratterizzati da una autonoma coerenza strutturale dovranno costituire il punto di partenza — certo imprescindibile — sulla base del quale procedere, attraverso difficili e sofferti processi di adattamento reciproco, allo sviluppo di una comune cultura giuridica europea.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA: SU ALCUNE FIBRILLAZIONI TRA DIRITTO COMUNITARIO E TRADIZIONE CONTINENTALE

1. Polisemie ricorrenti. — 2. Il tramonto dello "Stato che lavora". — 3. L'interpretazione della Commissione; ovvero: la trasfigurazione della tradizione continentale.

1. *Polisemie ricorrenti.*

L'osservatore che, per colpevole distrazione o per intenzionale provincialismo, decidesse di saggiare forza e consistenza della nozione di servizio pubblico soltanto attraverso i più recenti resoconti del riparto di giurisdizione nell'ordinamento italiano, dovrebbe probabilmente concludere per una vigorosa quanto forse imprevedibile attualità dell'istituto. Consiglio di Stato e Corte di Cassazione duellano come non mai sulle nuove clausole generali del d.leg.80 del 1998 ed ora della legge 205 del 21 luglio 2000, che hanno ampliato radicalmente le ipotesi di giurisdizione esclusiva, trasformando lo stesso criterio generale di riparto. Chi ha avuto tra le mani il testo dell'ordinanza 30 marzo 2000 n. 1, dell'Adunanza plenaria (1), che ha visto Palazzo Spada partire lancia in resta per sostenere una concezione largamente estensiva di servizio pubblico ai fini del riparto, avrebbe potuto tranquillamente rispolverare le conclusioni

(1) Cons. St., ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, spec. c. 394, dove la nozione di servizio pubblico utilizzata dal legislatore viene interpretata sulla base del concetto "quanto mai elastico e polisenso, … già utilizzato per ripartire la giurisdizione tra i giudici dell'autorità giudiziaria e quelli del contenzioso amministrativo nell'ordinamento francese": concetto richiamato "nel suo significato giuridico potenzialmente più vasto". Già F. Fracchia, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, ivi, c. 380, segnalava che il tentativo del Consiglio di estendere i confini della giurisdizione esclusiva "non era del tutto esente da qualche forzatura".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei celebri Commissari di governo che in Francia, all'inizio dello scorso secolo, avevano orientato il sistema di giustizia amministrativa in quella direzione. Al contrario, chi avesse scorso le colonne delle recenti decisioni delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (2) in punto di giurisdizione ben avrebbe potuto, con pari fondamento, andare a ricercare, sempre *à rebours*, nelle note a sentenza di Maurice Hauriou o nella celebre *Prefazione* all'undicesima edizione del suo *Précis*, argomenti a favore di una nozione restrittiva del servizio pubblico, ancorata ai profili di *puissance* e dunque di specialità dei mezzi e degli statuti adoperati in concreto dall'amministrazione (3).

Da questo parziale angolo di osservazione ed un po' sbrigativamente, il nostro distratto osservatore, calatosi nelle parti di questa antica tenzone, avrebbe potuto sostenere che a distanza di poco meno di un secolo, a dispetto delle crisi ricorrenti della nozione, il servizio pubblico era finalmente divenuto anche in Italia, più per mano del legislatore, a dire il vero, che di giurisprudenza e dottrina, *notion maîtresse* del regime amministrativo.

Valicato il confine nazionale e raggiunto l'universo comunitario, il quadro muta radicalmente.

Non solo il tema del riparto, inestricabilmente connesso all'origine francese della nozione ed ora prepotentemente emerso anche nell'ordinamento italiano, perde di colpo di qualsiasi centralità. Della locuzione stessa 'servizio pubblico' si fa addirittura fatica a trovare traccia nell'ordinamento comunitario. Certo, il termine ricorre qua e là nel diritto dei trattati, anche se in norme di modesto rilievo strategico (art. 73) e non nel decisivo art. 86. Compare nel diritto derivato. Ma è anche vero che è prudentemente espunto dalle intitolazioni delle comunicazioni della Commissione ove è confinato in 'glossari' posti a margine come semplice ausilio alla lettura; tenuto fuori persino dalla formulazione di quell'art. 16, introdotto ex novo

(2) Cass. S.U., 30 marzo 2000, n. 71, in *Foro it.*, 2000, I, 2211; Cass. S.U., 12 novembre 2001, n. 14032, in *Foro it.*, 2002, I, 1842, con pregevole nota di E. FERRARI, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*.

(3) Per un'analisi della vicenda francese, cui accenniamo rapidamente nel testo, si può vedere L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 418-27; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, Puf, 1995, pp. 341 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dal trattato di Amsterdam, che avrebbe dovuto riequilibrare la direzione di una politica economica ormai stabilmente ispirata, dal trattato di Maastricht in poi, al "principio di una economia di mercato aperta e in libera concorrenza". Incapace di emergere, infine, nell'articolato della Carta dei diritti se non nella metamorfosi — peraltro significativa, come vedremo —, dell'accesso ai servizi di interesse economico generale (art. 36).

Il progetto francese di un 'servizio pubblico europeo' per la cui realizzazione si erano mobilitati oltralpe, all'unisono, per tutta la prima metà degli anni Novanta, Governo, Senato, *Conseil d'Etat*, *Commissariat général du plan*, nonostante un formidabile lavoro di *lobbing*, la creazione di innumerevoli centri di ricerca, la predisposizione a raffica di documenti e libri bianchi, non sembra divenuto, com'era nei propositi, "question d'avenir" (4). Senza con questo escludere che il progetto possa riemergere nel corso del processo costituente europeo (5), avviatosi in concomitanza con una fase di prolungata stagnazione economica, e nel corso del quale potrebbero essere rimessi in discussione equilibri che sembravano essersi definitivamente consolidati, anche in questo campo, intorno al primato del modello competitivo.

Quando nel 1996, la Commissione pubblica la comunicazione sui servizi (6), che pure prelude all'introduzione nel trattato del ricordato articolo 16, la traduzione ufficiale non fa comunque neppure riferimento alla nozione di servizio pubblico. Quello di cui "si parla" riguarda "servizi di interesse generale", "services d'intérêt

(4) Un manifesto emblematico in *Pour un Etat stratège, garant de l'intérêt général. Rapport de la commission 'Etat, administration et services publics de l'an 2000'* , Paris, La Documentation française, 1993, mentre per un'accurata ricostruzione del progetto e delle molteplici iniziative francesi, si può vedere una lettura 'dall'esterno': F. LÖWENBERG, *Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa. Ein Beitrag zu Art. 16 des EG-Vertrages*, Berlin, Berlin Verlag-Nomos, 2001, pp. 207 e ss. Un buon quadro comparativo in F. MODERNE, *Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public*, in *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union Européenne*, a cura di Franck Moderne e Gérard Marcou, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 9 e ss.

(5) G. AMATO, *Torna la tentazione per gli aiuti di Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 marzo 2003, apparso quando queste pagine erano già in bozze.

(6) Commissione delle comunità europee, *I servizi di interesse generale in Europa*, Com (96) 443 dell'11 settembre 1996, in G.U.C.E. 26 settembre 1996, C 281, 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

général"; "services of general interest"; "Leistungen der Daseinsvorsorge".

Anche in questo caso le polisemie sembrano avere il sopravvento, travolgendo qualsiasi certezza terminologica e concettuale. Se il giurista francese, che ha per lo più fatto propria la battaglia nazionale per l'europeizzazione del *service public*, tende a dare credito limitato alle innovazioni comunitarie e a delimitarne la forza d'impatto, il giurista italiano fatica invece a trovare una giusta collocazione per quei 'servizi di interesse generale' che appaiono nozione tanto più diafana e leggera di quel servizio pubblico carico di specialità con il quale ha avuto sino a questo momento a che fare. Le stesse reazioni sono contrastanti: ora si saluta con forte simpateticità il carattere prettamente economico della definizione, leggendovi una salutare restituzione al mercato. Ora si teme che separarsi da ogni caratura giuridico-pubblicistica significhi separarsi pure dai contenuti solidaristici che il *service* sin dalle origini portava al suo interno e si cerca quindi di recuperare, sul nuovo orizzonte regolativo, quei contenuti che appaiono non più predicabili sul piano della gestione amministrativa, messa in discussione dall'avanzata del processo di liberalizzazione.

Dal canto suo, il giurista tedesco, che stenta a ritrovare nella parte generale del diritto amministrativo nozioni parallele a quella francese di *service public*, non si sente del tutto appagato dal lessico coniato da Ernst Forsthoff negli anni Trenta ed usato dalla Commissione, ricchissimo di capacità euristica nella messa in luce delle trasformazioni dell'amministrazione — ed in questa direzione costantemente utilizzato dal dibattito scientifico —, ma ritenuto nel secondo dopoguerra, sul piano sistematico, privo delle *Konturen* giuridiche indispensabili. Scartata la terminologia di *öffentlicher Dienst*, pure utilizzata negli atti della Commissione, perché costretta a subire in modo contraddittorio l'equivoca attrazione del diverso universo concettuale ed istituzionale del 'pubblico impiego', la letteratura di commento, che si muove alla ricerca di un parallelo tedesco di *service public*, è costretta a più articolate perifrasi come quella di *öffentliche Dienstleistungen* o di *öffentliche Versorgung* (7).

(7) F. LÖWENBERG, *Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, cit., pp. 33 e ss.; H. SCHWEITZER, *Daseinsvorsorge, 'service public', Universaldienst. Art. 86 Abs.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sembra ripetersi, in circostanze assai diverse, una vecchia incomunicabilità. In tempi ormai remoti, ma con effetti che si sono propagati sino agli odierni glossari della Commissione, Otto Mayer aveva tradotto *service public* con *öffentliche Anstalt* — "formano una *öffentliche Anstalt* (*service public*) i mezzi statali, patrimoniali e personali che sono determinati e riuniti per l'assolvimento di un determinato compito pubblico" (8). Si erano così fusi moduli organizzativi e modi di fruizione entrambi rigorosamente pubblicistici, sulla falsariga di quella duplicità di elementi che stava accompagnando in Francia, sul finire dell'Ottocento, la nascita della nozione, all'interno di un'armatura, sconosciuta però oltralpe, e contraddistinta da quel 'rapporto di sudditanza speciale' che avrebbe reso a lungo estremamente difficile dalla parte generale del diritto amministrativo la visibilità dell'amministrazione di prestazione, orientando secondo modi e tempi affatto peculiari il dibattito tedesco sul nuovo volto degli apparati.

Il lessico europeo, che si irradia da quel principio di concorrenza inserito sin dal trattato di Roma nell'universo delle prestazioni di interesse generale, taglia invece radicalmente i ponti con il linguaggio ottocentesco, irrompe nelle diverse tradizioni nazionali, accentua le polisemie, fa scoppiare rilevanti problemi definitori, seziona istituti e nozioni non solo destinati, come nell'ordinamento italiano, alla nota ambulatorietà di contenuti tra ordinamento amministrativo e penale, ma costretti ormai a soppesare i limiti nazionali delle diverse accezioni e le specifiche coordinate applicative imposte dal diritto comunitario.

Il giurista continentale avverte subito, a fior di pelle, che l'ordine giuridico europeo si costruisce in questo campo in forte discontinuità con le diverse tradizioni nazionali ed in particolare con quella tradizione continentale approdata — è il caso francese ed italiano — ad una valorizzazione costituzionale dei servizi pubblici. Molto più difficile è invece andare al di là di questa prima, epidermica,

---

2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 74 e ss.

(8) O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Straßburg, Trübner, 1886, p. 225. Per una contestualizzazione del dibattito tedesco, B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 250 e ss., con la letteratura ivi richiamata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impressione e misurare con precisione entità e direzioni delle discontinuità.

Le diverse tradizioni nazionali hanno cronologie, scansioni, contenuti, caratteristiche fortemente individualizzate, come dimostrano le vicende lessicali sopra rapidamente richiamate. Il diritto comunitario, dal canto suo, non pretende di scardinarle per intero o di ricondurle ad unità. L'impatto del modello competitivo sul mondo dei servizi è deflagrante, ma lascia fuori, in modo programmatico, dal suo raggio d'intervento, da un lato, il campo monopolistico delle potestà pubbliche, dall'altro quello dei servizi sociali, nei quali la prestazione standardizzata, di tipo industriale, si specifica in trattamenti destinati alla persona (scuola, sanità) (9).

Il settore d'interesse comunitario è strettamente funzionale alla formazione del "grande mercato interno"; ha di mira il "buon funzionamento del mercato europeo"; presuppone soglie dimensionali tali da influire "sugli scambi tra Stati membri" (10). Il modello competitivo attenua quindi di molto la propria forza quando si rivolge all'ambito dei servizi locali, che pure hanno costituito storicamente — e costituiscono ancora oggi — gran parte del modello sociale europeo, ma dove più difficile appare la configurazione di un mercato rilevante (11).

L'inserimento del modello competitivo nel campo dei servizi di interesse generale è dunque fenomeno più complesso del semplice ridimensionamento dello Stato sociale. L'impatto non riguarda tanto le istituzioni del *welfare*, lasciate in via di principio all'autonomia dei singoli Stati, in realtà compresse dalle politiche comunitarie di stabilità monetaria e di controllo della spesa pubblica. L'impatto

---

(9) Puntuali distinzioni concettuali in D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2002², pp. 109-115.

(10) Com (96) 443, cit., nn. 20, 21; Commissione delle comunità europee, *I servizi di interesse generale in Europa*, Com (2000) 580 del 9 settembre 2000, in G.U.C.E. 19 gennaio 2001, C 17, 4, n. 31.

(11) F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, ora in *Rassegna parlamentare*, XLIV(2002), pp. 91-99. Il quadro normativo interno è nel frattempo mutato a seguito della Legge finanziaria 2002 che, modificando l'art. 113 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, ha introdotto, per i "servizi pubblici locali di rilevanza industriale" una distinzione tra proprietà degli impianti e delle reti, che deve rimanere agli enti locali, e disciplina di erogazione dei servizi, che deve avvenire invece in regime di concorrenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esiste ed è forte, invece, rispetto alle costituzioni economiche del secondo dopoguerra, specialmente verso quelle declinazioni, ancora il caso francese ed assai più esplicitamente quello italiano, nelle quali più stringente appariva il tentativo del costituente di riappropriarsi dell'economico, attraverso le formule organizzative e le attività conformative e programmatorie tipiche dei modelli di economia mista.

2. *Il tramonto dello "Stato che lavora".*

Quale che sia il raggio d'intervento del diritto comunitario, il campo teorico comunemente recepito nella tradizione continentale sotto il termine-concetto 'servizi pubblici' e, più tardi, sotto quello — non del tutto identico — di *Leistungsverwaltung*, risulta completamente trasfigurato. E proprio per questo il giurista avverte oggi, pungente, una sensazione di estraniamento.

Quel campo teorico tradizionale ha, sin dalle sue origini, un protagonista indiscusso, un soggetto che muove i fili dell'intera costruzione. La matrice soggettivistica che avvolge strettamente, almeno per tutta la prima metà del Novecento, la nozione e che ne rappresenta, anche nel prosieguo, la condizione stessa di pensabilità, è il fulcro, indefettibile, intorno al quale si costruisce, nella sua possibilità, il campo teorico di un servizio che è pubblico perché organizzato, prestato, garantito dallo Stato.

"Lo Stato… lavora"; "lo Stato prende il servizio"; "lo Stato dà soddisfazione alla massa dei bisogni elementari"; "lo Stato… entra in azione"; le prestazioni sono "prestazioni degli enti amministrativi"; l'amministrazione è "*Leistungsträger*", ad un tempo 'titolare' e 'fornitrice' di prestazioni: da Spaventa ad Orlando, da Durkheim a Duguit, da Hauriou a Santi Romano, da Kelsen a Forsthoff (12),

(12) Facciamo riferimento ad alcuni testi celeberrimi — S. SPAVENTA, *Le ferrovie e lo Stato* (1876), in ID., *Lo Stato e le ferrovie. Scritti e discorsi sulle ferrovie come pubblico servizio (marzo-giugno 1876)*, a cura di S. MAROTTA, Napoli, Vivarium, 1997, pp. 300 e ss.; V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbèra, 1892², pp. 266 e ss.; E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* [1893], trad. ital. a cura di A. Pizzorno, Milano, Comunità, 1971; L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913; M. HAURIOU, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1899; S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono mutare confini ed indici della pubblicità di prestazioni e servizi, ma è sempre il medesimo burattinaio ad occupare la scena.

L'"attività sociale" non è la generica produzione di utilità collettive; è l'"attività sociale dello Stato"; la faccia speculare e sinora incognita della sovranità; il nuovo volto della medusa, ma anche un formidabile strumento di materializzazione della statualità ed ancor prima la fonte di un più solido sentimento di appartenenza alla comunità, di costituzione della cittadinanza.

Frastornati dal periodico oscillare del pendolo nell'individuazione dei compiti pubblici, non sempre si presta la dovuta attenzione al fatto che il fenomeno che i giuristi si trovano di fronte a partire dalla fine dell'Ottocento è ben altro: lo Stato non riassume funzioni antiche, proprie dell'eudemonismo settecentesco, che si affidava soltanto a strumenti 'indiretti' di attività e a funzioni di tipo esclusivamente regolativo; inventa attività e compiti nuovi. Assume una inedita, nuovissima, "gestione amministrativa". Si fa "amministrazione diretta". Per la prima volta, nella vicenda dello Stato moderno, i soggetti pubblici diventano fornitori materiali di prestazioni ed utilità collettive, "provved(ono) a servizi di necessità generale" (13). Quel mondo prestazionale che compariva soltanto in forme elementari nella realtà istituzionale di antico regime, lontano dall'amministrazione del principe e ben calato nel tessuto delle autonomie corporative e comunitative, non si trasfigura soltanto nelle linee modernistiche dell'industrialismo municipale, ma assume progressivamente carattere e dimensioni nazionali; trasforma apparati; ne inventa di nuovi; agisce come moltiplicatore degli organici dei pubblici dipendenti. Quel mondo — basterebbe pensare alla declinazione crispina delle istituzioni, ora inesorabilmente 'pubbliche', di assistenza e beneficenza — non appartiene più al novero dei corpi morali, alla dimensione corporativa della società sopravvissuta alla falcidia individualistica di fine Settecento, diventa 'pubblico' proprio perché attratto definitivamente nell'ordinamento statuale.

Società editrice libraria, 1906², pp. 331 e ss.; H. KELSEN, *Giurisdizione e amministrazione* (1929), in ID., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. GERACI, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 121 e ss.; E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart und Berlin, Kohlhammer, 1938 — che abbiamo analizzato in MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 400 e ss.

(13) F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in "Archivio giuridico", LV(1895), p. 311.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quello che si compiva a cavallo tra Ottocento e Novecento, ben più del semplice incrinarsi del *laissez-faire* e del ritorno alla panoplia dei compiti dell'antica *polizia*, era dunque il passaggio, su di un crinale di frattura già aperto dallo Stato di diritto, dalle *regole dei corpi* alla *gestione amministrativa diretta*.

Certo, gli apparati non conquistavano d'incanto competenze imprenditoriali e industriali. L'impresa privata non è affatto demonizzata; se è attratta nell'ordinamento pubblicistico, se è chiamata a sostituire il soggetto pubblico, i suoi profitti sono tutelati. Lo stesso vale per le istituzioni di assistenza e beneficenza, non assorbite brutalmente nella struttura organizzativa dei poteri pubblici, ma rivestite dall'esterno di un pesante mantello pubblicistico.

Così nel campo più prettamente economico, assunzione diretta ed esercizio in concessione sono moduli diversi, ma entrambi possibili, di esercizio di un servizio pubblico inteso in senso soggettivo. In entrambi i casi, almeno in un primo momento, i giuristi ne accentuano la matrice pubblicistica, anche per l'impermeabilità del codice civile ad ospitare contenuti solidaristici od anche meramente sociali, tanto meno quei principi di *égalité, continuité, mutabilité* che dottrina e giurisprudenza avevano iniziato ad isolare oltralpe come regole fondamentali della gestione. Il servizio è "operazione amministrativa"; è integrato in una "istituzione amministrativa"; ed almeno in Francia, il relativo contenzioso, così come consentiva l'architettura del sistema di tutela, venne saldamente incardinato presso il giudice amministrativo. Senza con questo negare, per la dovuta elasticità del modello, la legittimità e la frequenza di un 'esercizio privato di servizi pubblici'.

Si tratta, però, appunto di mere modalità gestionali che non inficiano "l'imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva", né mettono in dubbio "la titolarità del servizio" (14): la pubblicità della nozione è tanto forte che questa si candida — è il caso emblematico della riflessione di Duguit — a divenire la nuova raffigurazione unitaria della statualità stessa. Una candidatura, però, resa quasi immediatamente problematica dalla circostanza che espansione dell'attività degli apparati pubblici ed espansione del

(14) Lo mette bene in luce, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2001², p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regime amministrativo non vanno affatto, come supposto, in direzione parallela.

Il diffondersi di concezioni oggettivistiche del servizio pubblico, già tra le due guerre ed ancor di più nel secondo dopoguerra, risponde ad una proiezione senza precedenti sulle relazioni sociali ed economiche di nuove pretese di funzionalizzazione. Lo Stato non ha cessato di lavorare; lavora anzi sempre più intensamente; ma lo fa in modi ormai incomprimibili all'interno del solo regime amministrativo. La compenetrazione sempre più stretta con gli interessi, con l'economico, lo Stato che si fa impresa, rendono impossibile ogni raffigurazione unitaria. Il criterio del diritto amministrativo da questo momento diventa introvabile. Esattamente quella medesima realtà, duplice, ambivalente, complessa, fotografata negli stessi anni, nella dottrina di lingua tedesca, dalle coppie concettuali amministrazione diretta/indiretta; *Eingriffs-/Leistungsverwaltung*.

La crisi della nozione di servizio pubblico, anticipata dall'elaborazione delle nozioni intermedie di "servizio industriale e commerciale", che avviene ancora una volta sul piano del riparto, specchio sempre fedele della continua evoluzione degli equilibri tra i poli della dicotomia pubblico-privato, è unicamente dovuta al progressivo dissolversi del regime amministrativo. Per questo la crisi è eminentemente francese, riguarda cioè l'ordinamento nel quale, con tanto maggior rigore, l'istituto aveva sedimentato i propri tratti pubblicistici.

È bene sgombrare ogni analogia con la deflagrazione oggi operata dal diritto comunitario. La crisi della nozione di servizio pubblico nell'immediato secondo dopoguerra è figlia di una stagione di economia regolata, discende dal sovraccarico di governo non dal suo superamento secondo il modello competitivo. Segue l'esplosione del pubblico verso il mercato, l'economia, il quotidiano; è dovuta al dissolversi del regime amministrativo e al dissociarsi sempre più frequente tra servizio pubblico ed istituzione amministrativa. Risponde all'ulteriore espandersi di quella "force gouvernante" tanto cara alla scuola del servizio pubblico degli epigoni di Duguit. Assai meno invece a quella "inegalité des interêts" che ne doveva perpetuare il regime amministrativo. La crisi del servizio pubblico ha, pur nelle peculiarità dell'ordinamento francese, timbri analoghi alla crisi che investe le nozioni di 'ente pubblico' od 'öffentliche Anstalt' negli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ordinamenti italiano e tedesco; ne mima e ne ripercorre il medesimo dissolversi in pure tassonomie.

A rovinare è soltanto il servizio pubblico come "critère du droit administratif"; ad essere archiviati sono soltanto il "servizio pubblico dello Stato liberale" così ben distinto dall'impresa privata e la coincidenza tra 'regime speciale' e servizio. Scrive con grande lucidità Jean Rivero nel 1953: "a partire dal momento in cui questa coincidenza si è rivelata sempre meno esatta, in un ordine politico-economico rinnovato, che utilizza più e più largamente le procedure del diritto privato, si è dovuto rinunciare a vedere nella nozione tradizionale, il segno dell'applicazione del regime amministrativo" (15).

Nell'ordinamento italiano, nel quale la diversa impalcatura del sistema di giustizia amministrativa non aveva consentito l'identità francese tra servizio pubblico e regime amministrativo, è invece esattamente questo il momento nel quale più intensa si fa la contrapposizione tra nozione oggettiva e soggettiva: e non solo nel dibattito scientifico ma anche nell'itinerario di qualche singolo autore, Giannini in testa (16). Quella nozione oggettiva, che la separazione tra responsabilità politica e responsabilità di gestione tipica della concessione di pubblico servizio per certi profili già reclamava, sembra trovare la propria autorevolissima conferma in una delle norme più caratterizzanti le scelte del Costituente in materia economica: l'articolo 43. Non è un caso che uno dei primi lucidissimi interpreti, Umberto Pototschnig, dia una sterzata senza precedenti nella riflessione italiana sui servizi, muovendo proprio da questo incardinamento costituzionale. E la concezione, amplissima, che ne emerge — l'attività economica privata o pubblica convogliata dalla legge a fini sociali (17) — non è soltanto il frutto dell'esegesi della norma che per la prima volta isola i "servizi pubblici essenziali"

---

(15) J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue du droit public*, LXIX (1953), p. 283.

(16) G. Corso, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, L(2000), pp. 1073 e ss.; M. D'Alberti, *Lo Stato e l'economia in Giannini*, *ibid.*, pp. 1092-99.

(17) U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, pp. 177 e ss.; p. 458, da rileggere ora con D. Sorace, *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig. I servizi pubblici*, in *Amministrare*, XXXI(2001), pp. 385 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella loro oggettività, ma è anche il simbolo tangibile di una stagione nella quale il diritto non si limita ad integrare la mano invisibile del mercato, ma "determina la forma dell'economia, ne costituisce il fattore caratteristico e la condizione costitutiva essenziale" (18). Il servizio pubblico sfuma nell'attività di impresa di diritto comune, che richiede però programmazione ed indirizzo a fini sociali, nel momento in cui lo Stato appare sovraordinato come non mai all'economia, lo Stato interviene, la direzione pubblica dell'economia conquista il proscenio; nel momento in cui è tutto un gran parlare di *Wirtschaftsverfassung* e di *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, di *droit public économique* e di *diritto pubblico dell'economia*. Quella crescita delle funzioni economiche dello Stato che solo con apparente contraddizione ora spinge lo stesso diritto amministrativo verso la formazione di un "diritto 'comune' a privati e pubblici operatori", ora invece trasforma il codice civile da statuto dei diritti privati a mero contenitore di discipline di talune attività della vita sociale. Lo Stato che si carica dei più svariati aggettivi qualificativi, sociale, interventista, di benessere, lo Stato dei piani e della programmazione, dell'impiego e del controllo del credito, delle nazionalizzazioni, delle imprese pubbliche, degli assetti del territorio, è lo stesso Stato che rinuncia alla specialità dei propri statuti organizzativi e di attività e che sposa forme e moduli eminentemente privatistici.

Sulla base di spinte diverse, ma pur sempre all'interno di un contesto istituzionale e macroeconomico per molti versi omologo, sia in Francia sia in Italia, quella che si sta allontanando è soltanto la possibilità di una disciplina unitaria dell'istituto. La secca alternativa ottocentesca tra assunzione diretta ed affidamento in concessione è un lontano ricordo: regimi privatistici e regimi pubblicistici coesistono sempre di più all'interno dell'involucro del servizio. Se davvero serpeggia una crisi del servizio pubblico questa è unicamente figlia del successo dell'economia mista e di un inarrestabile interventismo.

---

(18) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, ora in ID., *Opere giuridiche 1954-1994*, Napoli, Editoriale scientifica, 2001, vol. I, p. 9, con le nostre osservazioni, *Da una costituzione economica all'altra*, vol. I, pp. XXV e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo contesto, in cui la pubblicizzazione dell'economia si coniuga con la più ampia privatizzazione dei modi di agire degli apparati, in cui la fragilità del regime amministrativo si accompagna ad una forte espansione del settore pubblico, fa la sua comparsa nel Trattato di Roma la norma dell'articolo 90 (ora, art. 86). Con il senno di poi, probabilmente, "un grosso rovescio" per i sostenitori dell'economia pubblica o, come pure si è scritto, l'innesco, all'insaputa dei più, di una vera e propria bomba ad orologeria (19), celata in quel concetto di "servizi di interesse economico generale", volutamente assunto in un significato ampio e privo di specifici riscontri nei diritti nazionali degli Stati fondatori (20). Le tappe di liberalizzazione sono però ancora molto lontane. Neutralità del trattato in punto di proprietà pubblica o privata delle imprese e specifica missione sono lì a salvare attività, consistenza ma anche residua specialità della mano pubblica.

E come dimenticare che esattamente negli stessi anni *Tribunal des conflits* e *Conseil d'Etat* si affidano proprio al concetto, ampio e indeterminato, eminentemente teleologico, di *mission* o di *affectation* per la "refondation partielle" dell'intramontabile *notion maîtresse* del regime amministrativo (21)? Appunto, quella rifondazione che permettesse di perpetuare i caratteri pubblicistici del *service*.

Tanto più larga la "missione", tanto più ristretta sarebbe stata l'applicazione delle regole di concorrenza che, sia pur con una certa fatica e con ben scarsa radicazione nei singoli ordinamenti nazionali, iniziavano a trovare attenzione e consenso se indirizzate nei confronti del potere privato, delle concentrazioni, dei cartelli, ma di cui non si avvertiva ancora il possibile conflitto con un interventismo pubblico anche esteso e bene esercitabile, giusta costituzione, nella

---

(19) Rispettivamente, LÖWENBERG, *Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, cit., p. 127; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 14.

(20) J. WIELAND, *Die Konstituierung des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch Europarecht und deutsches Recht*, in F. SCHOCH (hrsg.), *Das Verwaltungsrecht als Element der europäischen Integration*, Stuttgart-München, Boorberg, 1995, pp. 129-31.

(21) Conseil d'Etat, 4 giugno 1954, *Affortit et Vingtain*; Tribunal des conflits, 28 marzo 1955, *Effimieff*; Conseil d'Etat, 20 aprile 1956, *Bertin*, nella contestualizzazione di BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., pp. 441 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessa forma del monopolio legale (22). Ed anche per questo l'art.90 passò quasi inosservato negli scritti degli amministrativisti italiani e francesi.

La deflagrazione del diritto comunitario nei confronti della tradizione continentale avverrà dunque molto più tardi, a partire dall'Atto Unico Europeo, che nel 1986 inizierà a mettere in agenda anche per i servizi la realizzazione di "uno spazio senza frontiere interne" (23), cui seguirà il varo delle prime direttive di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni e poi, sia pur con minor impeto, nel campo dei servizi postali, trasporti, energia, radio e televisione. Solo da questo momento in poi, in un clima che stava profondamente e rapidamente mutando per politiche generali, rivoluzioni tecnologiche, incipienti de-territorializzazioni, e, fatto non meno importante, consentiva per la prima volta al Consiglio di procedere a maggioranza qualificata, la matrice soggettiva dello "Stato che lavora", dello "Stato che dà forma all'economia", mai smentita ed anzi costantemente incrementata nel corso del Novecento, s'incamminava mestamente sul viale del tramonto.

I servizi di interesse generale vengono sottratti all'ambito dei servizi pubblici, intesi come regime amministrativo speciale; quand'anche conservati al settore pubblico, a quella 'mano pubblica' che aveva afferrato e fatto propri i più svariati statuti di attività, vengono sottoposti in linea di principio alle medesime regole del mercato. Il modello competitivo assurge a norma fondamentale della nuova costituzione economica. I "diritti speciali od esclusivi" vengono rigorosamente delimitati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e sottoposti ad un rigido sindacato di proporzionalità. La 'missione' cede alla realizzazione del "grande mercato interno"; le esigenze di interesse generale non possono più incidere sugli scambi o compromettere "il buon funzionamento" del nuovo spazio economico senza

(22) Interpreta l'*opinio communis* dell'epoca, che estende a tutto il campo dei servizi pubblici l'"eccezione" dell'art. 90 c. 2 del Trattato di Roma alle regole di concorrenza, A. PAPPALARDO, *Art. 90*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, vol. II, art. 85-136, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 690-95.

(23) Con l'art. 13 dell'Atto Unico Europeo del 17 febbraio 1986 che fissava le tappe per l'adozione delle "misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

frontiere. Il bilanciamento, la dichiarazione di sostanziale non belligeranza tra le regole del mercato proprie dell'economia privata e la missione dell'economia pubblica, affidata al compromesso dell'art. 90, vengono accantonate. Con i limiti già visti, propri dello specifico raggio d'intervento comunitario, tramonta lo 'Stato che lavora', si ritira il vecchio burattinaio; i servizi sono restituiti al mercato; non nel senso che se ne impone d'autorità la privatizzazione, ma nel senso che se ne proclama ora la natura schiettamente economica e dunque la necessaria sottoposizione alle regole di concorrenza. Si aprono al mercato forniture e prestazioni, si dischiudono persino le reti infrastrutturali. Dei sofferti rovelli in punto di specialità non c'è più traccia. Ininfluenti le questioni di riparto; ininfluenti pure le antiche, difficilissime, distinzioni tra imprese organo, imprese enti pubblici, imprese ordinarie in partecipazione pubblica, che a posteriori avevano cercato di offrire una sistemazione teorica del disordinato interventismo pubblico (24). Il modello competitivo vi irrompe senza distinzioni, senza alcun riguardo all'una o all'altra forma, indifferente sia all'"abisso", per tanto tempo invalicabile, che aveva separato "lo Stato dalla società commerciale", sia alla tormentata, ma infine raggiunta, identità di "essenza" dell'impresa, fossero "privati o pubblici i soggetti che l'esercitano" (25). La distinzione tra impresa pubblica e impresa privata può anche sopravvivere, ai fini dell'ordinamento nazionale, ma è priva di rilievo sul piano comunitario. La neutralità non implica più l'originario rispetto per gli istituti dell'economia mista. L'antica 'mano pubblica', se ancora esistente, è sottoposta senza eccezioni alle regole del mercato. Monopoli legali e riserve originarie vengono accerchiati: il modello competitivo avanza, conquista l'ultimo ridotto. Il servizio non è più né istituzione né regime amministrativo. I servizi per il diritto comunitario rilevano come mere attività economiche. Quel *service public* che alla Scuola di Duguit era apparso addirittura in grado di sostituire la stessa nozione di sovranità viene privato del suo conte-

(24) M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Rivista delle società*, III (1958), pp. 227-276.

(25) Cfr. rispettivamente, G. Treves, *Le imprese pubbliche*, Torino, Giappichelli, 1950, pp. 12 e ss.; V. Ottaviano, *Impresa pubblica*, in *Enc. del dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 675.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuto giuridico pubblicistico. E lo stesso vale anche per la nozione più diafana, ancor più oggettivistica, che la progressiva evanescenza di un regime uniforme, sotto la pressione degli statuti privatistici, aveva costretto ad accogliere: il servizio, anche in questa accezione debole, era pur sempre rimasto "un régime juridique destiné à assurer le plus grand service des membres de la collectivité", mentre, reciprocamente, il diritto amministrativo continuava a confermarsi il diritto delle attività di servizio pubblico (26). Accolto nella sua essenza meramente economica, il mondo dei servizi viene ora invece definitivamente separato dai caratteri e dagli attributi della statualità. L'estrema attenzione con la quale a livello comunitario si evita persino di ripetere l'aggettivazione tradizionale è rivelatrice. *Public, öffentlich*, *pubblico* richiamano con troppa forza evocativa un cordone ombelicale che deve essere inesorabilmente tagliato; sono termini carichi di troppe reminiscenze organizzative e funzionali. I servizi di interesse generale sono semplicemente servizi economici che soddisfano i "bisogni fondamentali" di una determinata comunità, non troppo diversi da altre attività con le quali il mercato cura e fornisce, con "miglior meccanismo", "l'alimentazione, l'abbigliamento o l'alloggio". Soltanto "in talune circostanze", "qualora il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo", la rilevanza generale della prestazione torna a richiedere l'eventuale intervento delle autorità pubbliche (27).

3. *L'interpretazione della Commissione; ovvero: la trasfigurazione della tradizione continentale.*

La prima, organica, comunicazione della Commissione in materia di servizi generali prelude — come si è detto — all'introduzione nel trattato dell'art. 16. Il modello competitivo fa dunque direttamente i conti con la tradizione sociale europea, deve soppesare il suo impatto rispetto ai "valori comuni dell'Unione" e al ruolo dei servizi "nella promozione della coesione sociale e territoria-

(26) R. CHAPUS, *Le service public et la puissance publique*, in *Revue du droit public*, LXXXIV(1968), p. 259; p. 256.

(27) Com (2000) 580, cit., n. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le" (28). Si tenta di coniugare insieme "dinamismo del mercato, coesione, e solidarietà" (29): termini che quella tradizione ha ritenuto a lungo inconciliabili. Anche il minimo comun denominatore comunitario, posto a tutela del modello sociale europeo, sembra dunque definirsi in modo assai distante dalla tradizione continentale.

Quella tradizione costituisce comunque un lascito pesante che non può essere brutalmente pretermesso dalle politiche di liberalizzazione. Il riconoscimento del suo contributo all'identità europea che ci si appresta a segnare, sotto la spinta della Francia, nell'art. 16, lo testimonia. I servizi di interesse generale sono in effetti, come sostiene la Commissione, al "centro del modello europeo di società" (30). La declinante parabola dello Stato sociale non ha disperso quella che Forsthoff definiva la *Daseinsverantwortung*, la responsabilità del potere pubblico per la soddisfazione delle necessità elementari, per le prestazioni essenziali alla vita quotidiana della popolazione. Sviluppo tecnologico ed avvento della società dell'informazione fanno soltanto apparire come rudimentali ed archeologici quei servizi che catturavano nella prima metà del Novecento l'attenzione dei giuristi. L'*idem sentire* che i giuristi continentali avvertono come proprio, sin dalle pagine di Duguit, non è comunque oggetto di smentita: i servizi non sono riducibili al loro significato economico; hanno valore 'simbolico'; 'cementano' l'appartenenza del cittadino alla comunità; "costituiscono un elemento dell'identità culturale per tutti i paesi europei, finanche nei gesti della vita quotidiana" (31), contribuiscono in misura rilevante a quella identità europea che non è soltanto mercantile ed economica, ma anche il risultato di una variegata e complessa comunità di culture. Da questo punto di vista non ci sono differenze apprezzabili nel nucleo dei paesi a diritto amministrativo. Non è soltanto la scuola francese del servizio pubblico a sottolineare il nesso prestazioni-appartenenza. Quel medesimo nesso si carica di elementi organicistici, quasi vitalistici, nel concetto di *Teilhabe*, strategica-

(28) Così il testo dell'art. 16 TrCE; ne anticipa ampiamente il significato Com 96 (443), cit., nn. 1, 2, 6, 7.

(29) *Ibid.*, n. 32.

(30) *Ibid.*, n. 1.

(31) *Ibid.*, n. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente collocato da Forsthoff nel 1939 nella sua raffigurazione dell'amministrazione di prestazione (32) e di poi aggiornato e depurato, nel secondo dopoguerra, dall'intera letteratura tedesca che muoveva dalla clausola dello Stato sociale di diritto fissata nel primo comma dell'art. 20 della costituzione federale. Con una peculiarità, però, rispetto all'itinerario francese. *Leistungsverwaltung* e *Teilhabe* non solo non pretendono di possedere la forza sistematica che il *service* ha in Francia, ma stentano persino a divenire istituti di parte generale. E lo stesso potremmo dire per il concetto kelseniano di 'amministrazione diretta', testa di capitolo di una "nuova sistematica giuridica" che la Scuola di Vienna metterà però soltanto in cantiere. Quei concetti offrono un lessico e delle categorie interpretative indispensabili per la comprensione del volto ancipite dell'amministrazione contemporanea, ma non pretendono d'ingabbiare in costrutti rigorosamente pubblicistici, in istituti del regime amministrativo, forme e moduli dell'attività prestazionale; non hanno rilevanza ai fini del riparto.

Manca l'indissolubile vincolo francese tra servizio e istituzione amministrativa; l'amministrazione di prestazione non è programmaticamente confinata al diritto pubblico. Tutt'altro; il *Leistungstaat* è per definizione uno stato multiorganizzativo, aperto agli statuti più diversi, incline ad utilizzare gli strumenti del diritto privato, principale fonte di diffusione di contratti e accordi nell'universo amministrativo. Proprio per questo, specialmente a cavallo tra gli anni '60 e '70, la letteratura giuridica denuncia il deficit dogmatico che contraddistingue questo volto dell'amministrazione e si interroga sulla possibilità di estendere a quello che si inizia a definire *Verwaltungsprivatrecht* il nucleo delle garanzie pensato e realizzato per l'amministrazione imperativa (33).

È vero, la Germania, all'ombra del principio federale, sviluppa un sistema fortemente policentrico, che vede collocarsi, sin dal periodo guglielmino, il nucleo principale delle nuove entità presta-

(32) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 15 e ss.

(33) Si vedano in particolare, F. OSSENBÜHL, *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 24(1971), pp. 153 e ss.; O. BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in VVDStRL, 30, Berlin, de Gruyter, 1972, pp. 193 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionali a livello municipale e, con la sola eccezione di poste e ferrovie, un numero assai esiguo di enti nazionali (34). Il peso della mano pubblica è meno rilevante rispetto agli equilibri francesi ed italiani, mentre, sul fronte dell'economia privata, già dal 1958 una compiuta legislazione antitrust sanziona intese restrittive della concorrenza ed abuso di posizione dominante. Nondimeno, anche in terra tedesca, tra gli anni '50 e '70, sono le crescenti interdipendenze tra Stato ed economia a cadere sotto la lente di osservazione dei giuristi. Anche qui, non diversamente da Francia ed Italia, si avvia lo studio delle istituzioni dell'ingerenza, della direzione pubblica dell'economia (*Wirtschaftslenkung*), delle sovvenzioni. Anche qui lo Stato sociale appare necessariamente uno Stato amministrativo, uno Stato che lavora precipuamente attraverso la gestione diretta dei propri apparati. E proprio in questa prospettiva la fortuna del concetto di *Daseinsvorsorge* è rilevante, capillare; offre le coordinate per comprendere le trasformazioni dello Stato sociale; consente di mantenere un tenue vincolo teleologico alla crescita delle attività amministrative esercitate nelle forme del diritto privato (35).

Per questo, anche in Germania, 'privatizzazione dei compiti' e diffusione del modello competitivo comporteranno un arretramento significativo dello Stato che entra in azione e, parallelamente, un vigoroso cambio di toni, accenti, prospettive nella relativa letteratura giuridica. La traslazione concettuale è identica a quella che abbiamo visto in Francia e in Italia: ed anche qui il grande burattinaio si ritira sullo sfondo del campo teorico che lo aveva visto protagonista. Soltanto il passaggio è meno brusco; la transizione al modello competitivo è aiutata dalla neutralità — generalmente riconosciuta — della costituzione federale in punto di politica economica. Le variegate posizioni interpretative del passato possono acquietarsi nel riconoscimento che la 'relativa apertura' del modello di costituzione economica scelto nel secondo dopoguerra ha il pregio di consentire

(34) Lo mette bene in rilievo, E. Ferrari, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, a cura dello stesso Ferrari, Milano, Cortina, 2000, p. XVI.

(35) Emblematico, P. Badura, *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 19 (1966), pp. 624 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di rispondere in modo flessibile alle diverse contingenze economiche (36).

La stessa clausola costituzionale dello Stato sociale non richiede necessariamente uno Stato gestore nella forma di un pesante Stato amministrativo: richiede, invece, su di un piano più generale, di sviluppare storicamente, pezzo a pezzo, "una concordanza pratica" tra economia di mercato e Stato sociale di diritto (37).

Il carattere di mera cornice descrittiva dell'universo prestazionale propria della nozione di *Daseinsvorsorge* fa il resto: non ci sono da difendere dalla privatizzazione istituti marcatamente pubblicistici; non ci sono confini di riparto che possono uscirne alterati. La clausola dello Stato sociale rimane un traguardo inabdicabile dello Stato costituzionale democratico, ma non è strettamente vincolata alle forme dello Stato gestore e può tranquillamente conciliarsi con altre tecniche ed altri strumenti. Fermi gli obiettivi, i mezzi sono disponibili.

La Germania si trova quindi rapidamente in sintonia con il programma comunitario; non ha difficoltà a riscoprire sul versante regolativo quei vincoli teleologici che ha inseguito a lungo nel secondo dopoguerra, rilegittimando il concetto di *Teilhabe*, nato come parte integrante del soffocante afflato comunitario del totalitarismo, nella nuova temperie democratica: e proprio nel segno di quell'appartenenza partecipativa ora puntualmente evocata anche dalla comunicazione della Commissione. Dimostra di prendere assai sul serio direttive e comunicazioni comunitarie, al punto da recepire rapidamente nel proprio testo costituzionale non solo la distinzione tra titolarità delle reti e modelli privati di erogazione dei diversi servizi, ma persino le coordinate fondamentali del servizio universale così come elaborato a livello comunitario (38). In seguito alla recente novella costituzionale si può dunque leggere nel *Grundgesetz* che "il Bund garantisce nel settore delle poste e telecomunicazioni servizi

(36) R. STOBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht*, Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 1998[11], pp. 67-72.

(37) P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 544, ma si veda tutto il capitolo dedicato alla costituzione economica europea, pp. 535 ss.

(38) J.-C. PIELOW, *Il 'service public' e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, in *I servizi a rete in Europa*, cit., pp. 53 e ss.; G. HERMES, *Il servizio universale in Germania*, *ibid.*, pp. 119 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adeguati e sufficienti estesi a tutto il territorio" (art. 87f Abs. 1) (39). Lo Stato, anche in Germania, sta dunque abbandonando il piano della 'gestione amministrativa'; arretra i connotati della pubblicità sul versante regolativo; lo Stato che lavora non rinuncia al proprio compito di garantire un nucleo ramificato e capillare di prestazioni fondamentali, ma batte nuove strade più cooperative con gli operatori economici privati.

La vicenda tedesca è emblematica per comprendere intensità e direzioni della trasfigurazione comunitaria della tradizione continentale dei servizi pubblici. Quella tradizione non è brutalmente archiviata da un neoliberismo di maniera, non è soppiantata d'un tratto dalla circolazione di diversi modelli giuridici. Il riconoscimento di principio nell'art. 16, introdotto nel Trattato nel 1997; la garanzia di accesso ai servizi di interesse economico generale isolata in un capo dedicato alla "Solidarietà" nell'art. 36 della Carta dei diritti; la costituzionalizzazione dei principi del servizio universale nella carta fondamentale tedesca, dimostrano che proprio perché è intervenuta la liberalizzazione i nodi che da sempre stringono i servizi di pubblica utilità sono sempre di più all'ordine del giorno.

Lo si può leggere nell'esperienza giurisprudenziale della Corte di giustizia ove quella trasfigurazione ha avuto la sua incubazione: una giurisprudenza che ha avuto l'opportunità di essere elaborata da un osservatorio tipicamente sovrastatuale e dal quale si possono seguire in presa diretta l'incidenza crescente delle innovazioni tecnologiche e l'altrettanto repentino superamento dell'"approccio territoriale" (40), ma che impatta, giusta l'art. 86, tutta la consistenza europea dello Stato gestore, posta sin dal trattato originario su di un piano di compatibilità con il modello competitivo. Certo, l'accerchiamento della missione di servizio pubblico si fa sempre più stringente. Basta ripercorrere in sequenza la giurisprudenza comunitaria per rendersene conto: dal povero Paul Corbeau, sottoposto in Belgio a procedimento penale per aver svolto, con qualche

(39) Si riferisce, invece, alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", l'art. 117 lett. *m*) della Costituzione, in punto di legislazione esclusiva dello Stato, come novellato a seguito della riforma del Titolo V.

(40) Com (2000) 580, cit., n. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servizio aggiuntivo, a Liegi e dintorni, attività di raccolta, trasporto e distribuzione postale in violazione del monopolio della Régie des Postes (41), alle svariate decine di milioni di estratti conto trattati elettronicamente in South Dakota, impostati in Danimarca, distribuiti dalle poste tedesche a soggetti residenti in Germania, che disegnano l'inconfondibile cornice globale di *non phisical remailing* del caso *Deutsche Post* (42), sono passati appena sette anni. Nel frattempo, dunque, il grande burattinaio è uscito ridicolizzato più che dalla giurisprudenza della Corte, che non ha potuto esimersi da un occhio di riguardo verso quella "specifica missione" tutelata ex se dall'art. 86, dalla deterritorializzazione delle attività economiche e dalla scelta dell'ordinamento e dell'operatore più concorrenziale. La "specifica missione" non è sottoposta soltanto ad un sindacato sempre più stringente di proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopi perseguiti alla luce delle possibili perturbazioni degli scambi comunitari (43), sconta come avamposto solidaristico della sovranità gli stessi ridimensionamenti di quest'ultima, soffre la permanente rivoluzione tecnologica.

Da parte sua, la Commissione, che per oltre un quindicennio ha orchestrato la politica di liberalizzazione, è andata più avanti rispetto a questo sindacato di legittimità dell'antico rispetto al nuovo del modello competitivo ed ha rivendicato un suo diretto ruolo creativo, presentando come propria quell'idea di servizio universale (44), grazie alla quale bilanciare la più completa trasfigurazione del modello di "gestione amministrativa" con il proclamato rispetto dei valori sottesi, da fine Ottocento in poi, alla tradizione continentale.

"Renouveau du service public ou nouvelle mystification", ci si è subito chiesti, con sospetto e diffidenza, nelle pubblicazioni del *Ciriec-France* (45); mentre lo stesso interrogativo iniziava a percor-

---

(41) C.G.C.E., sent. *Corbeau*, 19 maggio 1993, C-320/91, *Raccolta*, 1993, 2533 e ss.

(42) C.G.C.E., sent. *Deutsche Post AG*, 10 febbraio 2000, C-147/97 e C-148/97, *Raccolta*, 2000, 825 e ss.

(43) C.G.C.E., sent. *Comune di Almelo*, 27 aprile 1994, C-393/92, *Raccolta*, 1994, 1477 e ss.

(44) Com (96) 443, cit., n. 27.

(45) M. Débene-O. Raymundie, *Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification*, in *Critique de la raison communautaire: utilité publique et concurrence dans l'Union Européenne*, a cura di L. Cartelier, J. Fournier, L. Monnier,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rere il dibattito italiano, certo più aperto, ma giustamente accorto nel valutare l'impatto di una così evidente circolazione di istituti giuridici all'interno di un tronco tanto diverso da quello originario (46). Si è così subito studiata la notevole dipendenza dal modello americano di *universal service* (47), di cui la declinazione comunitaria appare fortemente tributaria, nell'ispirazione — "garantire dappertutto un servizio di qualità a prezzi abbordabili per tutti" (48) —, nelle tecniche di finanziamento, nelle procedure regolative rimesse ad autorità indipendenti. Senza con questo dimenticare la peculiarità dell'innesto di un istituto nato oltreatlantico su iniziativa di ATT per realizzare l'integrazione meramente tecnica di reti telefoniche che la concorrenza, dopo la scadenza del brevetto Bell nel 1893, aveva costruito come non interconnesse ed evolutosi come parziale correttivo di monopoli 'naturali' o sistemi fortemente oligopolistici, ma sempre in mani private, ed utilizzato invece in terra europea come cavallo di Troia dello Stato gestore ed allo stesso tempo come garanzia di conservazione dei principi di un servizio pubblico trasfigurato. Le ambivalenze, lungi dal ridursi, si intensificano con il crescere della circolazione dei modelli e delle ibridazioni giuridiche. Sarà perciò difficile attendersi una rapida conclusione delle indagini su analogie e differenze tra *service public* e servizio universale, tanto più se in futuro dovremo mettere in conto gli effetti, oggi non prevedibili, della definitiva costituzionalizzazione a livello europeo della garanzia di accesso ai servizi di interesse economico generale, già anticipata, come si è visto, dal *Grundgesetz* tedesco.

Certo, è innegabile che la trasfigurazione comunitaria della

Paris, Economica, 1996, pp. 109 e ss. Il *Ciriec-France* è la sezione francese del *Centre international de recherches et d'informations sur l'économie publique sociale et coopérative*, fondato nel 1947.

(46) Hanno indirizzato il dibattito verso profili più marcatamente teorici, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, IV(1998), pp. 181 e ss.; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista quadrimestrale dei pubblici servizi*, I(1999), pp. 7 e ss., e con una peculiare attenzione comparativa, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, V(1999), pp. 371 e ss.

(47) Si segnala, da ultimo, l'accurato studio di G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002. Ivi, pp. 65 ss., un'ampia ricostruzione della vicenda americana.

(48) Com (96) 443, cit., n. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradizione continentale molto deve all'innesto sul tronco europeo tardo ottocentesco di questi modelli regolativi di oltreatlantico. La liberalizzazione ridimensiona lo Stato gestore, apre al mercato e parallelamente apre ai correttivi dei fallimenti del mercato, Stato regolatore in testa. La circolazione dei modelli giuridici, con la diffusione di nuove regole e nuovi obblighi lungo sentieri poco conosciuti dalla specialità continentale, non evoca soltanto le 'dolci' espressioni che il serioso diritto amministrativo continentale non conosceva (*cherry picking*; *cream skimming*), ma mentre cerca di confermare nella prestazione fondamentale quel nucleo di principi chiave che il *service* portava con sé, apre anche squarci su dimensioni che la persistente prospettiva soggettivistica dello Stato che lavora aveva tenuto rigorosamente all'oscuro, a partire dai rapporti di utenza (49).

Un pizzico di vero c'è quindi nell'affermazione della Commissione. Il servizio universale è una tecnica regolativa efficace nel momento in cui si decida che determinati servizi standardizzati da fornire alla collettività siano realizzati direttamente da operatori privati attraverso i meccanismi del mercato. Corregge asimmetrie, garantisce parità ed universalità di accesso ad alcune prestazioni fondamentali; isola esternalità che devono essere compensate a chi ha assunto il compito di provvedervi; può costituire un importante veicolo di armonizzazione tra gli ordinamenti dei diversi Stati membri. Con questo siamo però pur sempre di fronte ad una semplice tecnica di regolazione, eventuale e sussidiaria al mercato, da mettere in funzione soltanto per un pacchetto di prestazioni minime e soltanto quando il mercato si dimostra incapace di realizzare, con il solo modello competitivo, la desiderata universalità.

Si possono forse trarre due, provvisorie, conclusioni: da un lato il servizio universale è probabilmente un istituto troppo esile e troppo settoriale per poggiarvi sopra l'intero peso della tradizione. Non si può pensare di gravare soltanto su questo fragile innesto da oltreatlantico i valori sottesi all'esperienza dello Stato gestore così come sedimentatasi in oltre un secolo di capillare presenza sul suolo europeo. Dall'altra, portata sul piano comunitario, quella tradizione

(49) Recentemente indagati nel bel volume di G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non può essere imbalsamata soltanto in un certo modello, amministrativo, di esercizio delle attività prestazionali, frutto di contingenze storiche e di sensibilità solidaristiche indubbiamente diffuse, che sul piano giuridico furono però distillate secondo tratti troppo dipendenti dall'inossidabile architettura a regime amministrativo propria dell'ordinamento francese.

Se la tradizione continentale continua a possedere un proprio tratto unificante lo ha sul piano della costituzione economica, da intendere non come declinazione storicamente datata di un certo equilibrio tra economia pubblica ed economia privata o come un certo grado di funzionalizzazione, ma come ordine giuridico del mercato coerente con il "modello europeo di società". Sul piano dei servizi, questo non significa la necessaria perpetuazione di un determinato modello di esercizio, la gestione amministrativa; significa, invece, la persistenza di una responsabilità pubblica che cementi anche in questo campo il senso dell'appartenenza e della coesione sociale. Come bene ha visto la Commissione, la *Daseinsverantwortung* del potere pubblico non si è dissolta. La tradizione continentale continua ad affidarsi alla "mano visibile del diritto" più che alla mano invisibile del mercato (50); proclama la non autosufficienza del mercato; ne circoscrive e delimita gli spazi salvaguardando i valori fondamentali della persona. Il modello competitivo dell'economia aperta e in libera concorrenza, essenziale per costruire il mercato al di là delle barriere statali, non è in grado da solo di restituire la complessità della costituzione economica europea. Né è in grado di restituire la composita architettura dell'Unione europea ed il ruolo ancora rilevante che vi giocano gli Stati e le singole tradizioni nazionali, bene espresse in un diritto comunitario in cui le specifiche missioni ed i relativi diritti speciali ed esclusivi, per quanto soggetti ad un sindacato di proporzionalità, continuano ad avere piena cittadinanza, evocando quel pluralismo e quelle diversità che sono alla base della costruzione europea.

La clausola tedesca dello Stato sociale di diritto, nella elastica flessibilità e mutevolezza delle tecniche, ma nella fedeltà ad un

(50) L'immagine è di E.-J. MESTMÄCKER, *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, 1978, ed è stata recentemente ripresa da HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, cit., p. 537.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

progetto di guida e di responsabilità politica dell'economia e della società, è probabilmente il concetto, fra quelli messi a fuoco nella stagione storicamente lontana delle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, che meglio esprime il senso dei valori sottesi ad una identità europea mai così sofferta e contesa come in questo campo ed esposta, per di più, alle bordate della globalizzazione economica. Conforta che nel progetto di costituzione europea lo "sviluppo sostenibile" non abbia dimenticato la "giustizia sociale" (51). Pensare però di vincolare questo obiettivo ad un certo modello gestionale non risponde né ai risultati, variegati e molteplici di un esame storico comparato, né al senso profondo della stessa tradizione continentale.

Stato gestore e Stato regolatore, servizio pubblico e servizio universale, gestione amministrativa e ordine (regolato) del mercato, continueranno, quindi, verosimilmente, a coesistere anche in futuro nell'ordinamento comunitario e non solo nei servizi sociali, secondo equilibri di volta in volta variabili, esattamente come variabili lo sono stati in passato nella storia della tradizione continentale.

Un lontano, ma attualissimo ammonimento di Keynes — "L'azione più importante dello Stato si riferisce non a quelle attività che gli individui privati esplicano già, ma a quelle funzioni che cadono al di fuori del raggio d'azione degli individui, a quelle decisioni che nessuno compie se non vengono compiute dallo Stato. La cosa importante per il Governo non è fare ciò che gli individui fanno già, e farlo un po' meglio o un po' peggio, ma fare ciò che presentemente non si fa del tutto" (52) — può aiutare a tenere ferma la barra del timone. Con la consapevolezza che quell'ammonimento non si rivolge più all'ottocentesco, territoriale, Stato che lavora, o soltanto a questo, ma al reticolo di ordinamenti e di governi che con meccanismi in grado ora di fissare identità comuni ora di salvaguardare diversità nazionali e locali, compongono il composito universo

(51) Così l'art. 3 n. 2 del *Progetto di testo degli articoli del trattato che stabilisce una costituzione per l'Europa*, che la Convenzione europea ha reso pubblico il 6 febbraio 2003.

(52) J.M. KEYNES, *The End of laissez-faire*, London, 1926, trad. ital. a cura di Giorgio Lunghini, *La fine del laissez-faire e altri scritti economico-politici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002, p. 40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunitario (53). Sembra dunque probabile che per un buon tratto dovremo ancora convivere con quelle polisemie che puntualmente raffigurano la complessità storica dei diversi itinerari nazionali e l'articolato mosaico istituzionale degli attuali ordinamenti.

(53) Sul c.d. "multi-level constitutionalism" tipico dell'Unione Europea come ordinamento composito, le evocative pagine di S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione Europea*, in questo *Quaderno*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

KNUT WOLFGANG NÖRR

LEKTIONEN IN BESCHEIDENHEIT: STABILITÄTSPOLITIK IN WESTDEUTSCHLAND 1970-1990

Zweimal ist in der Geschichte Westdeutschlands ein wirtschaftspolitisches Grund- und Großprogramm, um eine Neuorientierung einzuläuten, in Gesetzesform gekleidet worden: den Übergang von der Zwangs- zur Marktwirtschaft verkörperte das Leitsätzegesetz von 1948 (*) (1), den Übergang von einer Ordnungs- zur Prozesspolitik oder, unter konzeptionellem Vorzeichen, vom

(*) aaO = am angegebenen Ort; Abs. = Absatz; Art. = Artikel; Aufl. = Auflage; AWG = Außenwirtschaftsgesetz; AWV = Außenwirtschaftsverordnung; BBankG = Bundesbankgesetz; begr. = begründet; BFH = Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, Bonn, Stollfuss; BGBl I = Bundesgesetzblatt Teil I, hg. Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger Verlagsges.m.b.H.; BGH = Bundesgerichtshof; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs und der Bundesanwaltschaft, Köln u.a., Carl Heymanns Verlag; BIP = Bruttoinlandsprodukt; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, Mohr; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BVerwGE = Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, begründet von Karl Buchholz, Berlin, Carl Heymanns Verlag; ders. = derselbe; Dez. = Dezember; ebd. = ebenda; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; EWS = Europäisches Währungssystem; FinA = Finanzarchiv; Fn. = Fußnote; G = Gesetz; GG = Grundgesetz; GmbH = Gesellschaft mit beschränkter Haftung; hg. = herausgegeben; HGrG = Haushaltsgrundsätzegesetz; Kap. = Kapitel; Lfg. = Lieferung; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; Nov. = November; NVwZ = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; RdW I = Die Republik der Wirtschaft Teil I (vgl. Fn. 5); RGBl = Reichsgesetzblatt; Rn = Randnummer; s.= siehe; S. = Seite; sc. = sculpsit; StabWG = Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft; StabZG = Stabilitätszuschlaggesetz; SV Socialpolitik = Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften; u.= und; u.a. = und andere; vgl. = vergleiche; VO = Verordnung; VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin; VWG GVBl = Vereinigtes

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ordoliberalismus zum Keynesianismus das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz von 1967 (2). In beiden Fällen fanden Ziel- und Systembegriffe der Wirtschaftspolitik und dadurch, mittelbar, der Wirtschaftswissenschaft Eingang in die Rechtsordnung. Im Leitsätzegesetz stand der Wettbewerb (in seiner Bedeutung als wirtschaftliches Formprinzip) im Vordergrund; daneben wurde kurz die Kreditpolitik angesprochen, um eine Querverbindung von der bizonalen Wirtschaftsverwaltung zur trizonalen Bank deutscher Länder herzustellen. Um vieles massiver trat da das Gesetz von 1967 auf die Bühne. Begriffe wie "gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht", "Stabilität des Preisniveaus", "hoher Beschäftigungsgrad", "außenwirtschaftliches Gleichgewicht", "stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum" sollten sich nun in Rechtsbegriffe verwandeln; von Wirtschaftspolitik und Finanzpolitik sprach das Gesetz in den Leitparagraphen (3), von Konjunkturpolitik — dem Seinsgrund des Gesetzes überhaupt — in der dem Konjunkturrat gewidmeten Vorschrift (4). Einiges hieraus wurde konstitutionell überhöht, worin sich dann die beiden Gesetze zusätzlich unterschieden: denn die Markt- und Wettbewerbsidee des Leitsätzegesetzes hatte im Grundgesetz von 1949 keinen Widerhall gefunden, dessen Väter ja, wie wir andernorts geschildert hatten, noch von organisierten Wirtschaftsvorstellungen geprägt waren (5). Aber jetzt wurden, und zwar im Abschnitt über das Finanzwesen, die Begriffe des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und des wirtschaftlichen Wachstums in Texte des Grundgesetzes eingefügt (6). Im Abschnitt über

---

Wirtschaftsgebiet, Gesetz- und Verordnungsblatt; ZgS = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft; zit. = zitiert.

(1) Gesetz über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform, Gesetz vom 24. Juni 1948, VWG GVBl 1948, 59.

(2) Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967, BGBl I 582.

(3) §§ 1 und 2 StabWG.

(4) § 18 StabWG.

(5) K.W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen, Mohr, 1999, 5. Kap. unter 2.

(6) Art. 104a Abs. 4 GG (21. G zur Änderung des GG - FinanzreformG - vom 12. 5. 1969, BGBl I 359); Art. 109 Abs. 2 und Abs. 4 GG (15. G zur Änderung des GG vom 8. 6. 1967, BGBl I 581); Art. 115 Abs. 1 (20. G zur Änderung des GG vom 12. 5. 1969, BGBl I 357).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

das Finanzwesen: notwendig geworden in Hinblick auf die für die Bundesrepublik kennzeichnende dezentrale Finanzverfassung, und notwendig geworden, weil *fiscal policy* als Motor der Konjunkturpolitik in ihrer Konzeption ein zentralistisches Steuerungsmobiliar voraussetzte. Aber Finanz- und Haushaltspolitik (7) vollzogen sich hier nicht endemisch, sondern in wirtschaftspolitischen Diensten, so dass aus verfassungsbegrifflicher Sicht das Thema diskutiert wurde, ob nicht mit der Änderung der Finanzverfassung die Wirtschaftsverfassungsfrage an das Grundgesetz neu gestellt werden müsste. Wie auch immer: für die Rechtsordnung und ihre Akteure war von größerer Bedeutung das Problem der Handhabung, des Umgangs mit den neuen Begriffen, ein Problem, dem man sich in zwei Schritten zu nähern hatte. Der erste Schritt bestand darin, sich über die Begriffe im Lande ihres Ursprungs kundig zu machen, also einen Einblick in die wirtschaftspolitischen und wirtschaftswissenschaftlichen Zusammenhänge zu gewinnen; der zweite Schritt führte dann zur juristischen Transformation, zur rechts- und verfassungsstaatlichen Einordnung

---

Art. 104a Abs. 4 GG lautet im ersten Satz: "Der Bund kann den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) gewähren, die zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind."

Art. 109 Abs. 2 GG lautet: "Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen."

Art. 109 Abs. 4 GG lautet im ersten Satz: "Zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts können durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, Vorschriften über 1. Höchstbeträge, Bedingungen und Zeitfolge der Aufnahme von Krediten durch Gebietskörperschaften und Zweckverbände und 2. eine Verpflichtung von Bund und Ländern, unverzinsliche Guthaben bei der Deutschen Bundesbank zu unterhalten (Konjukturausgleichsrücklagen), erlassen werden."

Art. 115 Abs. 1 GG lautet in den beiden ersten Sätzen: "Die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bedürfen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Ermächtigung durch Bundesgesetz. Die Einnahmen aus Krediten dürfen die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten; Ausnahmen sind nur zulässig zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts."

(7) Vgl. auch Art. 109 Abs. 3 GG (15. G zur Änderung des GG zit., 20. G zur Änderung des GG zit.): "konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dieser Produkte (Produkte einer inzwischen ja schon fremd gewordenen Welt).

Schon die Kopulation der Begriffe Stabilität und Wachstum in der Überschrift des Gesetzes musste Kontroversen auslösen. Der Gesetzgeber unterstellte vorsätzlich-naiv die Koinzidenz oder Parallelität von Stabilität (im Sinne eines Minimums an Konjunkturschwankungen) und wirtschaftlichem Wachstum, während in der Wissenschaft keine Einigkeit darüber bestand, ob sich beide Merkmale wenn nicht sogar logisch, so doch zumindest in der Realität widersprächen oder nicht ohne erhebliche Friktionen in Einklang bringen ließen. Ein Element dieser Friktionen würde der Gesichtspunkt der Zeit bilden, da Stabilitäts- als Konjunkturpolitik (Glättung von Konjunkturschwankungen, das heißt von Zyklen im Auslastungsgrad des sich ausdehnenden Produktionspotentials in einer gegebenen Volkswirtschaft) kurz- bis mittelfristig, Wachstumspolitik hingegen (Wachstum üblicherweise gemessen an der Zunahme des Bruttoinlandsprodukts) mittel- bis langfristig angelegt sei. Wandte man sich dann dem berühmten Polygon in § 1 StabWG zu (8), so erweckten nicht nur die Eckwerte je für sich, sondern auch ihr Verhältnis zueinander Fragen und Zweifel (9). Für das "gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht" in Satz 1 der Vorschrift wurde zur notwendigen Konkretisierung (10) regelmäßig auf die Begriffe in Satz 2 verwiesen (11), vielfach schloss man aber Verteilungspolitik als denknotwendig in das Postulat des gesamtwirtschaftlichen

(8) Zur Vorgeschichte des Polygons und des StabWG überhaupt s. RdW I, 4. Kap. unter 4 bis 6.

(9) Aus dem Schrifttum sei nur auf den Tagungsband 1974 des Vereins für Socialpolitik hingewiesen: *Stabilisierungspolitik in der Marktwirtschaft*, hg. von HANS K. SCHNEIDER u.a. (SVSocialpolitik 85/I u. II), Berlin, Duncker & Humblot, 1975 (mit Literatur).

(10) Denn es "ist hervorzuheben, daß es *das* gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht als operationalen Begriff zur Bezeichnung einer Zielkombination oder einer wirtschaftspolitischen Handlungsanweisung nicht gibt": Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für WIRTSCHAFT, *Grundfragen der Stabilitätspolitik* (März 1973) B I 1 (= Sammelband der Gutachten, Göttingen, Schwartz, S. 636).

(11) § 1 StabWG lautet: "Bund und Länder haben bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten. Die Maßnahmen sind so zu treffen, daß sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gleichgewichts mit ein, wovon das Teilstück Eigentumspolitik in der "Konzertierten Aktion" des § 3 StabWG angesprochen war. Da nicht zu bestreiten ist, dass alle Komponenten des Polygons und alle Bindestrich-Politiken über die Wirtschaft hinaus weit in den Bereich der Gesellschaft hinein wirkten und dort sich abbildeten, konnte Stabilität zu einem die Sphären der Politik, der Wirtschaft und der Gesellschaft umfassenden Begriff ausgedehnt werden. Es lag dann nicht fern, ihn als begriffliche Brücke zu nutzen, um die Demokratisierung der Wirtschaft (was immer sie dann bedeutete) zu fordern.

Wenn wir noch bei den einzelnen Zielgrößen des Polygons verweilen, dann stellte sich die des "stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstums" als besonders fragwürdig heraus. Zunächst teilte sie, da sie am Bruttosozial- oder Bruttoinlandsprodukt gemessen wurde, dessen nicht unerhebliche definitorischen Schwierigkeiten und Angriffsflächen. Mit ähnlichen Unsicherheiten ist übrigens die volkswirtschaftliche Gesamtrechnung behaftet, deren sich die Bundesregierung Jahr für Jahr zur Projizierung der wirtschafts- und finanzpolitischen Ziele gemäß § 2 StabWG zu bedienen hat. Das wirtschaftliche Wachstum sollte ferner ein "stetiges" sein; Stetigkeit im Wachstum ist aber ohne Investitionen nicht zu erreichen, so dass mit diesem Eckwert eine zu aktivierende staatliche Investitionspolitik ins Spiel kam: die wohl empfindlichste Gefährdung marktwirtschaftlicher Effiziens, aber auch wirtschaftsbezogener Privatautonomie, und so, zu Ende gedacht, der marktwirtschaftlichen Ordnung überhaupt (12). Dem wirtschaftlichen Wachstum wurde schließlich "Angemessenheit" verschrieben, ein Rezept, das wissenschaftlich nicht ausgefüllt werden konnte, so dass es sich der Beliebigkeit jeweiliger Regierungspolitik ausgesetzt fühlen musste.

Wenden wir uns schließlich der Relation der einzelnen Eckwerte des Polygons zueinander zu, dann stand sowohl wissenschaftlich als auch politisch das Zusammen- oder Gegenspiel von Preisniveaustabilität und hohem Beschäftigungsgrad im Brennpunkt der

---

hohen Beschäftigungsgrad und außenwirtschaftlichen Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen".

(12) Zur Investitionslenkung umfassend (und mit allen Nachweisen) P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, Tübingen, Mohr, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Aufmerksamkeit. Wenn je eine wirtschaftswissenschaftliche Kurvengraphik die Politik und die öffentliche Meinung erreicht hat, dann war es die sogenannte Phillips-Kurve gewesen, die (übrigens schon bald in der Wirtschaftswissenschaft selbst umstritten) (13) ein sogenanntes *trade-off* zwischen den beiden Größen suggerierte, das heißt eine umgekehrte Proportionalität und daraus folgend die notwendige Abstimmung entlang der gewünschten Quoten oder Sätze. Auf diesem Hintergrund war der vielzitierte Ausspruch Helmut Schmidts als Bundesfinanzminister zu verstehen: in Deutschland seien eher 5% Preisanstieg als 5% Arbeitslosigkeit zu ertragen (14). Man war der Meinung, aus der Phillips-Kurve gleich einer Speisekarte sich die politisch opportune Relation von Geldwertschwund und Arbeitslosensatz wählen zu können.

In den Augen der Rechtswissenschaft (15) war schon aus der Perspektive des Gesetzesbegriffs das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz eine ungewöhnliche Erscheinung. Sein Inhalt erwies sich als heterogen und mehrgestaltig; auf eine einzige Formel war das Gesetz nicht zu bringen. Es umfasste Elemente aus vier Gesetzeskategorien, es war gleichzeitig Plan-, Organ-, Rahmen- und Maßnahmegesetz (16). Immerhin ist es auf ein einheitliches Ziel gerichtet, das man kurz mit Konjunkturpolitik mittels antizyklischer Finanzpolitik kennzeichnen kann. In dieser Zielgerichtetheit und in der angestrebten Vollständigkeit der Regelungen besitzt das Gesetz kodifikatorische Züge, so dass es nicht zu kühn erscheint, unser Gesetz als — bisher einzige — wirtschaftspolitisch motivierte Kodifikation, wenn auch vergleichsweise geringen Umfangs, anzusehen.

---

(13) Vgl. beispielsweise A. WOLL, *Das Phillips-Theorem*, in *Studien zum Inflationsproblem*, hg. von Theodor PÜTZ (SVSocialpolitik 80), Berlin, Duncker & Humblot, 1975, S. 101.

(14) Helmut Schmidt, *Auf dem Fundament des Godesberger Programms*, 2. Aufl., Bonn, Bad Godesberg, Verlag Neue Gesellschaft, 1974, S. 153.

(15) Zum Schrifttum s. RdW I, 4. Kap. Fn. 59 und 66. FERNER: K.VOGEL/M. WIEBEL, in *Bonner Kommentar*, Art. 109 GG, Zweitbearbeitung 1971, hg. von R. DOLZER u.a., Heidelberg, MÜLLER; HANS HERBERT v. ARNIM, *Volkswirtschaftspolitik*, Frankfurt/Main, Metzner, 1974; 6. Aufl.: Neuwied, Luchterhand, 1998, Abschnitt E.

(16) STERN, in Klaus Stern/Paul Münch/Karl-Heinrich Hansmeyer, *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1972, S. 68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Der wirtschaftspolitischen Motivation entsprachen, wie wir gesehen haben, bestimmte ökonomische Terminologien, die nun juristisch zu transformieren waren. Dem allgemeinen Verwaltungsrecht entnahm man beispielsweise die Fragestellung, ob Formulierungen wie "gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht" als Ermessens- oder als unbestimmte Rechtsbegriffe, letztenfalls mit oder ohne Beurteilungsspielraum einzustufen wären (17). Von einzelnen Gebieten des öffentlichen Rechts war vor allem das Haushaltsrecht gefordert (18). Aus der Sicht des Verfassungsrechts konnte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass das Bundesverfassungsgericht seine Kreise nicht stören würde. Den klassischen Gesetzesbegriff hatte das Gericht längst verabschiedet. Irgendein Formprinzip der Wirtschaft erkannte es nicht an; wir hatten gesehen, dass sowohl die Väter des Grundgesetzes als auch die Verfassungsrichter, zumindest in der Anfangsphase, das Weimarer Bild einer organisierten Wirtschaft vor Augen hatten (19), daher die staatliche Abstinenz zwar für eine Möglichkeit, nicht jedoch eine Notwendigkeit hielten. Auch unter dem Aspekt der Grundrechte wurde die Wirtschaftspolitik der Regierungen von den Richtern weithin toleriert. Freilich betrafen die richterlichen Entscheidungen bisher fast durchweg Gegenstände der Strukturpolitik und nicht der Konjunkturpolitik; aber diese Differenzierung war — gleich der zwischen Ordnungs- und Ablaufpolitik — in unserem Zusammenhang verfassungsrechtlich irrelevant (20). Dass der Gesetzgeber Gesetze erlassen dürfte, die ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben eingreifen, war zur stehenden Formel der Verfassungsrechtsprechung geworden (21). Wirtschaftslenkende Gesetze verfolgen bestimmte Zwecke und richten ihre Maßnahmen danach; hier hatte sich der Prüfungsmaßstab des Gerichts in Hinblick auf die

(17) Überblick über den Meinungsstand bei HERMANN H. HOLLMANN, *Rechtsstaatliche Kontrolle der Globalsteuerung*, Baden-Baden, Nomos, 1980, S. 136.

(18) Aufgrund von Art. 109 Abs. 3 GG (s. oben Fn. 7) ergingen das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) und die Bundeshaushaltsordnung (BHO), beide vom 19.8.1969 (BGBl I 1273 bzw. 1284).

(19) RdW I, 5. Kap. unter 2 und 7.

(20) Für Art. 104a Abs. 4 Satz 1 GG unterschied BVerfGE 39. 96 (1975) konjunktur- und strukturpolitische Ziele.

(21) BVerfGE 4. 7 (1954), 8. 274 (1958). 18. 315 (1965).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Eignung der Mittel vom schlichten "tauglich" zum "schlechthin ungeeignet" entwickelt (22). Größte Bedeutung für unser Gesetz kam dem Umstand zu, dass der Grund schon gelegt war für eine großzügige Anerkennung des legislativen Spielraums in der wirtschaftspolitischen Prognose, der Grund für die Immunisierung praktisch von Irrtümern in diesem Bereich (23).

Noch in einem weiteren Punkt konnte sich der Gesetzgeber auf das Bundesverfassungsgericht verlassen. Das StabWG sah in §§ 26 bis 28 Möglichkeiten für steuerliche Maßnahmen zu konjunkturpolitischen Zwecken vor. Unter dem Aspekt des Steuerbegriffs handelt es sich um wirtschaftspolitisch und nicht fiskalisch intendierte Besteuerung, das heißt die "Erzielung von Einkünften" (24) ist nicht Zweck, sondern bloß Folge der Steuer. Die wirtschaftspolitisch motivierte Steuer war seit langem Gegenstand wissenschaftlicher Beschäftigung gewesen, man sprach von "ökonomisierter Finanzpolitik", von "Ordnungsfinanz" oder "Ordnungssteuer" (25). Das Bundesverfassungsgericht hat nichtfiskalische Intentionen zunächst einschränkend als "Nebenzwecke" einer Steuer akzeptiert, dann aber die Einschränkung fallen gelassen und auch die Steuer mit vorwiegend wirtschaftspolitischer Zweckverfolgung abgeseg-

(22) BVerfGE 16.147 (1963), 17.306 (1964), 19.119 (1965); vgl. den Rückblick des Gerichts in BVerfGE 30.250, 263 (1971).

(23) BVerfGE 16.147 (1963), 18.315 (1965). Zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung s. etwa R. BREUER im *Handbuch des Staatsrechts*, hg. von J. Isensee /P. Kirchhof, Heidelberg, Müller, Band VI, 1989, § 148 Rn 14ff.

(24) § 1 Reichsabgabenordnung vom 13.12.1919 (RGBl 1993) und vom 22.05.1931 (RGBl I 161), in Kraft bis 31.12.1976.

§ 1 Abs. 1 Reichsabgabenordnung lautete im ersten Satz: "Steuern sind einmalige oder laufende Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einkünften allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft."

(25) Näheres hierzu in RdW I, 8. Kap. § 1, unter 1. Einen Überblick über die Diskussion nach 1945 gibt etwa H. PAULICK, *Die wirtschaftspolitische Lenkungsfunktion des Steuerrechts und ihre verfassungsmäßigen Grenzen*, in *Theorie und Praxis des finanzpolitischen Interventionismus*, *Festschrift Fritz Neumark*, hg. von H. HALLER u.a., Tübingen, Mohr, 1970, S. 203.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

net (26). Widerstand gegen eine konjunkturpolitisch ausgerichtete Besteuerung war von dieser Seite nicht mehr zu befürchten (27).

Unser Gesetz bewegt sich also wirtschafts- und steuerpolitisch in einem Freiraum, der von Verfassung und Verfassungsrechtsprechung nicht oder kaum tangiert worden ist. (Störungen der grundgesetzlichen Kompetenzenordnung sind hier nicht weiterzuverfolgen) (28). Bestätigt wird diese Feststellung, wenn wir die verfassungsgerichtliche Judikatur betrachten, die sich mit konjunkturpolitischen Maßnahmen im Umkreis des Stabilitätsgesetzes auseinanderzusetzen hatte. Die Instrumente des Gesetzes sind oft und vielseitig angewandt worden (29); vor das Bundesverfassungsgericht kam nur (auf dem Wege der Verfassungsbeschwerde) das auf § 4 StabWG gestützte AbsicherungsG (30), BVerfGE 30.250

---

(26) BVerfGE 6.55 (1957), 13.181 (1961), 14.76 (1962), die Leitentscheidung 16.147 (1963), 19.119 (1965). Aus dem Schrifttum: KARL HEINRICH FRIAUF, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze*, Tübingen, Mohr, 1966 (hierzu F. Neumark, FinA 25, 1966, 476); H.H. RUPP, *Zur Problematik öffentlich-rechtlicher Machtpotenzierung durch Funktionenkombination*, NJW 1968, 569; K. VOGEL, *Steuerrecht und Wirtschaftslenkung*, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht, Herne, Berlin, Verlag Neue Wirtschaftsbriefe (Steuer und Recht), 1968/69, S. 225; PETER SELMER, *Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht*, Frankfurt/Main, Athenaeum, 1972; CHRISTIAN PESTALOZZA, *Formenmißbrauch des Staates*, München, Beck, 1973, S. 39; KLAUS TIPKE/H.W. KRUSE, *Reichsabgabenordnung, Kommentar*, Köln-Marienburg, O. Schmidt, Lfg. 21, Dez. 1974, § 1 Rn 7; WOLFGANG KNIES, *Steuerzweck und Steuerbegriff: eine dogmengeschichtliche und kompetenzrechtliche Studie*, München, Beck, 1976. Weiteres Schrifttum etwa bei KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, München, Beck, 1980, § 46 I 4e; PAUL KIRCHHOF im *Handbuch des Staatsrechts*, hg. von J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, Heidelberg, Müller, Band IV, 1990, § 88 Rn 53.

(27) Der Steuergesetzgeber hat sich später seinerseits der Rechtsprechung angeschlossen, § 3 Abs. 1 Abgabenordnung 1977 (vom 16.3.1976, BGBl I 613): "die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein."

(28) Hierzu statt aller K. H. FRIAUF, *Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft*, VVDStRL 27 (1969) 1. — Aus der späteren Rechtsprechung s. vor allem BVerfGE 55.274 (1980), 67.256 (1984).

(29) Überblicke bei JORG-GÜNTHER GRUNWALD, *Erfolgskontrolle finanzpolitischer Stabilisierungsmaßnahmen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, S. 349; HERMANN H. HOLLMANN aaO (oben Fn. 17) S. 349.

(30) G über Maßnahmen zur außenwirtschaftlichen Absicherung gemäß § 4 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, vom

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(1971) (31). Steuerliche Maßnahmen hat der Gesetzgeber nur zum Teil auf das StabWG gestützt; vor allem sobald sie nicht ausschließlich konjunkturpolitisch motiviert waren, hielt man eigenständige Gesetze für erforderlich. Von ihnen sind dem BVerfG unterbreitet worden: das KonjunkturzuschlagG (32), BVerfGE 29.402 (1970) (33), das ErgänzungsabgabeG (34), BVerfGE 32.333 (1972) und das StabilitätszuschlagG (35), BVerfGE 36.66 (1973) (36). Der Konjunkturzuschlag konnte deshalb nicht an das StabWG anknüpfen, weil dort eine Rückzahlung nicht vorgesehen war; ferner verfolgte das Gesetz mit der Differenzierung nach Einkommenshöhe verteilungspolitische Ziele (37). Die verteilungspolitische Beimischung zur Konjunkturpolitik stand auch beim ErgänzungsabgabeG Pate (38). Für das StabilitätszuschlagG war erheblich, dass nach den Vorstellungen des Entwurfs die zunächst stillgelegten Gelder für eine breitgestreute Vermögensbildung eingesetzt werden sollten (39); auf Widerspruch des Bundesrats wurde diese Zweckbestimmung dann freilich fallengelassen und die Förderung der Ziele des § 1 StabWG

29.11.1968 (BGBl I 1255). Nicht mehr angewandt gemäß VO zur Aufhebung der §§ 1 und 2 AbsicherungsG vom 28.10.1969 (BGBl I 2045).

(31) HIERZU M. KLOEPFER, *Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen*, NJW 1971, 1585. - Mit demselben Fall hatte sich der Bundesfinanzhof befasst, BFH 97. 456 (1970).

(32) G über die Erhebung eines rückzahlbaren Konjunkturzuschlags zur Einkommensteuer und zur Körperschaftsteuer vom 23.7.1970 (BGBl I 1125).

(33) Hierzu auch BVerfG NJW 1970, 2208 (Ablehnung einer einstweiligen Anordnung).

(34) G zur Verwirklichung der mehrjährigen Finanzplanung des Bundes, I. Teil: Zweites Steueränderungs G 1967, Art. 1: G über eine Ergänzungsabgabe zur Einkommensteuer und zur Körperschaftsteuer, vom 21.12.1967 (BGBl I 1254).

(35) SteueränderungsG 1973, Art. 4: G über die Erhebung eines Zuschlags zur Einkommensteuer und zur Körperschaftsteuer für die Kalenderjahre 1973 und 1974, vom 26.6.1973 (BGBl I 681).

(36) HIERZU E. HEUSS, *Der Mißbrauch des Rechtes durch die Wirtschaftspolitik*, in *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift Franz Böhm*, Tübingen, Mohr, 1975, S. 245.

(37) Bundestagsverhandlungen, Drucksache VI/1017 vom 7.7.1970 (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Drucksachen, Berlin, Karl Heymanns Verlag).

(38) Bundestagsverhandlungen, Drucksache V/2087 vom 1.9.1967.

(39) Bundestagsverhandlungen, Drucksache 7/419 vom 28.3.1973, S. 25, 47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

an ihre Stelle gesetzt (40). In Hinblick auf die Schwankungen der Konjunktur sollte das AbsicherungsG 1968 der Inflation vorbeugen (41); der Konjunkturzuschlag 1970 und der Stabilitätszuschlag 1973 sollten ebenfalls kontraktiv wirken. In dieses Bild schien sich auch die Ergänzungsabgabe zu fügen; doch wurden gleichzeitig Maßnahmen expansiver Art (zusätzliche öffentliche Investitionen) zum Ausgleich eingesetzt, wie die Entwurfsbegründung betonte (42). Alle vier Entscheidungen (43) haben in Fortführung der Rechtsprechung den wirtschafts- und steuerpolitischen Spielraum, wie oben skizziert, des Gesetzgebers hervorgehoben; in BVerfGE 30.250 findet sich die seitdem oft zitierte Wendung, die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Maßnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit werde "nur sehr selten und nur in ganz besonders gelagerten Fällen" fesgestellt werden können (44). Und ob andere Maßnahmen die Ziele besser erreicht hätten, habe das Gericht nicht zu entscheiden (45).

Für die Konjunkturpolitik hatte sich so das höchste Gericht als berechenbarer Partner erwiesen. Übrigens zerbrach es sich damals, im Gegensatz zum Schrifttum, nicht den Kopf über das "gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht" in § 1 StabWG oder in den einschlägigen Artikeln des Grundgesetzes (46); nur im Vorbeigehen streifte es die Wendung (47). Dann aber, viele Jahre später, schrieb das

(40) § 9 Abs. 2 StabZG: "Die nach Absatz 1 Satz 1 angesammelten Mittel können durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates freigegeben werden. Dies ist nur zur Förderung der Ziele des § 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (Bundesgesetzbl. I S. 582), geändert durch das Finanzanpassungsgesetz vom 30. August 1971 (Bundesgesetzbl. I S. 1426), zulässig; keines dieser Ziele darf durch die Freigabe beeinträchtigt werden."

Vgl. § 15 Abs. 5 Satz 2 StabWG: "Die Freigabe ist nur zur Vermeidung einer die Ziele des § 1 gefährdenden Abschwächung der allgemeinen Wirtschaftstätigkeit zulässig."

(41) Bundestagsverhandlungen, Drucksache V/3524 vom 21.11.1968.

(42) Drucksache V/2087 aaO S. 8.

(43) BVerfGE 32. 333 erging im Normenkontrollverfahren, den anderen Entscheidungen lagen Verfassungsbeschwerden zugrunde.

(44) Ebd. S. 263.

(45) BVerfGE 29. 402, 410f; 36. 66, 72.

(46) Art. 104a Abs. 4, Art. 109 Abs. 2 und Abs. 4, Art. 115 Abs. 1 GG.

(47) BVerfGE 32. 333, 344. Ebenso BVerfGE 39. 96 (1975); BVerfG, Beschluss

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gericht hierüber geradezu eine wissenschaftliche Abhandlung (48). Den Anlass bot das Haushaltsgesetz 1981 (49) (*sic*; das Urteil erging 1989) und die Prüfung der Frage, ob es gegen Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG (50) verstieße; das Gesetz hatte die Ausnahme des zweiten Halbsatzes der Norm in Anspruch genommen. Mit dieser Bestimmung war der Staatsverschuldung im Kielwasser Keynes' Tür und Tor geöffnet worden; der Verfassunggeber hatte keine quantitativen, sondern bloß qualitative, also gerichtlich nur begrenzt kontrollierbare Schranken gesetzt. Das Gericht gab sich größte Mühe, die Ausnahmenorm zu strukturieren und zu "prozeduralisieren"; im Ergebnis erwies es sich wiederum als treuer Verbündeter in konjunkturpolitischen Nöten. Für den Begriff des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts verwies es grundsätzlich auf die

---

vom 15.12.1989, NVwZ 1990, 356. Ähnlich das Bundesverwaltungsgericht: BVerwG, Beschluss vom 10.2.1988, 401. 61 Zweitwohnungsteuer Nr. 3 (die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hatte das BVerfG im eben zitierten Beschluss nicht zur Entscheidung angenommen); BVerwG NVwZ 1998, 178. Mit § 1 StabWG befasste sich auch BVerwG NVwZ 1995, 168: "(...) Die Frage, 'ob unter dem Gesichtspunkt des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (...) bei einer sehr hohen Arbeitslosigkeit und damit einem relativ niedrigen Beschäftigungsstand eine Maßnahme wie die Arbeitszeitverlängerung für die Beamten zulässig ist, die damit gleichzeitig der Neuschaffung von Stellen und damit einem Abbau der Arbeitslosigkeit entgegensteht (vgl. § 1 StabilG)', würde sich in dieser Form in einem Revisionsverfahren nicht stellen. Zwar hat der Beamtengesetzgeber durch gesetzliche Regelungen im Spannungsfeld zwischen begründeten Rechten des einzelnen Bediensteten und den vorgegebenen öffentlichen Belangen diesen angemessen und ausgewogen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 55, 207, 242). Die Ausführungen hierzu in dem angefochtenen Urteil geben diese Abwägung wieder (Stärkung der Kapazität des öffentlichen Dienstes, überproportionaler Anstieg der Personalkosten; Verringerung der Mehrarbeitsvergütung). Zutreffend weist aber das Berufungsgericht [*sc.* VGH München] darauf hin, daß die Frage, ob mit der Arbeitszeitverlängerung ein Stellenabbau und Stelleneinsparungen verbunden seien, die mit Rücksicht auf die nach dem StabWG zu beachtende Arbeitsmarktsituation hätten unterbleiben sollen, eine Frage der politischen Abwägung und Entscheidung ist, die der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle — soweit sie hier ansteht — entzogen ist."

(48) BVerfGE 79. 311 (1989). Hierzu O. Gandenberger, FinA 48 (1990) 28.

(49) G über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 1981 vom 13.7.1981 (BGBl I 630), § 2 Abs. 1 ("Der Bundesminister der Finanzen wird ermächtigt, zur Deckung von Ausgaben für das Haushaltsjahr 1981 Kredite bis zur Höhe von 33 775 000 000 Deutsche Mark aufzunehmen.").

(50) Zum Wortlaut des Art. 115 Abs. 1 GG vgl. Fn. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"gesicherten Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften als zuständiger Fachdisziplin" (51); es reökonominierte also gewissermaßen den Begriff, obwohl man sich doch sonst so sehr um seine Juridifizierung gesorgt hatte.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, oder seine wissenschaftliche Abhandlung, war in einem Zeitpunkt erschienen, als die dem Stabilitäts- und Wachstumsgesetz zugrunde liegende "Philosophie" ihren Höhepunkt längst überschritten hatte und das Gesetz selbst fast in Vergessenheit geraten war. Der Keynesianismus und seine fiskalisch formierte Nachfragepolitik konnten nicht halten, was sie versprochen hatten; ihr Optimismus realisierte sich zum großen Teil nicht. Die Ursachen für das — partielle — Misslingen sind oft aufgezeigt, vielfach übrigens vorausgesagt worden. Für manche wirtschaftsliberale Autoren ist der Misserfolg unausweichlich gewesen, weil dem Element der Planung im Keynesianismus eine irrig-vermessene Anthropologie zugrunde gelegen habe (52). Bei ihnen und verwandten Ökonomen führte der Misserfolg als Resultat einer Prozesspolitik zur Rückbesinnung auf das Erfordernis sorgfältig angelegter Ordnungspolitik, während auf genau entgegengesetzter Seite neue Munition gewonnen wurde für die generellen Attacken gegen die Marktwirtschaft, welche Prägung auch immer sie angenommen hatte. In längeren Perioden deutscher Geschichte betrachtet, war ein weiteres Mal das Vertrauen, dem man sich doch so gern hingab, in die wirtschaftliche Steuerungskompetenz des Staates enttäuscht worden, und diese Enttäuschung schlug sich in bedauernden Ursachenanalysen, aber auch manchen Schuldzuweisungen nieder. Natürlich wurde Ursachenforschung auch von den Gegnern und "wohlwollenden Skeptikern" der nachfrage-

(51) Ebd. S. 338.

(52) ERNST HEUSS, *Die Vorstellung von der Machbarkeit der Wirtschaftspolitik*, in *Beiträge zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Festschrift Theodor Pütz*, hg. von E. DÜRR, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, S. 23; E. HOPPMANN, *Soziale Marktwirtschaft oder Konstruktivistischer Interventionismus?*, in *Soziale Marktwirtschaft im Wandel*, hg.von EGON TUCHTFELDT, Freiburg, Rombach + Co, 1973, S. 27; E. TUCHTFELDT, *Soziale Marktwirtschaft und Globalsteuerung: zwei wirtschaftspolitische Experimente*, Wirtschaftspolitische Chronik Heft 1 (1973) 9. - Den anthropologischen Gesichtspunkt fand man weniger bei Walter Eucken als vielmehr in den Schriften v. Hayeks (s. auch RdW I, S. 79).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

orientierten Konjunkturpolitik betrieben, lagen nun theoretische Erwägungen zugrunde oder wurde die politische Praxis ins Auge gefasst. Aus dem Ursachenbündel, das auf die jeweilige Weise festgestellt wurde, lassen sich etwa folgende drei Gesichtspunkte herausschälen (53).

— Als *konzeptinhärent* können jene Schwächen bezeichnet werden, die jeder Planung und besonders ihren kurzfristigen Varianten anhaften. Die der Vorbereitung dienenden Informationen kommen nicht rasch und nicht vollständig genug; beginnt ihre Verarbeitung, haben sich die Indikatoren schon wieder geändert; auf einer solchermaßen schwankenden Diagnose hat die Prognose zu folgen, die Entscheidung über die Art der Instrumente, ihre Dosierung, ihren zeitlichen Einsatz, die Abschätzung der Wirkungen: wie verlässlich kann aber die Abschätzung ausfallen, wenn man die Vielfalt der Adressaten der Maßnahmen ins Auge fasst, die Adressaten sozusagen "disaggregiert"; wenn man mit ganz unterschiedlichen Wirkungsimpulsen rechnen muss, wenn das Phänomen der Wirkungsverzögerung einbezogen werden soll (54), wenn Nah-

(53) Aus dem Schrifttum: Stabilitätspolitik in der Marktwirtschaft (oben Fn. 7); N. KLOTEN./R. VOLLMER, *Stabilität und Wachstum in der Wirtschaftspolitik*, in *Die zweite Republik*, hg. von RICHARD LÖWENTHAL/H.-P. SCHWARZ, Stuttgart, Seewald, 1974, S. 703; N. KLOTEN, *Erfolg und Mißerfolg der Stabilisierungspolitik*, in *Währung und Wirtschaft in Deutschland 1876-1975*, hg. von der Deutschen Bundesbank, Frankfurt/Main, Knapp, 1976, S. 643; DERS., *Das Stabilisierungsproblem: Konzeption und wirtschaftspolitische Praxis*, in *Währungsreform und Soziale Marktwirtschaft*, hg. von WOLFRAM FISCHER (SVSocialpolitik 190), Berlin, Duncker & Humblot, 1989, S. 79; H.-J. SCHMAHL, *Prozesspolitik und Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift Heinz-Dietrich Ortlieb*, hg. von E. ARNDT, Tübingen, Mohr, 1975, S. 171; Joachim Starbatty, *Erfolgskontrolle der Globalsteuerung*, Frankfurt/Main, Knapp, 1976; JÖRG BEYFUSS, *10 Jahre Stabilitätsgesetz*, Köln, Deutscher Instituts-Verlag 1977; PAUL-HELMUT HUPPERTZ, *Gewaltenteilung und antizyklische Finanzpolitik*, Baden-Baden, Nomos, 1977; OTTO SCHLECHT, *"Konjunkturpolitik in der Krise"*, Tübingen, Mohr, 1983; KLAUS SCHROEDER, *Der Weg in die Stagnation: eine empirische Studie zur Konjunkturentwicklung und Konjunkturpolitik in der Bundesrepublik 1967-1982*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1984; TH. SARRAZIN, *Die Finanzpolitik des Bundes 1970-1982*, in *Kämpfer ohne Pathos, Festschrift Hans Matthöfer*, hg. von H. SCHMIDT u. W. HESSELBACH, Bonn, Verlag Neue Gesellschaft, 1985, S. 195; HARALD SCHERF, *Enttäuschte Hoffnungen, vergebene Chancen: die Wirtschaftspolitik der Sozial-Liberalen Koalition*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1986.

(54) Diese und andere Zeitverzögerungen (*time-lags*) sind in einem Schaubild

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und Fernwirkungen, intendierte und nichtintendierte — die befürchteten Nebenwirkungen — ins Spiel kommen; und wenn bei all dem nicht nur die Handlungen, sondern auch Erwartungen der Wirtschaftsakteure in Betracht zu ziehen sind, die Möglichkeit von Antizipationen, von ausweichendem Verhalten, und was der Dinge mehr sind? Oft musste man sich da mit Plausibilitäten begnügen, oft verschwamm deren Grenze zur bloßen Spekulation.

— Unter dem Stichwort "*offene Flanken*" wurden im wesentlichen drei Schwachstellen der Stabilitätspolitik und ihrer legislativen Umsetzung aufgezeigt. Zum einen gelang die außenwirtschaftliche Absicherung nicht nach Wunsch; trotz dem (einer Generalklausel gleichenden) § 4 (55) gab ja das StabWG das Bild einer geschlossenen Volkswirtschaft wieder. Große Sorge bereitete das Phänomen der importierten Inflation. Durch den Übergang zu flexiblen Wechselkursen im März 1973, die das Ende des Bretton-Woods-Weltwährungssystems bedeuteten, entspannte sich die Lage, ohne dass aber die außenwirtschaftlichen Störungen endgültig unterbunden worden wären. Für eine gewisse Zeit haben sich die Bundesregierungen des Instrumentariums des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) (56) bedient. So wurden aufgrund § 23 AWG (57) Kapital-

---

analysiert bei KLAUS MACKSCHEIDT/J. STEINHAUSEN, *Finanzpolitik I: Grundfragen fiskalpolitischer Lenkung*, 2. Aufl., Tübingen, Mohr; Düsseldorf, Werner, 1975, S. 68.

(55) § 4 StabWG lautet: "Bei außenwirtschaftlichen Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, deren Abwehr durch binnenwirtschaftliche Maßnahmen nicht oder nur unter Beeinträchtigung der in § 1 genannten Ziele möglich ist, hat die Bundesregierung alle Möglichkeiten der internationalen Koordination zu nutzen. Soweit dies nicht ausreicht, setzt sie die ihr zur Wahrung des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts zur Verfügung stehenden wirtschaftspolitischen Mittel ein."

(56) AußenwirtschaftsG vom 28.4.1961 (BGBl I 481).

(57) § 23 AWG: "(1) Rechtsgeschäfte zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden können beschränkt werden, wenn sie 1. den entgeltlichen Erwerb von Grundstücken im Wirtschaftsgebiet und von Rechten an solchen Grundstücken durch Gebietsfremde, 2. den entgeltlichen Erwerb von Schiffen, die im Schiffsregister eines Gerichts im Wirtschaftsgebiet eingetragen sind, und von Rechten an solchen Schiffen durch Gebietsfremde, 3. den entgeltlichen Erwerb von Unternehmen mit Sitz im Wirtschaftsgebiet und Beteiligungen an solchen Unternehmen durch Gebietsfremde, 4. den entgeltlichen Erwerb inländischer Wertpapiere durch Gebietsfremde, 5. den entgeltlichen Erwerb von Wechseln, die ein Gebietsansässiger ausgestellt oder angenommen hat, durch Gebietsfremde, 6. die Aufnahme von Darlehen und sonstigen Krediten sowie die Inanspruchnahme von Zahlungsfristen durch Gebietsansässige oder 7. die Führung und

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verkehrskontrollen (58) und aufgrund des 1971 eingefügten § 6a AWG (59) die sogenannte Bardepotpflicht (60) eingeführt. In diesem Zusammenhang gehört auch das bereits erwähnte nur kurzlebige AbsicherungsG (61).

Für die zweite Unzulänglichkeit müssen wir in das Innere unseres Staatswesens blicken. Wenn zur Steuerung der Konjunktur die Ausgabenpolitik öffentlicher Haushalte eingesetzt wird, ist mit dem dreistufigen Aufbau unseres Gemeinwesens, mit den Ebenen des Bundes, der Länder und der Gemeinden zu rechnen. Mit diesem Aufbau sind Autonomien in der Haushaltswirtschaft verbunden. Vor allem den Gemeinden waren die konjunkturpolitischen Zügel anzulegen, wenn man ins Auge fasst, dass der Ausgabenspielraum für die öffentliche Hand überhaupt begrenzt ist und Flexibilität im wesentlichen nur auf dem Gebiet der Bau- und sonstigen Sachinvestitionen besteht, hieran aber die Gemeinden mit ungefähr zwei

---

Verzinsung von Konten Gebietsfremder bei Geldinstituten im Wirtschaftsgebiet zum Gegenstand haben. (2) Ferner können beschränkt werden 1. die Gründung von Unternehmen mit Sitz im Wirtschaftsgebiet durch Gebietsfremde oder unter Beteiligung von Gebietsfremden an der Gründung oder 2. die Ausstattung von Unternehmen, Zweigniederlassungen und Betriebsstätten im Wirtschaftsgebiet mit Vermögenswerten (Betriebsmittel und Anlagewerte) durch Gebietsfremde. (3) Beschränkungen nach Absatz 1 und 2 sind zulässig, um einer Beeinträchtigung der Kaufkraft der Deutschen Mark entgegenzuwirken oder das Gleichgewicht der Zahlungsbilanz sicherzustellen."

(58) Zwanzigste VO zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) vom 9. 5. 1971 (BGBl I 441), mehrfach geändert, durch 50. ÄnderungsVO zur AWV vom 3. 8. 1981 (BGBl I 849) aufgehoben.

(59) Eingefügt durch G zur Änderung des AWG vom 23.12.1971 (BGBl I 2141). Die Vorschrift wurde später mehrfach geändert. § 6a Abs. 1 beginnt mit dem Satz: "Wird die Wirksamkeit der Währungs- und Konjunkturpolitik durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten derart beeinträchtigt, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gefährdet ist, so kann durch Rechtsverordnung vorgeschrieben werden, daß Gebietsansässige einen bestimmten Vom-Hundert-Satz der Verbindlichkeiten aus den von ihnen unmittelbar oder mittelbar bei Gebietsfremden aufgenommenen Darlehen oder sonstigen Krediten während eines bestimmten Zeitraums zinslos auf einem Konto bei der Deutschen Bundesbank in Deutscher Mark zu halten haben (Depotpflicht)."

(60) 21. ÄnderungsVO zur AWV vom 1. 3. 1972 (BGBl I 213), aufgehoben durch 32. ÄnderungsVO zur AWV vom 12.9.1974 (BGBl I 2324). Aus der Rechtsprechung BVerwGE 54.11 und 22 (1977), 58.189 (1979), 59.148 (1979); BGH NJW 1977, 2030; BGHZ 83.190 (1982).

(61) Oben Fn. 30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dritteln beteiligt sind (62). Der Gesetzgeber hat versucht, die Gemeinden an die Hand zu nehmen (63), doch gelang es ihm nicht, in Phasen kontraktiver Notwendigkeiten ein prozyklisches Ausgabeverhalten der Gemeinden zu verhindern. Hier scheiterte also Stabilitätspolitik am mangelnden Zentralismus: das große Trauma der Planer, welcher politischen Richtung sie auch immer sich zugehörig fühlen mögen.

Die dritte "offene Flanke" bot die Lohnentwicklung oder, in zugespitzter Formulierung, die stabilitätspolitische Inpflichtnahme der Gewerkschaften. Der Gesetzgeber hatte gemeint, mit der "Konzertierten Aktion" des § 3 StabWG (64) eine weise Lösung gefunden zu haben (65). Die Resonanz in Politik und Wissenschaft war zu-

---

(62) Siehe etwa K. PREGITZER, *Die Konjunktursteuerung und das föderative System des Grundgesetzes*, in *Wirtschaftsordnung und Grundgesetz*, hg. von WOLFGANG BOHLING, Stuttgart, Fischer, 1981, S. 71 (mit Schrifttum).

(63) § 16 StabWG: "(1) Gemeinden und Gemeindeverbände haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Zielen des § 1 Rechnung zu tragen. (2) Die Länder haben durch geeignete Maßnahmen darauf hinzuwirken, daß die Haushaltswirtschaft der Gemeinden und Gemeindeverbände den konjunkturpolitischen Erfordernissen entspricht."

(64) § 3 StabWG: "(1) Im Falle der Gefährdung eines der Ziele des § 1 stellt die Bundesregierung Orientierungsdaten für ein gleichzeitiges aufeinander abgestimmtes Verhalten (konzertierte Aktion) der Gebietskörperschaften, Gewerkschaften und Unternehmensverbände zur Erreichung der Ziele des § 1 zur Verfügung. Diese Orientierungsdaten enthalten insbesondere eine Darstellung der gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge im Hinblick auf die gegebene Situation. (2) Der Bundesminister für Wirtschaft hat die Orientierungsdaten auf Verlangen eines der Beteiligten zu erläutern."

(65) Aus dem Schrifttum: K.H. BIEDENKOPF, *Rechtsfragen der konzertierten Aktion*, Betriebs-Berater 1968, 1005; J. MOLSBERGER, *Zwischenbilanz der Konzertierten Aktion*, Ordo 21 (1970) 167; D. CASSEL, *Die Konzertierte Aktion: Instrument einer rationalen Stabilisierungspolitik?*, in *25 Jahre Marktwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, hg.von DIETER CASSEL u.a., Stuttgart, Fischer, 1972, S. 251; CH. WATRIN, *Die Demokratisierung der Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Demokratie und Mitbestimmung*, hg. von ARTHUR F. UTZ/H.B. STREITHOFEN, Stuttgart, Seewald, 1970, S. 124; *Konzertierte Aktion: kritische Beiträge zu einem Experiment*, hg. von ERICH HOPPMANN, Frankfurt/Main, Athenaeum, 1971 (hierzu Ingo Schmidt, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 92, 1972, 421); J. KLAUS, *Die Konzertierte Aktion als Instrument der neuen Wirtschaftspolitik*, in *Neue Wege der Wirtschaftspolitik*, hg. von ERNST DÜRR (SVSocialpolitik 67), Berlin, Duncker & Humblot, 1972, S. 11; B. KÜLP, *Der Einfluss der konzertierten Aktion auf das Verhalten der Tarifpartner*, ebd. S. 53; M. KERN, *Wandlungen der Konzertierten Aktion*, in Wirtschaftspolitische Chronik Heft 3/1973, S. 49; HEINZ-DIETER HARDES, *Einkommenspolitik in der BRD, Stabilität und Gruppen-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nächst groß; in der Konzertierten Aktion erblickte man die einkommenspolitische Ergänzung oder gar Grundlegung der Konjunkturpolitik des Gesetzes. Kritik an der neuen Einrichtung ließ freilich auch nicht auf sich warten, eine Kritik, an der sich Juristen beteiligten: gerügt wurde etwa aus verfassungsstaatlicher Sicht die Gefahr der Entparlamentarisierung und aus rechtsstaatlicher Sicht die Ausdünnung von Klagerechten (66). Aber nicht die juristischen Bedenken, sondern andere Gründe waren es, die zum Misserfolg und schließlich zum Bruch führten (67), und hiervon sind vor allem zwei zu nennen. Zum einen stellte sich die von Wirtschaftswissenschaftlern vorausgesagte Asymmetrie in der Reaktion der Adressaten konjunkturpolitischer Maßnahmen ein: im Abschwung mit expansiven Notwendigkeiten wird Einkommen tendenziell gestärkt, sodass Zustimmung überwiegt; im Aufschwung, nun kontraktive Politik anmahnend, nimmt Einkommen eher ab als zu, weshalb sich Widerstand regt (um die Dinge auf eine einfache Formel zu bringen). Zweitens erwies sich mit der Zeit der Dissens in der Frage als unüberbrückbar, ob die Konzertierte Aktion bloß konjunkturpolitische Aufgaben zu erfüllen oder sich in einem Selbstfindungsprozess zur Gesellschaftspolitik zu bekennen habe. Im Ergebnis scheiterte mit der Konzertierten Aktion eines der aus der deutschen Geschichte vertrauten Konstrukte des staatlich koordinierten Korporatismus. Wenn wir die Zuspitzung zu Anfang dieses Absatzes wieder aufnehmen, dann handelte es sich in unserem Fall um eine Art kontraktiver Korporatismus, der scheiterte (scheitern musste).

---

interessen: der Fall Konzertierte Aktion, Frankfurt/Main, Herder & Herder, 1974; OTTO A. FRIEDRICH, *Lohnpolitik und Konzertierte Aktion: Erfahrungsbericht eines Praktikers (nämlich als Vertreter der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände)*, in *Wirtschaftspolitik - Wissenschaft und politische Aufgabe, Festschrift Karl Schiller*, hg. VON H. KÖRNER, Bern, Stuttgart, Haupt, 1976, S. 329; HELMUT SIEKMANN, *Institutionalisierte Einkommenspolitik in der Bundesrepublik Deutschland*, München, Vahlen, 1985.

(66) BIEDENKOPF aaO; H.H. RUPP, *Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie*, in *Konzertierte Aktion*, hg. von E. HOPPMANN aaO, S. 1.

(67) Das erste Gespräch der Konzertierten Aktion fand im November 1967 statt. Im Jahr 1977 nahmen die Gewerkschaften den Gang der Unternehmen vor das Bundesverfassungsgericht zum willkommenen Anlass, aus der Konzertierten Aktion auszusteigen. Freilich hat man sich auch danach an informellen Tischen zusammengesetzt.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— Die dritte Schwäche, zugleich die offenkundigste, kann man die *tagespolitische* nennen. Konjunkturpolitik ist kurzfristig angelegt, sie kann mit anderen kurzfristigen Politiken ins Gehege kommen. Im Bundeskabinett machen sich nicht nur das Wirtschafts- und das Finanzressort bemerkbar. Regiert eine Koalition, sind deren Partner nicht gleichermaßen auf Konjunkturpolitik eingeschworen. Im Grunde genommen müsste, soll Konjunkturpolitik effektiv sein und effektiv bleiben, der Wirtschaftspolitik vor allen anderen Politiken Priorität eingeräumt werden. Aber Wirtschaftspolitik ist vor und in Wahlen nur begrenzt zu vermitteln. Das gilt natürlich besonders in Phasen kontraktiver Notwendigkeiten, wenn also auf den Wähler Einschränkungen zukommen. Und zieht man nicht nur den Bundestag, sondern auch die Landtagswahlen in Betracht, dann gibt es in Deutschland nur wenige Zeitphasen, in denen Wahlüberlegungen nicht eine entscheidende Rolle im Handeln oder Unterlassen eingeräumt werden würde.

Bei einem Ursachenbündel derart heterogener Natur (68) würde man in Versuchung geraten, die verschiedenen Beiträge zum schließlichen Misserfolg der Konjunkturpolitik und ihres gesetzlichen Instrumentariums abzumessen und ihr Gewicht in diesem Geschehen zu bestimmen. Hier könnten auch die beteiligten Wissenschaften — Wirtschaftswissenschaft, Politikwissenschaft, Rechtswissenschaft — jeweils zu unterschiedlichen Einschätzungen kommen. Wie dem immer sei, am Ergebnis war nicht zu rütteln, dass die Ernte, die man erhoffte, nicht eingefahren werden konnte, dass die Entwicklung sogar zu einer (zeitweisen) Stagflation — im Sinne geringen Wachstums, steigender Inflation, zunehmender Arbeitslosigkeit — nicht aufzuhalten gewesen war.

Unser Stabilitäts- und Wachstumsgesetz verlor sich in der Erinnerung der Akteure, zumindest was die Eingriffsinstrumente, die das Gesetz anbot, betrifft. Andere Vorkehrungen haben alle Krisen überlebt, freilich in der Gesamtsicht ebenfalls enttäuscht. Die mittelfristige Finanzplanung (69) hat ihr Verhältnis zu den Jahres-

(68) Hierzu zählen noch Singularitäten wie die Erdölkrisen 1973/74 und 1979/80.

(69) § 9 StabWG: "(1) Der Haushaltswirtschaft des Bundes ist eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde zu legen. In ihr sind Umfang und Zusammensetzung der

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

haushaltsplänen methodisch verfehlt; nicht richten sich diese nach ihr, sondern der Fünfjahres- wird aus den Einjahresplänen entwickelt und ihnen Jahr für Jahr angeglichen. Kein großer Erfolg war auch der stabilitätspolitischen Räteverfassung, wie man es nennen könnte, beschieden, also dem Konjunkturrat und dem Finanz-

---

voraussichtlichen Ausgaben und die Deckungsmöglichkeiten in ihren Wechselbeziehungen zu der mutmaßlichen Entwicklung des gesamtwirtschaftlichen Leistungsvermögens darzustellen, gegebenenfalls durch Alternativrechnungen. (2) Der Finanzplan ist vom Bundesminister der Finanzen aufzustellen und zu begründen. Er wird von der Bundesregierung beschlossen und Bundestag und Bundesrat vorgelegt. (3) Der Finanzplan ist jährlich der Entwicklung anzupassen und fortzuführen."

§ 50 HGrG: "(1) Bund und Länder legen ihrer Haushaltswirtschaft je für sich eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde (§ 9 Abs. 1 und § 14 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 - Bundesgesetzbl. I S. 582). (2) Das erste Planungsjahr der Finanzplanung ist das laufende Haushaltsjahr. (3) Der Finanzplan (§ 9 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft) ist den gesetzgebenden Körperschaften spätestens im Zusammenhang mit dem Entwurf des Haushaltsgesetzes für das nächste Haushaltsjahr vorzulegen. Die gesetzgebenden Körperschaften können die Vorlage von Alternativrechnungen verlangen. (4) Im Finanzplan sind die vorgesehenen Investitionsschwerpunkte zu erläutern und zu begründen. (5) Den gesetzgebenden Körperschaften sind die auf der Grundlage der Finanzplanung überarbeiteten mehrjährigen Investitionsprogramme (§ 10 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft) vorzulegen. (6) Die Planung nach § 11 Satz 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft ist für Investitionsvorhaben des dritten Planungsjahres in ausreichendem Umfang so vorzubeiten, daß mit ihrer Durchführung kurzfristig begonnen werden kann. (7) Die Regierung soll rechtzeitig geeignete Maßnahmen treffen, die nach der Finanzplanung erforderlich sind, um eine geordnete Haushaltsentwicklung unter Berücksichtigung des voraussichtlichen gesamtwirtschaftlichen Leistungsvermögens in den einzelnen Planungsjahren zu sichern."

— Aus dem Schrifttum: H. FISCHER-MENSHAUSEN, *Mittelfristige Finanzplanung und Haushaltsrecht*, in *Probleme der Haushalts- und Finanzplanung*, hg. von HEINZ HALLER (SVSocialpolitik 52), Berlin, Duncker & Humblot, 1969, S. 56; KURT SCHMIDT/E. WILLE, *Die mehrjährige Finanzplanung: Wunsch und Wirklichkeit*, Tübingen, Mohr, 1970; K.-H. HANSMEYER, *Die mittelfristige Finanzplanung: ein neues Instrument der Wirtschaftspolitik?*, in *Neue Wege der Wirtschaftspolitik*, hg. von ERNST DÜRR (SVSocialpolitik 67), Berlin, Duncker & Humblot, 1972, S. 125; E. WILLE, *Finanzplanung am Scheideweg: Resignation oder Neubesinnung?*, FinA 35 (1976/77) 66; WOLFGANG GRAF VITZTHUM, *Parlament und Planung*, Baden-Baden, Nomos, 1978, S. 164; KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, München, Beck, 1980, § 45 IV 4; WERNER HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, Baden-Baden, Nomos-Verlags-Gesellschaft, 1989, S. 232.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

planungsrat (70). Reussiert hat offenbar nur der beim Konjunkturrat gebildete Ausschuss für Kreditfragen der öffentlichen Hand (71).

Alles in allem, und es wurde von niemandem bestritten, hat die Konjunkturpolitik, ob in Gesetzesform gekleidet oder nicht, die Ziele, die sie sich gesetzt hatte, nur für kürzeste Zeit, aber eben nicht auf Dauer erreichen können. In dieser Lage begann man, sich nach

---

(70) § 18 StabWG: "(1) Bei der Bundesregierung wird ein Konjunkturrat für die öffentliche Hand gebildet. Dem Rat gehören an: 1. die Bundesminister für Wirtschaft und der Finanzen, 2. je ein Vertreter eines jeden Landes, 3. vier Vertreter der Gemeinden und der Gemeindeverbände, die vom Bundesrat auf Vorschlag der kommunalen Spitzenverbände bestimmt werden. Den Vorsitz im Konjunkturrat führt der Bundesminister für Wirtschaft. (2) Der Konjunkturrat berät nach einer vom Bundesminister für Wirtschaft zu erlassenden Geschäftsordnung in regelmäßigen Abständen: 1. alle zur Erreichung der Ziele dieses Gesetzes erforderlichen konjunkturpolitischen Maßnahmen; 2. die Möglichkeiten der Deckung des Kreditbedarfs der öffentlichen Haushalte. Der Konjunkturrat ist insbesondere vor allen Maßnahmen nach den §§ 15, 19 und 20 zu hören. (3) Die Bundesbank hat das Recht, an den Beratungen des Konjunkturrates teilzunehmen."

§ 51 HGrG: "(1) Bei der Bundesregierung wird ein Finanzplanungsrat gebildet. Dem Finanzplanungsrat gehören an: 1. die Bundesminister der Finanzen und für Wirtschaft, 2. die für die Finanzen zuständigen Minister der Länder, 3. vier Vertreter der Gemeinden und Gemeindeverbände, die vom Bundesrat auf Vorschlag der kommunalen Spitzenverbände bestimmt werden. Die Deutsche Bundesbank kann an den Beratungen des Finanzplanungsrates teilnehmen. (2) Der Finanzplanungsrat gibt Empfehlungen für eine Koordinierung der Finanzplanungen des Bundes, der Länder und der Gemeinden und Gemeindeverbände. Dabei sollen eine einheitliche Systematik der Finanzplanungen aufgestellt sowie einheitliche volks- und finanzwirtschaftliche Annahmen für die Finanzplanungen und Schwerpunkte für eine den gesamtwirtschaftlichen Erfordernissen entsprechende Erfüllung der öffentlichen Aufgaben ermittelt werden. Die vom Konjunkturrat für die öffentliche Hand zur Erreichung der Ziele des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft für erforderlich gehaltenen Maßnahmen sollen berücksichtigt werden. (3) Die voraussichtlichen Einnahmen und Ausgaben der in § 52 genannten Einrichtungen sollen in die Beratungen und Empfehlungen einbezogen werden, soweit sie nicht schon in den Finanzplanungen des Bundes, der Länder und der Gemeinden und Gemeindeverbände enthalten sind. (4) Den Vorsitz im Finanzplanungsrat führt der Bundesminister der Finanzen. (5) Der Finanzplanungsrat gibt sich eine Geschäftsordnung."

— Siehe H. MATZERATH, *Konjunkturrat und Finanzplanungsrat*, Archiv für Kommunalwissenschaften 11 (1972) 243; G. JOOSS, *Mittelfristige Finanzplanung im Bundesstaat*, FinA 40 (1982) 44; O.E. GESKE, *Zur Koordinierung der Haushalts- und Finanzplanungen von Bund, Ländern und Gemeinden*, Der Staat 22 (1983) 94.

(71) LAUT K.-H. HANSMEYER, *Erfahrungen mit dem Stabilitätsgesetz*, Wirtschaftsdienst 57 (1977) 610; ebenso JOOS aaO S. 50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Heilmitteln umzusehen und neue Rezepte auszustellen. Zwei Wege wurden hierbei eingeschlagen. Der eine würde Stabilitätspolitik, wie in Gang gesetzt, beibehalten, sie aber von ihren Mängeln befreien, sie also perfektionieren; auf dem anderen Wege würde das keynesianische Projekt abgebrochen oder ihm höchstens ein ergänzender Aufgabenkreis zugewiesen werden. Zu den Rezepten der ersten Art (72) gehörte beispielsweise der Vorschlag, Globalsteuerung in Richtung Strukturpolitik zu differenzieren, also durch Disaggregieren die Zielgenauigkeit der Steuerung zu erhöhen (73). Ein solcher Vorschlag führte jedoch zur Denaturierung der Globalsteuerung, wollte sie sich ja gerade von "Gallikanismen" dieser Art scharf abheben (74). Größere Aufmerksamkeit wurde folgenden drei Konzeptionen beziehungsweise Politiken zuteil:

— An die Stelle diskretionär-kasuistischer Spielräume, wie sie das StabWG vorsieht, sollen *Regelbindungen* treten (75), also Vorkehrungen, die dafür sorgen, dass (kurz gesagt) bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die wirtschaftspolitischen Akteure bestimmte Maßnahmen treffen. Man erhofft sich hierdurch eine Milderung des Problems der Zeitverzögerungen, eine größere Berechenbarkeit wirtschaftspolitischen Handelns und überhaupt anstelle hektischen Agierens die Verstetigung der Wirtschaftspolitik. Die Regelbindung kann im Extremfall Mechanismen auslösen, so im (fiktiven) Beispiel der Überschreitung einer bestimmten Inflationsrate, die automatisch zur im voraus fixierten Erhöhung der Lohnsteuer führt. Ansonsten werden bei gegebenen Voraussetzungen die zuständigen Instanzen zum regelgerechten Handeln verpflichtet. Alle Schwächen diskretionärer Stabilitätspolitik würden durch

(72) Eine Aufzählung bei OTTO SCHLECHT, *"Konjunkturpolitik in der Krise"*, Tübingen, Mohr, 1983, S. 17f.

(73) Kritisch hierzu beispielsweise H. SCHLESINGER, *Globalsteuerung der Wirtschaft versus sektoral und regional differenzierte Konjunkturpolitik*, in *Politik und Markt, Festschrift H.K. Schneider*, hg. von DIETER DUWENDAG U.A., Stuttgart, Fischer, 1980, S. 39.

(74) RdW I, S. 76.

(75) Vgl. hierzu das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft "Regelmechanismen und regelgebundenes Verhalten in der Wirtschaftspolitik" vom Dezember 1971 (= Sammelband der Gutachten, Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Göttingen, Schwarz, S. 597). Siehe auch HANS ULRICH REHHAHN, *Die verfassungsrechtliche Problematik konjunkturpolitischer Regelbindungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981 (mit Schrifttum).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Regelbindungen freilich nicht vermieden werden; erhalten bliebe etwa das Informationsproblem (Diagnose, Prognose), erhalten auch das Problem der Neben- und Fernwirkungen. Regelbildungen erwecken möglicherweise juristische Zweifel, vor allem aus der Perspektive des Verfassungsrechts, doch sind sie in dieser Hinsicht nicht auf die judikative Probe gestellt worden. Zu Regelbildungen können sich beide der oben angedeuteten Wege bekennen; dann dienen sie entweder der Perfektionierung der Konjunkturpolitik oder sie haben eine ganz andere Vorgehensweise im Auge.

— Mit der letzten Bemerkung berühren wir das Thema des *Monetarismus* (76). In seiner strengsten Bedeutung kommt er mit einer einzigen auf die Geldmenge bezogenen Regel aus. Eine Zurückhaltung dieser Art setzt allerdings ein fast unbegrenztes Vertrauen in die dem Markt innewohnende, von ihm und nur von ihm generierte Stabilität voraus. Wer diesen Optimismus nicht teilt, aber am monetaristischen Ansatz festhalten will, wird sich über das verbleibende Maß an Wirtschaftspolitik Gedanken machen müssen. Ein geschlossener Meinungsstand hat sich hier nicht gebildet, doch gibt es einige gemeinsame Nenner wie das Postulat der wirtschaftspolitischen Verstetigung und in diesem Rahmen die Verabschiedung zyklusorientierter Fiskalpolitik (77). Die wirtschaftspolitische Einbettung des Monetarismus führte auch zu Subsumtionen (mit positivem oder negativem Ausgang) unter die geläufigen Kategorien der Ordnungspolitik, Strukturpolitik, und anderem mehr.

— Die Affinität der *Angebotspolitik* (78), unseres dritten Anti-

---

(76) THOMAS MAYER, *Die Struktur des Monetarismus*, in *Die Monetarismus-Kontroverse*, hg. von WERNER EHRLICHER/W.-D. BECKER, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, S. 9; W. EHRLICHER, *Zur Monetarismus-Diskussion in "Kredit und Kapital"*, ebd. S. 217; H. JÖRG THIEME, *Keynesianismus-Monetarismus: Was bleibt?*, in *Geldordnung und Geldpolitik in einer freiheitlichen Gesellschaft*, hg. von JOACHIM STARBATTY, Tübingen, Mohr, 1982, S. 18.

(77) Obwohl die Gegenüberstellung Monetarismus-Keynesianismus gang und gäbe ist, erscheint es präziser, von einer Monetarismus-Fiskalismus-Kontroverse zu sprechen.

(78) Aus dem Schrifttum: O. ISSING, *Erfolgsbedingungen einer angebotsorientierten Wirtschaftspolitik,* in Perspektiven der deutschen Wirtschaftspolitik, hg. von HORST SIEBERT, Stuttgart u.a., Kohlhammer, 1983, S. 179; E. TUCHTFELDT, *Mikroökonomische Voraussetzungen trendorientierter Politik*, in *Die Zukunft der Globalsteuerung, Festschrift Karl Schiller*, hg. von H. KÖRNER, Bern, Stuttgart, Haupt, 1986, S. 177; K.-W. SCHATZ,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dots, zum Monetarismus lässt sich vor allem dem Verstetigungspostulat entnehmen. Ansonsten kann man aus theoretischer Sicht nicht daran vorbeikommen, dass der Angebotspolitik im Gegensatz zum Monetarismus keine handlungsleitende Konzeption zugrunde liegt. Angebotspolitik (in Anlehnung an *supply-side-economics*) drückt in der Wortwahl zunächst nur den Gegensatz zur Keynesianischen Nachfragepolitik aus. Wenn das Wort aber nicht nur einer Abgrenzung dienen, sondern seinerseits mit Substanz gefüllt werden soll, dann kann man von kaum mehr als einer Ansammlung wirtschaftspolitischer Teilchen im Dienst der Stabilisierung sprechen. Im Vordergrund steht die Stärkung des Produktionspotentials durch Förderung unternehmerischer Investitionen. Dieses Ziel bedingend oder begleitend werden Kataloge aufgestellt mit programmatischen Stücken wie Deregulierung, Privatisierung, Konsolidierung der öffentlichen Haushalte, Verringerung der Staatsquote, Abbau der Subventionen, aber auch Innovationsförderung (um nur dieses Beispiel auf der strukturpolitischen Ausgabenseite der öffentlichen Haushalte zu bringen). In der Einkommenspolitik wird Zurückhaltung empfohlen. Die Geldpolitik soll sich im großen und ganzen monetaristisch orientieren. Insgesamt also ein gewisser Eklektizismus, ein diffuses Arrangement, nicht untypisch für das Handeln im Zeichen einer Realpolitik, die zwar ein Ziel (hier das Ziel wirtschaftlicher Stabilität), nicht jedoch konstitutive Prinzipien vor Augen hat. Anders ausgedrückt, stellt sich Angebotspolitik als Ausfluss ökonomischen Effizienzdenkens, nicht jedoch — trotz manchen Beteuerungen — als Renaissance ordnungspolitischer Positionen dar (79). Aus juristischer Sicht ließe sich ein angebotspolitisches Gesetzeswerk nach Art des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzen nur schwer vorstellen.

Welche Wirkung ist von den neuen Verschreibungen, von den

Globalsteuerung und Angebotspolitik, in *Wirtschaftspolitik zwischen ökonomischer und politischer Rationalität, Festschrift Herbert Giersch*, hg. von M. E. STREIT, Wiesbaden, Gabler, 1988, S. 187; N. KLOTEN, *Das Stabilisierungsproblem: Konzeption und wirtschaftspolitische Praxis*, in *Währungsreform und Soziale Marktwirtschaft*, hg. von WOLFRAM FISCHER (SVSocialpolitik 190), Berlin, Duncker & Humblot, 1989, S. 99.

(79) Wieder anders gesagt, verträgt sich Angebotspolitik durchaus mit dem ordnungspolitisch inzwischen ja kaum mehr subsumierbaren Begriff der Sozialen Marktwirtschaft.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alternativen zur keynesianischen Stabilitätspolitik ausgegangen? Am Schnittpunkt, so kann man sagen, von Wissenschaft und Politik steht der "Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung", der, 1963 durch Gesetz geschaffen, auf neue Anstöße, mit welchem Ergebnis auch immer, sensibel zu reagieren pflegt (80). In unserem Zusammenhang hat er die Globalsteuerung Schiller'scher Prägung niemals in Bausch und Bogen abgelehnt, sondern Parallelstrategien entwickelt, die dann nach und nach das Übergewicht erhielten. Die Weiche wurde im Jahresgutachten 1974 gestellt (81). Entscheidend war eine institutionelle Differenzierung: jedes wirtschaftspolitische Aktionsfeld — die Geldpolitik, die Finanzpolitik, die Lohnpolitik — übernehme den auf sie zugeschnittenen Teil der Verantwortung auf mittlere Frist für

(80) Zum Schrifttum s. RdW I, S. 72, Fn. 36. Ferner (Abhandlungen von Mitgliedern des Sachverständigenrats:) O. SIEVERT, *Die Steuerbarkeit der Konjunktur durch den Staat*, in *Staat und Wirtschaft*, hg. von CARL CHRISTIAN v. WEIZSÄCKER (SVSocialpolitik 102), Berlin, Duncker & Humblot, 1979, S. 809; DERS., *Die angebotsorientierte Wirtschaftspolitik des Sachverständigenrates*, in *Wirtschaftspolitik der achtziger Jahre*, hg. von OTTO VOGEL, Köln, Deutscher Instituts-Verlag, 1982, S. 37; DERS., *Angebotsorientierte versus nachfrageorientierte Wirtschaftspolitik*, in *Friedman contra Keynes*, hg. von PETER HAMPE, München, Olzog, 1984, S. 67; G. FELS, *Angebotspolitik aus unserer Sicht*, in *Wie es zu schaffen ist: Agenda für die deutsche Wirtschaftspolitik*, hg. von HERBERT GIERSCH, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1983, S. 34; KURT SCHMIDT, *Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung: Institution, Messkonzepte und wirtschaftspolitische Leitlinien*, Stuttgart, Steiner-Verlag-Wiesbaden-GmbH, 1985; E. HELMSTÄDTER, *Die Vorgeschichte des Sachverständigenrates und ihre Lehren*, in *Grundlagen und Erneuerung der Marktwirtschaft, Festschrift Hans Besters*, hg. von V. NIENHAUS, Baden-Baden, Nomos-Verlags-Gesellschaft, 1988, S. 155; N. KLOTEN, *Das Stabilisierungsproblem* aaO (oben Fn. 78); DERS., *Maximen deutscher Wirtschaftspolitik*, in *Ordnung in Freiheit*, *Festschrift Hans Willgerodt*, hg. von R.H. HASSE, Stuttgart, Fischer, 1994, S. 118; HANS K. SCHNEIDER, *Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung 1982-1992*, in *Ordnung in Freiheit* aaO S. 169. (Andere Autoren:) Franz Holzheu mit vielen Beiträgen im Finanzarchiv, unter anderem zum Gutachten 1974 FinA 33 (1974/75) 475, und anlässlich des 25. Jahresgutachtens rückblickend FinA 47 (1989) 1; H. TIMM, *Rezessionsbekämpfung im Rahmen der neuen stabilitätspolitischen Konzeption des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, in *Wirtschaftspolitik-Wissenschaft und politische Aufgabe*, *Festschrift Karl Schiller*, hg. von H. KÖRNER, Bern, Stuttgart, Haupt, 1976, S. 347; WERNER MEIßNER, *Die Lehre der Fünf Weisen*, Köln, Bund-Verlag, 1980; W. KRELLE, *20 Jahre Sachverständigenrat: war es der Mühe wert?*, ZgS 140 (1984) 332.

(81) Bundestagsverhandlungen, Drucksache 7/2848.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Stabilität des Ganzen (82). Der Vorrang wird der Geldpolitik eingeräumt, hier ließ man sich bis zu einem gewissen Grad von regelgebunden-monetaristischen Überlegungen inspirieren. Der Bundesbank, formell unabhängig von Gesetzes wegen, wird vom Sachverständigenrat sozusagen die materielle Unabhängigkeit verliehen. Stücke der Angebotspolitik treten ebenfalls im Gutachten 1974 auf, vermehrt im Gutachten des nächsten Jahres (83); ein Bekenntnis zur Angebotspolitik legten die Sachverständigen dann im Jahresgutachten 1976/77 ab (84), ein weiteres Mal 1981/82 (85). Die Ministerien verstanden die Botschaft, waren sich aber auch darüber im Klaren, dass das Instrumentarium der Globalsteuerung, wenn auch nicht mehr systematisch, so doch supplementär nach wie vor zum Abruf bereit stehen würde (86). Die goldene Regel, wie einmal formuliert wurde (87), des *policy mix* machte die Runde, die "goldene" Regel also der form- und prinzipienlosen Beliebigkeit. Das begann in der Ära Schmidt und änderte sich nicht nach der sogenannten Wende, die ordnungspolitisch keine gewesen ist, in der Ära Kohl. Wenn man für Ordnungspolitik plädierte, so war es doch ein ordnungspolitischer Synkretismus, und da hätten sich Zweifel erheben müssen, ob nicht Begriffsverschiebungen solcher Art das Ziel eher verdunkelten, das man mit dem Konzept der Ordnungspolitik zu erreichen suchte.

Als irrlicht-irrisierend kann man so die Wirtschaftspolitik bezeichnen, und in ähnlich vielen hell-dunklen Farben spielte sich das

---

(82) Vom sogenannten *assignment* rückte der Sachverständigenrat nur vorübergehend ab, so im Jahresgutachten 1984/85 (Drucksache 10/2541); s. F. Holzheu, FinA 43 (1985) 20.

(83) Drucksache 7/4326.

(84) Drucksache 7/5902.

(85) Drucksache 9/1061. Zum Rückblick dort Nr. 300 (S. 143); zweifelnd KARL SCHILLER, *Der Stellenwert staatlicher Konjunktur- und Beschäftigungspolitik in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Friedman contra Keynes* (oben Fn. 80) S. 31.

(86) Nicht alles ist hier aus rechtlicher Sicht geglückt; so wurde das InvestitionshilfeG = Art. 8 des Gesetzes zur Wiederbelebung der Wirtschaft und Beschäftigung und zur Entlastung des Bundeshaushalts (HaushaltsbegleitG 1983) vom 20.12.1982 (BGBl I 1857) für verfassungswidrig erklärt, BVerfGE 67. 256 (1984). Zur konjunkturpolitischen Begründung des Gesetzes s. Bundestagsverhandlungen, Drucksache 9/2074 und 9/2140 vom Nov. 1982, S. 72.

(87) OTTO SCHLECHT, *"Konjunkturpolitik in der Krise"* (oben Fn. 72) S. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wirtschaftsgeschehen der 80er Jahre ab (ohne dass im folgenden Kausalitäten untersucht werden sollen) (88). Die Wachstumsrate des Bruttoinlandsprodukts (BIP) stieg langsam an, rascher erst am Ende unseres Jahrzehnts; zwischendurch verminderte sie sich sogar. Erfolg war der Bekämpfung der Inflation beschieden; die Rate ging von 6% im Jahr 1981 auf 1% 1988 zurück (erhöhte sich aber wieder 1989 um 1 1/2 Prozentpunkte). Das Übel der Arbeitslosigkeit konnte hingegen nicht überwunden werden, die Zahl der Arbeitslosen bewegte sich um und über 2 Millionen, die Quote blieb zwischen 7 und 9% stecken. Günstiger war wieder der Ausweis der Leistungsbilanz, die in der zweiten Hälfte der 80er Jahre auf 4% des BIP stieg. Die Staatsquote (im weiteren Sinn) hinwiederum sank nur mäßig von knapp 50% im Jahr 1982 auf etwa 46% 1989. Der Konsolidierung der öffentlichen Haushalte hatte sich die Politik der Wende besonders zugewandt. In der Tat verminderte sich der Betrag der Neuverschuldung (Nettokreditaufnahme) nicht unerheblich, doch auch hier waren mit den Jahren 1987 und 1988 "Ausreißer" zu registrieren (89). Die Staatsverschuldung insgesamt ging nicht zurück. Subventionen wurden eher aus- als abgebaut. Trotz der 1985 in die Wege geleiteten großen Steuerreform, die in drei Stufen 1986, 1988 und 1990 durchgeführt wurde, bewegte sich die Steuerquote konstant im Kommabereich hinter der Zahl von 23 %.

Erfolg war, wie erwähnt, vor allem der Stabilisierung des Geldwerts beschieden. In dieser Tatsache spiegelt sich die gewachsene

---

(88) Aus dem Schrifttum: W. NÖLLING, *Zur Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik Deutschland seit 1982*, in *Die Zukunft der Globalsteuerung, Festschrift Karl Schiller*, hg. von H. KÖRNER, Bern, Stuttgart, Haupt, 1986, S. 45; HERBERT GIERSCH/K.-H. PAQUÉ/H. SCHMIEDING, *The Fading Miracle*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, S. 185; BERNHARD MOLITOR, *Ist Marktwirtschaft noch gefragt? Eine ordnungspolitische Bilanz der Jahre 1982 bis 1992*, Tübingen, Mohr, 1993; W. EHRLICHER, *Deutsche Finanzpolitik seit 1945*, Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 81 (1994) 1; I.v. HOMEYER, *Die Ära Kohl im Spiegel der Statistik*, in *Bilanz der Ära Kohl, Festschrift für Hans-Hermann Hartwich*, hg. von GÖTTRIK WEWER, Opladen, Leske & Budrich, 1998, S. 333.

(89) Bei genauerem Hinsehen wäre zwischen quantitativer und qualitativer Konsolidierung zu unterscheiden (mit Ergebnis zuungunsten der Sachinvestitionen). Eine andere Differenzierung würde mit dem Sachverständigenrat die Staatsverschuldung in "Normalverschuldung", in konjunkturbedingtes und in strukturelles Defizit untergliedern.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bedeutung der Bundesbank (90) unter den wirtschaftspolitischen Akteuren wider (91). Man kann hier zwei Impulse in Hinblick auf das Handeln der Bank unterscheiden: einmal erweiterte sich ihr Handlungsraum beträchtlich, und zweitens gewann sie an Sicherheit in der Bestimmung ihres Handlungsziels.

Mit Handlungs*raum* ist die Enge oder Weite der Grenzen umschrieben, die der Bundesbank durch die außenwirtschaftlichen Verhältnisse und hier vor allem durch das Währungsregime gesetzt sind. Unter dem Bretton-Woods-System mit festen Wechselkursen war die Bundesbank zur Intervention am Devisenmarkt gegenüber dem Dollar verpflichtet, so dass restriktive Maßnahmen der Geldpolitik weithin ohne Wirkung verpufften. Von dieser Fessel konnte

(90) Zum Schrifttum s. RdW I, 7. Kap., Fn. 85, 111, 117. FERNER: *Macht und Ohnmacht der Bundesbank*, hg. von DIETER DUWENDAG, FRANKFURT/MAIN, Athenaeum, 1973; D. DICKERTMANN, *Die Autonomie der Bundesbank unter dem Einfluß geldpolitischer Entwicklungen*, Wirtschaftspolitische Chronik 24/1 (1975) 23; H. SCHLESINGER, *Die Geldpolitik der Deutschen Bundesbank 1967-1977*, Kredit und Kapital 11 (1978) 3; HELMUT BOOMS, *Geldtheoretische und -politische Konzepte der Deutschen Bundesbank: Ermittlung und Kritik*, Bochum, Studienverlag Brockmeyer, 1980; *Geld- und Währungspolitik in der Bundesrepubik Deutschland*, hg. von WERNER EHRLICHER/D.B. SIMMERT, Berlin, Duncker & Humblot, 1982; *Geld- und Währungsordnung*, hg. von WERNER EHRLICHER/R. RICHTER (SVSocialpolitik 138), Berlin, Duncker & Humblot, 1983; O. EMMINGER, *Deutsche Geldpolitik im Zeichen des Monetarismus*, in *Friedman contra Keynes*, hg. von PETER HAMPE, München, Olzog, 1984, S. 43; *Wandlungen des geldpolitischen Instrumentariums der Deutschen Bundesbank*, hg. von WERNER EHRLICHER/D.B. SIMMERT, Berlin, Duncker & Humblot, 1988; N. KLOTEN, *Zur Anatomie geldpolitischer Entscheidungen des Zentralbankrates*, in *Weltwirtschaft im Wandel, Festschrift Egon Tuchtfeldt*, hg. von ERNST DÜRR, Bern, Stuttgart, Haupt, 1988, S. 401; REINER SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, Springer, 1990, § 8; *Geldpolitik: zwanzig Jahre Geldmengensteuerung in Deutschland*, hg.von JÜRGEN SIEBKE/H.J. THIEME, Baden-Baden, Nomos, 1995; MANFRED J.M. NEUMANN, C.-L. HOLTFRERICH, J.v. HAGEN, E. BALTENSPERGER, in *Fünfzig Jahre Deutsche Mark*, hg. von der Deutschen Bundesbank, München, Beck, 1998; RUDOLF RICHTER, *Deutsche Geldpolitik 1948-1998 im Spiegel der zeitgenössischen wissenschaftlichen Diskussion*, Tübingen, Mohr, 1999.

(91) Zur rechtlichen Stellung der Bundesbank unter dem Aspekt der Staatsorganisation s. RdW I, 7. Kap., besonders unter 6. Die Diskussion um die Frage einer verfassungsrechtlich gesicherten Unabhängigkeit der Bundesbank erhielt durch ein *obiter dictum* des Bundesverfassungsgerichts neue Nahrung, BVerfGE 62. 169, 183 (1982): das Gericht sprach von der "verfassungsrechtlichen unabhängigen Stellung" der Bundesbank. Konsequenzen haben sich hieraus aber nicht ergeben.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sich die Bank erst mit dem endgültigen Zusammenbruch des Bretton-Woods-Regimes im März 1973 lösen. An die Stelle rigider Paritäten traten flexible Wechselkurse. Freilich nicht im vollen Umfang: die Vorboten der europäischen Währungsunion kündigten sich an. Im Frühjahr 1972 wurde der Europäische Wechselkursverbund, die sogenannte Währungsschlange gegründet, die in wechselnder Zusammensetzung aus Staaten inner- und außerhalb der EWG bestand, deren Währungen nun unter Verwendung gewisser Bandbreiten aufeinander abgestimmt wurden. Nach dem Ende des Bretton-Woods-Systems setzten diese Staaten die Wechselkurspolitik mittels des sogenannten Blockfloatens gegenüber dem Dollar fort. Innerhalb des Blocks blieb die Bundesbank zur Intervention verpflichtet. Ihre Bewegungsfreiheit schien sich durch die Errichtung des Europäischen Währungssystems (EWS) im Jahr 1979 noch weiter zu verringern (92). Aber die Sorge um den Handlungsraum der Bundesbank erwies sich schließlich als unbegründet: Die Interventionen am Devisenmarkt, ob nun die Bank hierzu verpflichtet war oder sie aus eigenem Antrieb, das heißt "politisch" handelte, gelangten nie in die Gefahrenzone des Bretton-Woods-Systems; die Beteiligten des EWS waren flexibel genug, die Leitkurse wenn erforderlich neu festzusetzen (sogenanntes Realignment); das Instrumentarium der Beistandskredite, im EWS gegenüber der Währungsschlange nicht unwesentlich erweitert, wurde in der Praxis weniger als erwartet in Anspruch genommen; und nicht zuletzt ist es die zunehmend dominierende Stellung der Deutschen Mark im EWS gewesen, welche der Bundesbank einen ausreichenden Spielraum, nun auch schon einen Spielraum europäischer Dimension gewährte (93).

Bretton Woods, Währungsschlange, EWS: Wechselkurspolitik stellte traditionellerweise ein Stück Außenpolitik dar, so dass in Fragen der Währung — zu denen auch Auf- und Abwertungen

(92) Das *European Currency Unit* wurde eingeführt und von manchen schon als künftige europäische Geldbezeichnung Ecu mit französischer Aussprache propagiert.

(93) In der gleichsam europäischen Position der Bundesbank gründete das Intermezzo des Deutsch-französischen Finanz- und Wirtschaftsrat von 1988, einer Einrichtung, die die deutsche Notenbank an die Leine hätte nehmen sollen. Jedoch stellten sich auch in diesem Fall die Befürchtungen als unbegründet heraus, der Rat hat die ihm zugedachte Rolle nicht gespielt (s. Manfred J.M. Neumann aaO [Fn. 90] S. 332).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gehören — die Zuständigkeit der Regierung und nicht der Notenbank gegeben war. Konsultationen fanden natürlich statt, nicht immer zog man freilich am gleichen Strang. In diesem Zusammenhang hatte eine Kollision Aufsehen in der Öffentlichkeit erregt, als sich zwar nicht die Regierung als Ganze (unter Kanzler Brandt), wohl aber der sachnächste Minister Schiller und der Bundesbankpräsident Klasen (beide SPD) gegenüber standen: Weil in der Währungskrise des Sommers 1972 Schiller gegen, Klasen jedoch für Kapitalverkehrskontrollen (94) plädierte und dieser es war, dem das Kabinett folgte, sah sich Schiller veranlasst, von seinem Amt zurückzutreten (95).

Wenn wir, den zweiten Impuls aufnehmend, vom Handlungs*ziel* sprechen, dann wenden wir uns jenen Entwicklungen zu, in denen man gewissermaßen einen Selbstfindungsprozess der Bundesbank erblicken kann. In den ersten Jahren unserer Periode hat sich die Bank, trotz manchen Forderungen aus Politik und Wissenschaft, zwar niemals formell auf das magische Polygon festlegen lassen, hat sie also konzeptionell jeder Gleichschaltung widerstanden (96), in der Sache selbst entzog sie sich jedoch nicht immer den Wünschen einer nachfrageorientierter Konjunkturpolitik, den Wünschen nach dem billigen Gelde. Es war ein heikles Lavieren zwischen den Polen des Unterstützens und des Opponierens der von der Regierung verfolgten Fiskalpolitik. Technisch betrieb die Bundesbank in erster Linie Kreditpolitik, steuerte also Kreditangebot und -nachfrage; eingesetzt wurden die Instrumente der Liquiditätspolitik (Mindestreserve, Rediskontkontingent) und der Zinspolitik (Diskont- und Lombardsatz). Weil jedoch hohe Inflationsraten das Ziel der "Wäh-

(94) Siehe oben zu Fn. 58.

(95) RÜDIGER ROBERT, *Die Unabhängigkeit der Bundesbank*, Kronberg/Taunus, Athenaeum, 1978, S. 22; W. JÄGER, in *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, hg. von KARL D. BRACHER U.A., 5/I, *Republik im Wandel 1969-1974: die Ära Brandt*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, Mannheim, Brockhaus, 1986, S. 51.

(96) Normativ angeknüpft, so die Forderungen, hätte die Gleichschaltung an § 12 Satz 1 BBankG (Gesetz über die Deutsche Bundesbank, vom 26.07. 1957, BGBl I 745: "Die Deutsche Bundesbank ist verpflichtet... die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung zu unterstützen") und an § 13 Abs. 3 StabWG ("Die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sollen im Rahmen der ihnen obliegenden Aufgaben die Ziele des § 1 berücksichtigen").

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rungssicherung" (97) im Sinne der Erhaltung der Geldwertstabilität verfehlen ließen, begann die Suche nach konzeptionellen und technischen Alternativen. In einem stufenweisen Prozess trat neben die kreditpolitische Methode oder an ihre Stelle die Orientierung an einem Geldmengenziel. Zum ersten Mal wurde für das Jahr 1975 eine Zunahme der sogenannten Zentralbankgeldmenge um 8 % angekündigt (98). Vier Jahre später ging man zur Mengenvorgabe mit Bandbreiten zwischen 2 und 3% über. Die Geldmenge setzte sich aus dem Bargeldumlauf und dem Mindestreservesoll für verschiedene Einlagen bei Banken zusammen (99). Für die Prognose wurde eine Formel aus bestimmten Komponenten gebildet, nämlich dem Wachstum des Produktionspotentials, der Veränderung der Geldumlaufgeschwindigkeit und einer "unvermeidlichen" Inflationsrate. Im technischen Instrumentarium verschoben sich die Akzente, vor allem in den 80er Jahren, auf die Offenmarktpolitik mit ihren verschiedenen Möglichkeiten.

Versucht man das Handlungsziel seit der Mitte der 70er Jahre konzeptionell einzuordnen, so kann man von einer "submonetaristischen" Richtung der Geldpolitik der Bundesbank sprechen. Monetaristisch war der Gedanke der Verstetigung und Vorhersehbarkeit, monetaristisch die Orientierung an der Geldmenge (100), ferner die Favorisierung der Offenmarktpolitik. Auf der anderen Seite behielt man sich die Freiheit zum kurzfristigen Reagieren, zum antizyklischen Handeln vor, und verzichtete nicht auf die Dirigis-

(97) § 3 BBankG: „Die Deutsche Bundesbank regelt mit Hilfe der währungspolitischen Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen, den Geldumlauf und die Kreditversorgung der Wirtschaft mit dem Ziel, die Währung zu sichern, und sorgt für die bankmäßige Abwicklung des Zahlungsverkehrs im Inland und mit dem Ausland".

(98) "Die Deutsche Bundesbank wird die Geldpolitik so führen, daß die Preissteigerungsrate schrittweise abgebaut und gleichzeitig dem angestrebten realen Wachstum der Wirtschaft der notwendige monetäre Spielraum eingeräumt wird (...) Aus heutiger Sicht könnte ein Wachstum der Zentralbankgeldmenge im Jahresverlauf 1975 um etwa 8% als stabilitätspolitisch vertretbar erscheinen, wobei indessen beachtet werden muß, daß kurzfristig kein enger Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Sozialprodukts und der Zentralbankgeldmenge besteht" abgedruckt bei Dickertmann aaO (oben Fn. 90) S. 40, Fn. 49.

(99) 1988 trat an ihre Stelle die Geldmenge M 3, woraus sich Gewichtsverschiebungen unter den einzelnen Komponenten ergaben.

(100) Ökonomen sprechen hier vom "Zwischenziel".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

men der Mindestreserven- und Refinanzierungspolitik. So blieb auch diese Richtung von den Hypotheken nicht verschont, die auf jedem prozesspolitischen Vorgehen lasten, etwa vom Problem der zeitlichen und quantitativen Wirkungsenttäuschungen. Trotz solchen Schwächen und trotz dem deutlichen Verfehlen des Geldmengenziels in manchen Jahren war jedoch der "realistische oder pragmatische Monetarismus" der Bundesbank, wie eine der Charakterisierungen lautete (101), vom Erfolg begleitet, einem Erfolg, der nicht zuletzt in einer schärferen Orientierung an der geldpolitischen Aufgabe und im gewachsenen methodischen Selbstvertrauen begründet war.

Da sich die Bundesbank im Sinn juristischer Grundkategorien öffentlichrechtlich betätigt (102), muss ihr Instrumentarium auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Soll dann Geldpolitik mit geänderten Instrumenten betrieben werden, so ist erst das Gesetz, hier also das BBankG, zu novellieren. In diesem Zusammenhang hätte sich beinahe die Bank, wie man so sagt, selbst ein Bein gestellt. Als sie in den Nöten der Inflation zu Anfang der 70er Jahre einen Ausweg nur noch in der Erweiterung ihres Instrumentariums zu sehen glaubte, schlug sie der Bundesregierung unter anderem die Einführung der sogenannten Aktivzuwachsreserve und die Ermöglichung einer Kreditplafondierung vor (103). Der Vorschlag (vom

(101) O. Emminger (Bundesbankpräsident 1977-79) fasste die Kennzeichen folgendermaßen zusammen: "Geldmengenziel als Zwischenziel, nicht als verabsolutiertes Endziel, Beachtung der Rollenverteilung zwischen Geldpolitik, Fiskalpolitik, Tarifpartnern, mit der Notwendigkeit einer gleichgerichteten und sich ergänzenden Politik. Geldpolitik ist nicht primär Zinspolitik, aber der Zins ist ein wichtiges Instrument der Geldmengensteuerung. Die Geldpolitik darf sich nicht in kurzfristiger antizyklischer Politik verlieren. Sie muß aber das ganze Spektrum der Wirtschaft im Auge behalten, auch Zahlungsbilanz und Wechselkurs", aaO (oben Fn. 90) S. 64.

(102) HIERZU DIETER COBURGER, *Die währungspolitischen Befugnisse der Deutschen Bundesbank: verwaltungsrechtliche Qualifikationen und Rechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988 (mit Schrifttum).

(103) Siehe die Dokumentation bei R. Robert aaO (oben Fn. 95) S. 105.Vgl. ferner die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen vom 3.10.1973 in *Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, *Entschliessungen, Stellungnahmen und Gutachten 1949-1973*, hg. vom Bundesministerium der Finanzen, Tübingen, Mohr, 1974 (Sammelband 1974, S. 571); O. ISSING, *Die Unabhängigkeit der Bundesbank*, in *Strukturwandel und makroökonomische Steue-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dezember 1972) wurde bereitwillig entgegengenommen, bot er doch Gelegenheit, angesichts des Machtzuwachses, den die Bundesbank verbuchen würde, jeweils Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Bundesfinanzministers einzufügen (sogenannte Zwei-Schlüssel-Theorie) (104). Da leuchteten natürlich in Frankfurt die Warnlichter

---

rung, FESTSCHRIFT FRITZ VOIGT, hg. von SIGURD KLATT, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, S. 365.

(104) Referentenentwurf des Bundesfinanzministeriums vom 8.8.1973, abgedruckt bei Duwendag aaO (oben Fn. 90) und Robert aaO (oben Fn. 95). § 16a Aktivzuwachsreserve: "(1) Sofern es zur Vermeidung einer unangemessenen Ausweitung der Kreditgewährung der Kreditinstitute (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Kreditwesen) erforderlich ist, kann die Deutsche Bundesbank verlangen, dass die Kreditinstitute in Höhe eines einheitlichen Vom-Hundert-Satzes bis zu hundert des Zuwachses ihrer Forderungen und Wechselkredite aus dem Bankgeschäft, ihrer Wertpapiere und ihrer Beteiligungen Guthaben auf Girokonto bei ihr unterhalten (Aktivzuwachsreserve). Forderungen, die aus Indossamenten und aus Bürgschaften und Gewährleistungsverträgen entstehen können (Eventualforderungen), sind bei der Ermittlung des Zuwachses in Ansatz zu bringen. Das gleiche gilt für Vermögensgegenstände, die von Kreditinstituten mit der Verpflichtung zur Rücknahme auf Dritte übertragen worden sind. Als Forderung aus dem Bankgeschäft gilt auch das Recht, die Rücknahme von Vermögensgegenständen zu fordern. (2) Die Deutsche Bundesbank kann nach allgemeinen Gesichtspunkten bestimmte Kreditinstitute sowie Gruppen von Kreditinstituten von der Pflicht zur Unterhaltung der Aktivzuwachsreserve befreien. Soweit es die Wirksamkeit der Aktivzuwachsreserve erfordert oder nicht beeinträchtigt, kann die Deutsche Bundesbank anordnen, daß bestimmte Vermögensgegenstände, insbesondere die in Abs. 1 Satz 1 bis 4 genannten Aktiva gegenüber anderen aktivzuwachsreservepflichtigen Kreditinstituten, bei der Berechnung der Aktivzuwachsreserve außer Ansatz bleiben. (3) § 16 Abs. 3 bis 7 gilt sinngemäß für die Reservepflicht nach dieser Bestimmung. (4) Allgemeine Anordnungen der Deutschen Bundesbank nach den Absätzen 1 bis 3 bedürfen der Zustimmung des zuständigen Bundesministers. — § 16b Kreditbegrenzung: (1) Anstelle der Aktivzuwachsreserve kann die Deutsche Bundesbank unter den Voraussetzungen des § 16a Abs. 1 Satz 1 anordnen, daß der Zuwachs aller nach § 16a für die Aktivzuwachsreserve erfaßbaren Forderungen und sonstigen Vermögensgegenstände der Kreditinstitute (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Kreditwesen) eine bestimmte Höchstgrenze nicht überschreiten darf. Forderungen auf die Rücknahme von Vermögensgegenständen und Vermögensgegenstände, die mit der Verpflichtung zur Rücknahme auf Dritte übertragen worden sind, sowie Eventualforderungen sind bei der Ermittlung des Zuwachses in Ansatz zu bringen. (2) Die Kreditbegrenzung darf höchstens für die Dauer eines Jahres angeordnet werden. Nach allgemeinen Gesichtspunkten können bestimmte Kreditinstitute sowie Gruppen von Kreditinstituten von der Anordnung nach Abs. 1 ausgenommen werden; ferner kann angeordnet werden, daß bestimmte Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände bei der Ermittlung des Zuwachses außer Ansatz bleiben. Die Deutsche Bundesbank

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

auf, und an der Weiterverfolgung des Projekts war man nicht mehr interessiert (105). Hinzu waren Bedenken in der Sache selbst getreten, die sowohl von politischer als auch wissenschaftlicher Seite geäußert wurden: das Instrument der Aktivzuwachsreserve würde strukturpolitische Effekte mit sich bringen und so die Regel der strukturellen Neutralität der Geldpolitik noch zusätzlich verletzen (106); und in Hinblick auf die Kreditplafondierung wären außer ähnlichen strukturellen überdies wettbewerbspolitische Nachteile infolge geradezu "monopoloider" Wirkungen (107) zu befürchten. Schließlich war auch das Bedürfnis nach zusätzlichen Steuerungsmitteln geschwunden, nachdem die Zwänge des Bretton-Woods-System weggefallen waren und sich herausgestellt hatte, dass in der neuen Lage die Bundesbank mit den bisherigen Instrumenten zurecht kommen würde.

---

erläßt nähere Bestimmungen über die Berechnung und Feststellung der Höchstgrenze und des Zuwachses. (3) Die Deutsche Bundesbank kann verlangen, daß ein Kreditinstitut ein Guthaben bis zur Höhe des Betrages, um den es die nach Absatz 1 festgesetzte Höchstgrenze überschreitet, für einen der Dauer der festgestellten Überschreitung entsprechenden Zeitraum auf Girokonto bei ihr unterhält. Sie erläßt nähere Bestimmungen über die Berechnung und Unterhaltung dieses Guthabens. Das Guthaben wird nicht auf die nach § 16 zu haltende Mindestreserve angerechnet. (4) § 16 Abs. 3 und Abs. 5 bis 7 gilt sinngemäß. (5) Allgemeine Anordnungen der Deutschen Bundesbank nach den Absätzen 1, 2, 4 und 5 bedürfen der Zustimmung des zuständigen Bundesministers".

(105) In den Jubiläumsbänden der Deutschen Bundesbank wurde die Episode mehr oder weniger schamhaft verschwiegen (ein kurzer Hinweis bei v. Hagen aaO, oben Fn. 90, S. 450f).

(106) Zusätzlich deshalb, weil von der Regel das Gesetz in der Vorschrift über die Mindestreserve selbst schon abgewichen war, § 16 Abs. 1 Satz 3 BBankG: "(...) Innerhalb dieser Grenzen kann sie (*sc.* die Bundesbank) die Vom-Hundert-Sätze nach allgemeinen Gesichtspunkten, insbesondere für einzelne Gruppen von Instituten, verschieden bemessen sowie bestimmte Verbindlichkeiten bei der Berechnung ausnehmen (...)." - Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in der bedeutsamsten Entscheidung zum BBankG die Möglichkeit struktureller Differenzierung auch auf Satz 1 der Vorschrift ausgedehnt, BVerwGE 41.334 (1973).

(107) Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen aaO (oben Fn. 103) S. 574.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STEFANO MANNONI

I PERCORSI DELLA REGOLAZIONE DELLA CONCORRENZA NEGLI USA E IN EUROPA: APPUNTI PER UN PROFILO STORICO

Poche realtà come l'antitrust hanno connotato più intensamente la vicenda giuridica statunitense ed europea. Eppure, del tutto singolarmente, essa ha richiamato di rado l'attenzione storiografica, quasi fosse priva di sufficiente dignità scientifica. Questa incomprensibile trascuratezza è venuta meno negli ultimi anni che hanno visto fiorire importanti studi, su entrambe le sponde dell'Atlantico. Studi nei quali lo sguardo prospettico si lega all'impetuoso e incessante sviluppo del presente, segnato da una continua evoluzione di questa disciplina a cavallo come poche tra diritto ed economia. Grazie a questo sforzo di ricerca è oggi possibile abbracciare con un solo sguardo due percorsi troppo a lungo isolati l'uno dall'altro. L'evidente priorità temporale della vicenda americana impone di prendere le mosse da questa (1) per poi passare al più recente itinerario tedesco (2) trait d'union con quello comunitario (3).

1. La proposta inizialmente presentata dal Senatore Sherman al Congresso nel 1888 suonava assai ardita richiedendo che "all arrangements, contracts, agreements, trusts or combinations… made with a view or which tend to prevent full and free competition … or which tend to advance the cost to the consumer… are hereby declared to be against public policy, unlawful, and void" (1). Sherman sottolineava due aspetti: A) i monopoli provocano l'aumento dei prezzi; B) la libertà industriale era minacciata dai colossi pro-

(1) R. Peritz, *Competition Policy in America, 1888-1992, History, Rhetoric, Law*, New York-Oxford, 1996, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duttivi. Ora, ciò aveva evidenti conseguenze politico-costituzionali poiché un governo rappresentativo non poteva prescindere dal supporto di cittadini che fossero economicamente indipendenti. In gioco era la sopravvivenza della concezione repubblicana che esaltava i piccoli produttori.

Non tutti convenivano però con la diagnosi di Sherman. Vi era chi sosteneva che: A) la concorrenza e gli accordi erano entrambi fenomeni naturali e, in larga misura, inevitabili; B) e che gli accordi e i cartelli era persino utili in quanto tenevano a freno la concorrenza distruttiva. Per costoro la visione e le apprensioni del senatore Sherman erano anacronistiche ed eccessive. Con l'intervento pubblico, da questi auspicato, si rischiava di compromettere la libertà contrattuale e la naturale tendenza delle imprese a stipulare accordi per porsi al riparo dagli effetti più rovinosi della concorrenza.

Dietro questa dialettica si celavano due antitetiche concezioni della libertà: A) libertà dal governo; B) libertà dal potere di mercato. I 15 mesi di dibattito necessari per l'approvazione della legge lasciano intendere il rilievo e l'intensità di questa contrapposizione.

Finalmente approvato nel 1890, lo Sherman Act appariva innovativo nella misura in cui introduceva rimedi che erano ignoti alla *Common Law* ossia:

1) il diritto dei terzi lesi da un contratto stipulato tra due parti di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno; 2) la facoltà del Pubblico Ministero di agire in via civile e penale contro gli autori di certe categorie di accordi; 3) infine il potere di confisca della proprietà privata.

Ma come sarebbe stato applicato nelle corti questo atto così innovativo?

A profilarsi è innanzitutto un'interpretazione letterale che colpisce indiscriminatamente tutti gli accordi volti a concordare i prezzi, a prescindere dalla ragionevolezza del prezzo fissato: la troviamo enunciata nel caso "Trans-Missouri Freight Association" (1897). L'idea soggiacente è che solo la libera concorrenza può assicurare il prezzo ragionevole. Questo limite valeva anche per i sindacati i cui boicottaggi parevano alterare, non meno degli accordi di cartello, il libero gioco della mano invisibile, ed erano pertanto da colpire (caso Danbury Hatter, 1908). Un'integrazione assai rilevante di questa linea è data dal caso Addyston Pipe (1899) che aggiunge,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra i motivi di censura degli accordi di cartello, quello dell'interferenza con il commercio interstatale.

Questa linea interpretativa è di breve durata. Viene ben presto sfidata da una concezione più sensibile alle ragioni della libertà contrattuale. Quest'ultima viene affermata nel caso Lochner vs. New York (1905) nel quale — senza peraltro affrontare questioni di rilievo antitrust — si enuncia un severo limite al potere di regolazione (di polizia) degli Stati proprio in nome della libertà contrattuale. Si trattava di una rottura ideologica molto sensibile con la tradizione della disciplina della società "bene ordinata" attraverso i *police powers* che era stata tipica della giurisprudenza e dottrina per almeno due terzi del XIX secolo (2). Di qui alla materia dei cartelli il passo era breve e viene infatti compiuto nel 1911 con lo Standard Oil Case, nel quale si afferma che sì il trust è illegittimo, ma solo nella misura in cui introduca limitazioni "innaturali", oltre il "consueto e il normale" alla libertà di commercio. È la teorizzazione della "Rule of Reason" che riattualizza nel contesto della lotta ai monopoli il canone della "ragionevolezza" tipico della "Common Law". Laddove per i cartelli era più facile argomentare la loro irragionevolezza, per i trusts, per i monopoli e le concentrazioni occorreva verificare caso per caso se incorressero in questa censura. Nel 1918, il giudice Brandeis precisa in "Chicago Board of Trade" che occorreva verificare volta per volta se le restrizioni stipulate dalle imprese fossero tali, con riguardo a quel settore del commercio, da soffocare ogni concorrenza. Il procedimento era necessariamente induttivo e implicava un'accurata analisi del mercato. Nel 1920 la Corte suprema ribadisce il concetto in U.S. Steel dove chiarisce che: A) "grande" non è necessariamente "negativo"; B) la cooperazione tra rivali poteva persino aiutare a stabilizzare i mercati. Ciò si sposava ideologicamente con la giurisprudenza della Corte a firma Sutherland nella quale durante gli anni Venti si erge una vera diga all'attività pubblica di regolazione di prezzi e onorari in nome della libertà contrattuale e in particolare del XIV emendamento. Gli economisti per parte loro non disdegnavano di avallare questa linea, ammonendo contro i rischi di una competizione sfrenata. Come si usava

(2) Si veda al riguardo l'analisi di W. J. NOVAK, *The People's Welfare*, Chapel Hill and London, 1996, pp. 245-247.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dire nei primi anni Venti "competition is war, and war is hell". Come a suggerire: ben vengano gli accordi fra le imprese se servono ad evitare un esito così funesto. Non sorprende allora che di questo alleggerimento del controllo sugli accordi fra imprese non beneficino affatto i sindacati, perseguiti con la stessa determinazione di prima. Ci si attendeva dai singoli lavoratori che contrattassero su base individuale con i datori di lavori in ossequio alla più stretta ortodossia liberista, a dispetto delle critiche di Roscoe Pound e delle titubanze di Holmes. Ribadendo questa tesi ancora una volta nel 1927, la Corte suprema dichiara illegali le associazioni di tagliatori di pietra in quanto suscettibili di interferire nel commercio interstatale con i loro scioperi.

È su questa consolidata giurisprudenza che si innesta e con cui deve fare i conti il New Deal. Complice la rivoluzione dei paradigmi nel campo della teoria economica (Chamberlin, Berle e Means), l'*Industrial Recovery Act* (1933) restituisce al governo un importante ruolo nella ridefinizione delle compatibilità tra mercato ed interesse pubblico. Da una parte si moltiplicano i "codici di onesta concorrenza", mentre dall'altra viene ammessa la contrattazione collettiva, sfociata nella creazione (1935) del "National Labour Relations Board". A questa svolta, la Corte suprema reagisce in modo selettivo: colpisce come incostituzionale in ALA Schechter Poultry Corporation (1935) lo standard della "onesta competizione" perché troppo vago e discrezionale; ammette invece in Nebbia v. New York (1934) la regolazione pubblica del prezzo del latte perché rientrante nel legittimo esercizio dei poteri di polizia degli Stati.

Le resistenze della Corte non impediscono che la legislazione conosca importanti sviluppi, tra cui merita segnalare il Robinson-Patman Act del 1936 che protegge il piccolo commercio colpendo le discriminazioni praticate dai fornitori. A sua volta il Wheeler Act del 1938 introduce la protezione del consumatore dalla pubblicità fraudolenta. Ed è appunto la tutela del consumatore a divenire il tratto unificante di questa legislazione, capace di mediare tra il principio della proprietà privata e della libertà contrattuale e quello dell'interesse pubblico. La nomina del professore di Yale Thurman Arnold alla testa della divisione antitrust del ministero della giustizia (1938), nonché un mutamento di sensibilità tra i giudici della Corte fanno sì che la protezione intransigente del contratto e della pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prietà ceda infine il passo a una valorizzazione della duplice figura del cittadino/consumatore visto come soggetto titolare di diritti costituzionali meritevoli di tutela di fronte alle distorsioni indotte dal potere di mercato. Ne è sintomo eloquente la decisione West Coast Hotel v. Parrish (1937) che ammette per la prima volta la liceità di una fissazione legislativa della paga minima quando le parti contrattuali non si trovassero "su un piede di parità". L'uguaglianza formale non bastava più a soddisfare il parametro della costituzionalità. A loro volta, le prerogative sindacali venivano riscattate dalla condizione di illegalità in cui versavano per venire ammesse al rango di espressione del diritto di libertà di parola (Thornbull v. Alabama, 1940). Da quel momento, il diritto antitrust non sarebbe più stato invocato per reprimere agitazioni sindacali non suscettibili di danneggiare i consumatori.In altre parole, la figura del consumatore veniva a racchiudere in sé lo spazio dell'interesse pubblico. Sono gli anni della celebre decisione Alcoa (1945) nella quale si colpisce la pratica di un'impresa che controllava i prezzi della materia bruta (alluminio) come quelli dei manufatti che ne derivavano (3).

Una nuova fase si inaugura alla fine degli anni Quaranta per durare fino all'esaurimento dei Sessanta in coincidenza con una ulteriore svolta nella teoria economica. Ciò che conta — spiegano Mason, Turner e Kaysen — non è tanto la struttura oligopolistica dei mercati quanto il comportamento delle imprese. Occorre impedire che questo non intralci il "competitive marketplace", ad un tempo garanzia di efficienza economica e di pluralismo politico e democratico. In questa ottica si spiega il Celler-Kefauver Act (1950) che mette sotto osservazione le fusioni: quelle orizzontali (tra concorrenti diretti e quelle verticali (ossia tra fornitori e clienti), nonché le fusioni conglomerate. Le applicazioni non tardano a seguire. In Simpson v. Union Oil (1964) la Corte suprema rigetta la pretesa dell'impresa di fissare a propria discrezione i prezzi al dettaglio. La Corte ritiene che, essendo la Union Oil un oligopolio, senza concorrenza al livello della vendita al minuto non vi sarebbe stata alcuna competizione. Ma come definire il mercato? La sentenza decisiva è quella sul caso Du Pont de Nemours (1956) dove la ditta viene

(3) L. A. Sullivan, W. S. Grimes, *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*, St. Paul, 2000, pp. 88-89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assolta dalle accuse di monopolizzare il mercato del cellophane da imballaggio, di cui deteneva una quota del 20%, perché tale prodotto era sostituibile con altri materiali equivalenti. Inoltre le preferenze dei consumatori erano molto sensibili alle variazioni dei prezzi e non tardavano ad indirizzarsi verso prodotti alternativi. Ma è il campo delle fusioni quello nel quale si manifestano le tensioni più rilevanti. Nel caso Brown Shoe (1962) la fusione con un'altra ditta che produceva lo stesso prodotto viene vietata: il mercato era infatti il medesimo così come il manufatto. Così in Clorox (1967) dove la fusione di questa ditta con Procter and Gamble viene proibita perché l'impatto sul mercato di un tale gigante sarebbe stato eccessivo. In Philadelphia National Bank (1963) la Corte enuncia che avrebbe proibito fusioni risultanti in un'indebita percentuale di mercato (almeno 30%) e in un significativo incremento nella concentrazione (più del 33%). L'ultimo guizzo di questo trend "jeffersoniano" è dato dallo Hart-Scott-Rodino Act (1976) che autorizza i procuratori generali a intentare azioni per conto dei cittadini per lesioni dovute a violazioni di regole antitrust ed impone inoltre alle ditte di notificare le fusioni di notevole entità. Intanto si era già cominciato a farsi sentire l'effetto della svolta liberista della Corte suprema sotto Nixon. Anche l'accademia reagisce: da Bork a Posner, passando per Coase, si preconizza un self-restraint dell'autorità antitrust di fronte all'autoregolazione del mercato. Sotto il responsabile della divisione antitrust ai tempi di Reagan, William Baxter, le fusioni furono raramente colpite. Nella più autentica tradizione democratica, Clinton ha invece promosso una politica aggressiva, attuata con vigore dal suo *appointee* Klein. Il resto è cronaca.

2. È tempo di dedicare spazio all'Europa. Le prime forme di rudimentale diritto della concorrenza in Europa sono rappresentate in Francia dalla disciplina giuridica della concorrenza sleale. Ma si tratta di casi isolati in un panorama assai poco consapevole del problema e delle sue implicazioni ordinamentali. Basti pensare che in Germania i cartelli erano visti con favore perché tenevano a freno la concorrenza distruttiva tra imprese ed esaltavano la capacità della nazione di competere sul mercato internazionale. Sulle corti giudiziarie gravava l'incombenza di conciliare il principio della libertà contrattuale con quello della libertà imprenditoriale e con l'esigenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di reprimere le disposizioni che violavano "il fondamentale senso morale della comunità" (4). A partire dal 1897 si consolida una giurisprudenza che afferma che ove gli accordi di cartello fossero favorevoli all'interesse pubblico, il giudice non poteva invalidarli in nome della libertà di impresa. Tanto la teoria economica che il diritto valutavano positivamente i cartelli. Era comunemente accettata la premessa epistemologica della Scuola storica secondo la quale le norme non dovevano essere applicate in modo astratto e formalistico, ma adattandole alle circostanze e alle esigenze della nazione. In questa luce, il cartello diveniva illecito se: A) intendeva sfruttare slealmente i consumatori attraverso un monopolio. In altre parole, la posizione dominante non era di per sé illecita ma lo era solo se si traduceva in un monopolio che si imponeva al mercato; B) violava la libertà d'impresa del singolo membro del cartello in modo "irragionevole". Altrimenti detto, occorreva vagliare le clausole non concorrenziali per accertare se erano "ragionevoli". A partire dall'entrata in vigore del BGB le Corti utilizzano l'art 139 per colpire i contratti che violavano i "principi morali fondamentali". Pur con questi temperamenti i cartelli conservavano intatta la loro legittimità e rilevanza.

È solo all'inizio del secolo XX che comincia a levarsi qualche voce dissidente che auspica una qualche forma di controllo sui prezzi praticati dai cartelli. I nomi più famosi sono quelli di Gustav Schmoeller e di Franz Klein che si scontrano tuttavia con un' inerzia politica solo apparentemente singolare: la SPD non favorisce la legislazione sui cartelli perché la concentrazione capitalista sembra avallare la profezia di Marx di una progressiva implosione del sistema capitalista per ipertrofia. Solo il Centro cattolico era sensibile al problema.

Bisogna attendere la Prima Guerra Mondiale, in coincidenza con una maggiore sensibilità della teoria economica verso gli "eccessi" dei cartelli, perché faccia capolino una nozione giuridica di "abuso di potere". Ne è traduzione concreta il decreto sui cartelli del 1923, promosso sotto il cancellierato di Stresemann, che affidava all'amministrazione poteri "di emergenza" piuttosto incisivi quali la facoltà di adottare misure coercitive contro i cartelli lesivi dell'inte-

(4) D. J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, p. 90.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resse pubblico. Lo spettro degli strumenti contemplati erano il seguente: A) richiesta alla giustizia di annullare gli accordi lesivi dell'interesse pubblico; B) ordine a singole parti del cartello di recedere dal contratto; C) ordine di comunicazione degli accordi più rilevanti. Al centro di questa disciplina era il concetto di abuso ossia le pratiche seguite da quei cartelli che, approfittando del potere economico di cui disponevano, stabilissero unilateralmente i termini contrattuali o i prezzi in detrimento all'interesse pubblico. Inoltre, ogni parte del cartello poteva recedere per "giusta causa" che era presunta ogniqualvolta la libertà di azione economica della parte fosse ingiustamente ridotta, particolarmente riguardo alla produzione, alla vendita, alla fissazione dei prezzi. Siffatta previsione ridimensionava l'autorità del cartello sui propri membri. Quanto all'autorità giurisdizionale incaricata di verificare la sussistenza dei presupposti, essa era un tribunale amministrativo a composizione mista, togata e non. Di fatto, l'applicazione di queste draconiane misura fu assai meno intenso di quanto si sarebbe potuto prevedere, poiché il ministro era riluttante a servirsene. L'unica giurisprudenza significativa riguarda la facoltà di un membro del cartello di recedere unilateralmente nei casi in cui avesse subito una coercizione da parte degli altri membri del cartello, e solo dopo avere esperito inutilmente i tentativi di conciliazione. Nel complesso l'Autorità giudiziaria era tutt'altro che sfavorevole ai cartelli che percepiva come "comunità di protezione" per l'economia nazionale. Né era la sola a pensarla così: Werner Sombart elogiava questa forma di capitalismo organizzato e la prassi sembrava dargli ragione. Si registrano ben 3000 cartelli nel 1929!

Semmai a farsi strada è l'idea che la democrazia dei consumatori presupponese una qualche forma di disciplina degli abusi dei cartelli, più incisiva di quella esistente. La scuola di Friburgo negli anni Trenta lavora in questa prospettiva, grazie innanzitutto al contributo di Franz Böhm che introduce l'idea di una "costituzione economica", ossia di una decisione complessiva concernente la natura e la forma del processo di cooperazione socio-economica (5). Solo dopo

(5) Su questo movimento, rinvio al fondamentale contributo di K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft: Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands*, Tübingen, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la fine della Seconda Guerra Mondiale queste idee potranno fruttificare. La legislazione approvata nel 1958 ed emendata nel 1973 introduce importanti limitazioni: 1) proibisce i cartelli come accordi "orizzontali", salvando solo i cartelli tesi a razionalizzare un settore industriale; 2) gli accordi "verticali" — come licenze, esclusive etc. — vengono proibiti se dannosi; 3) viene proibito l'abuso di potere economico da parte delle imprese dominanti. I concetti chiave sono quelli di limitazione della concorrenza e di abuso di potere, assortiti dalla novità che ad applicarli sono giudici ordinari e non amministrativi. La giurisprudenza ha sviluppato questi standards facendone applicazione per colpire i prezzi eccessivi praticati da imprese dominanti (caso Vitamin B12, 1976) o per censurare la disparità di trattamento inflitta ad imprese omologhe. Quanto alle fusioni, esse possono essere proibite quando, in base al principio di causalità, da esse possa derivarne una consistente diminuzione della concorrenza rafforzando così una posizione dominante sul mercato. La capacità di deterrenza della concorrenza — scoraggiando in particolare l'ingresso di nuovi soggetti nel mercato — da parte di un'impresa dotata di grande forza finanziaria è un indice della illiceità della fusione. L'analisi cui procede la giurisprudenza è pertanto strutturata come segue:

A) analisi della forza finanziaria delle imprese che intendono procedere alla fusione alla luce di quella di cui dispongono le imprese concorrenti; B) la disponibilità della ditta che fagocita un'altra ad utilizzare le proprie risorse per incrementare l'attività della ditta acquisita; C) impatto presumibile di questa concentrazione di risorse sui concorrenti attuali e potenziali.

3. Non è un caso che la Direzione generale della concorrenza di Bruxelles sia sempre stato un feudo tedesco. I tedeschi disponevano di un retroterra in materia del tutto ignoto agli altri europei, a cominciare dai francesi per giungere sino agli inglesi, in questo assai meno progrediti dei cugini americani.

Ma come è nato il diritto comunitario della concorrenza? La mano americana è riconoscibile e porta il nome del professor Robert Bowie, consulente dell'Alto commissario statunitense per la Germania, mentre sembra che il consigliere di Stato francese Maurice Lagrange procedette al drafting. Sintomo dell'influenza americana è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'art 65 del trattato sul carbone ed acciaio che focalizzando sul concetto di "accordi anticompetitivi" introduceva una categoria estranea alla tradizione europea, anche se non peregrina per i giuristi tedeschi cresciuti sotto l'ala della Scuola di Friburgo. L'influenza americana è riconoscibile anche nella norma che affida all'Autorità il controllo sulle fusioni. Se all'epoca della CECA l'influenza americana è ancora forte, all'indomani del trattato di Roma sono i tedeschi a fare sentire la loro esperienza, tanto in forza della dottrina economica che in virtù della legislazione nazionale adottata.

Nella prassi, la Commissione ha attribuito molta importanza alla lotta contro gli accordi verticali, in quanto il rischio era che attraverso intese private si ricostituissero le barriere che la Comunità voleva abbattere. Nel celebre caso Grundig-Consten (1966) l'uso della licenze di distribuzione esclusiva veniva censurato nella misura in cui intralciava la circolazione dei prodotti. È comprensibile che fino a tutti gli anni Sessanta siano gli accordi verticali il bersaglio della Commissione, mentre quelli orizzontali vengono trascurati, anche in vista della crescente competizione con gli USA — l'art. 86, circa l'abuso di potere, è poco utilizzato.

La svolta avviene negli anni Settanta con il caso Continental Can (1973) (6), nel quale la Corte di giustizia afferma che l'art. 86 poteva essere applicato anche alle fusioni, benché le fusioni non fossero esplicitamente menzionate. Nel fare applicazione del concetto di "abuso" è alla giurisprudenza tedesca che si guarda, non senza invocare un criterio teleologico: ogni distorsione della concorrenza lesiva degli obbiettivi del Trattato era illecita (7). Nel caso Commercial Solvents (1974) si afferma che il rifiuto di una ditta, che detiene il monopolio di un prodotto, di continuare le forniture ai concorrenti è illecito. Nel caso United Brands (1978) si aggiunge che le restrizioni di rivendita, il rifiuto di trattare con un precedente cliente, nonché la fissazione di prezzi eccessivi integravano comportamenti illeciti, allorché il rifiuto di contrarre spingesse un'impresa fuori dal mercato. Altrimenti detto, è la coercizione economica ad essere abusiva. I contenuti dell'abuso ex art. 86 vengono così definiti (Hoffman-La Roche (1979): *a*) imporre, direttamente o indiretta-

(6) J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, p. 186.
(7) R. WISH, *Competition Law*, Bath, 2001, p. 167 e sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente, prezzi di acquisto o vendita o altre sleali condizioni; *b*) limitare la produzione, i mercati o gli sviluppi tecnologici in pregiudizio dei consumatori; *c*) applicare condizioni dissimili a transazioni equivalenti, mettendo così alcune parti in svantaggio competitivo; *d*) sottoporre la conclusione dei contratti a condizioni che non hanno connessione con l'oggetto dei contratti.

Mentre la Corte, nel 1973, autorizzava le imprese ad invocare le norme comunitarie sulle concorrenza di fronte alle giurisdizioni nazionali, la Commissione preparava il grande passo che sarebbe giunto a maturazione con la Merger Regulation 4064/1989. In base a questa fonte, le concentrazioni che hanno una dimensione comunitaria devono essere notificate alla Commissione e sono soggette alla giurisdizione della Corte. La Commissione può proibirle quando "creano o rafforzano una posizione dominante in seguito alla quale l'effettiva concorrenza sarebbe intralciata nel Mercato Comune o in una parte sostanziale di esso". Non è necessario che l'impresa in questione abbia sede in Europa; basta che gli effetti (dottrina degli effetti) dei suoi comportamenti siano tali da turbare la concorrenza nel mercato comune. Ciò che conta è l'attuazione ("implementation") degli accordi in Europa, purché il giro di affari (turnover) sia significativo. Per quanto riguarda la definizione di mercato rilevante la Commissione ritiene che questo comprenda tutti i prodotti e servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in ragione delle caratteristiche del prodotto, del prezzo o dell'uso cui è destinato. Il mercato rilevante è definito come l'area in cui le imprese interessate provvedono alla fornitura e alla domanda dei beni e servizi, in cui le condizioni della concorrenza sono abbastanza omogenee. Cruciale in questa analisi è la sostituibilità del prodotto. Il test chiave è la reazione del consumatore a un piccolo, ma permanente aumento dei prezzi. Se i consumatori si rivolgono ad altre ditte e ad altri prodotti, allora significa che questi sono inclusi nel perimetro del mercato rilevante. Sul versante dell'offerta la sostituibilità consiste in ciò: ossia nel verificare con che velocità i potenziali fornitori possono mutare la produzione e indirizzarla verso un nuovo bene e mercato senza incorrere in significativi costi addizionali e rischi, in risposta a piccoli e permanenti mutamenti nei prezzi relativi degli esistenti fornitori. Se i potenziali nuovi fornitori non possono entrare nel mercato senza grossi investimenti nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempo, ebbene, non sono presi in considerazione per la definizione del mercato.

* * *

Il diritto della concorrenza è in continua evoluzione tanto negli USA quanto in Europa, dando luogo a collisioni transfrontaliere niente affatto irrilevanti. Ciò che fa ritenere indispensabile una concertazione tra le due grandi tradizioni, onde agevolare una più agevole ed efficace integrazione delle economie occidentali (8).

(8) Come suggerisce la ricerca della Brookings Institution, AA.VV., *Antitrust Goes Global*, Washington D.C., 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo sguardo degli 'altri'

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

VIRTUAL CITIZENSHIP, ELECTORAL OBSERVATION, INDIGENOUS PEOPLES, AND HUMAN RIGHTS BETWEEN EUROPE AND AMERICA, SWEDEN AND PERU

For Ulrich Fanger, Adolfo Cayuso, Andrea Malnati and Scipion du Chatenet, hard workers and an easy working team.

1. Images and bodies: the European Union on the web. — 2. Elections as human rights events: international standards for European operations. — 3. Observation as virtualisation: unforeseen results in Peru. — 4. More than a mote in a not so alien eye: Peruvian provocation. — 5. The beam in one's own eye: Europe' s embarrassment over Swedish zeal. — 6. Nemo dat quod non habet: co-operative relations among the United Nations. — 7. Rights make might: freedoms and elections, citizenships and peoples. — 8. The fact of our existence: the thing and the title for America and Europe. — 9. Fact and right: vicious geographies and virtuous constituencies.

> Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State will be a citizen of the Union.
>
> Treaty on European Union, 1993.

> International instruments recognise specific human rights criteria which electoral processes should abide by for them to be considered valid.
>
> Ombudsman's Office, Peru, 2000

1. *Images and bodies: the European Union on the web.*

At this point in our time and space, all manner of entities and institutions are able to offer a controlled image of themselves, one which can be created in cyberspace on web sites, freely accessible for both transmission and reception. Web sites constitute a source of virtual images on the internet. They are constantly being created,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

remodelled and reissued. An institution nowadays is not merely an establishment or an enterprise in the open world. Today it can also be a self-produced image on the virtual screen.

Law-making bodies do not only function through legal mechanisms established by their respective constitutional or statutory, conventional or customary framework. They also recreate or regenerate law in the forum and inorganic fronds of the intricate network of electronic web sites. Because of the medium's virtual nature, some entities take every effort to offer the best possible image of themselves. Moreover, they work continuously on that presentation, on their own virtualised image as if it were the true thing. It may be. Virtuality creates reality, which comes into being from the moment it manifests itself as a very potentiality. The internet can be not only a source of virtuosity but also a virtualising factor when it so publicly commits itself to adopting an image deemed virtuous due to its virtual nature. Virtue may beget reality as much as vice may. With web sites providing access to legal knowledge, the most effective law will not be precisely that which arises from an official paper, or not to the same extent as the one found in the more attractive and informal web version. This is already happening in spite of disclaimers which appear on the web page itself, warning that online versions must not be confused with officially published norms (1).

The network is a publicity channel in the dual meaning that also implies propaganda. Internet divulges and publicises in both senses at the same time. It is a showcase. You do not put all your files on the world wide web as you do in the corporation archives. There is selection and virtualisation, for there is a public. Between publishing and publicity, the net works much more efficiently than any other procedure hitherto known and used, due to its potential global scope as well as its permanent ability to update. Created and constructed order is now identified and visualised, and rightly so, through its reproduced and remade image on the computer's bright

(1) No need to go any farther, here is an example of a disclaimer from the European Parliament web site, *http://www.europarl.eu.int/guide/disclaimer/default-en.htm*: "It should also be noted that it is not possible to guarantee that a document which is available on-line reproduces exactly a text officially adopted: therefore only the legislation of the European Union as published in the paper editions of the Official Journal of the European Communities is considered to be authentic".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

screen. It is useless to resist therefore. At least *law in the books* is becoming *law on the web*; written law, computerised law produced in its virtual workshop and read on our real terminals, law straight from the manufacturer to the consumer without the intervention of markets, professions, papers, libraries or archives.

For practical purposes nowadays, if we wish to obtain information concerning any law-making institution and its structure, a visit to its web page would be worthwhile, with the chance to study its self-portrait. Other sources are no longer likely to offer better or even more practical information. Let us trust computers' glowing screens more than books' dull pages and recreate the spirit of reading and understanding, because the image itself is new and renewable. Our visit should be made with open and ingenuous eyes even though the institutions are known or familiar ones. Let it be to the European Union, as proposed (2). Let us visit its virtual reality, a reality which is after all doubly new, both grown and unripe. As a Union, it is a brand new political entity, gestated towards the end, rather than the middle of the 20th century by means of a still incomplete and already long series of treaties and agreements fol-

(2) Pietro Costa, who has just succeeded Paolo Grossi as editor of the *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, summoned a monographic issue on the European Union compared with the States. Without his encouragement and under my sole responsibility, I would not have decided to delve into a study of delicate moments arising from personal work experience and commitment to the Union. I held a post (DHM, *deputy head of mission*) in a European operation of electoral observation in America, specifically in Peru, which I shall deal with in this paper. Some other similar personal experiences are also a source. I do not regard them as extraneous to study and reflection, to the learning process itself that teaching welcomes although in the case of Peru I had decided to concern myself only with group work in benefit of the operation itself. Only when the electoral observation was over, in July 2001, and any commitment to the European Commission had ceased, did I change my mind and commence this essay. I write here exclusively in my role of professor of legal history, past and present, and not in any other more or less transitory capacity. I would like to express my recognition for the opportunity extended and for the professional independence that I enjoyed during the Peruvian operation. I must register also my gratitude to the University of Seville and to colleagues from the area of legal history for their help which enabled me to accept non-teaching engagements. I am grateful to Moira Bryson, linguistic advisor, more than a translator. There will be opportunities in later notes to register other thankfulness, as well as credentials, responsibilities and even a personal disclaimer.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lowing the launching of Maastricht, in force since 1993. It is inexperienced because it is still searching for a framework, for a constituent and constitutional law to call its own, for a constituency or non-borrowed citizenship to support it, as it were.

We are in the middle of a long birth process. Outwardly, the Union appears to be a babbling child, just starting to walk, dragging the umbilical cord that continues to bind it to the still existing body of a common market rather than to any kind of a constitutional community. However, the tables have turned or are capable of doing so. Europe is here and reaching out to a world vastly different from the panorama which initially presided from the mid-twentieth century through the pacts leading up to the Treaty of Rome, and for decades thereafter. Furthermore, since the constitutional gestation of the Member States two or even more centuries ago, the public scenario has changed dramatically. Regarding image-making through normative texts, the States did not even have the means to exploit printing in order to present themselves as duly constitutional. In contrast the Union today has access to the much speedier, more manageable and open medium of computer technology (3). As I hope shall be shown, when saying *constitutional*, I refer to law which concerns the rights of citizenship and even of the whole of humanity. Human rights themselves are becoming constitutional principles. As for States, it is not much more than two hundred years ago, between the 18th and 19th centuries, that the virtual concept and the actual practice of constitutional citizenship emerged in the area in which we shall move — an area which is more American than European, yet embracing both.

The use of computer technology may be a mere sign of a true chronological distinction, revealing unknown legal eventualities. I do not propose to study the tool or its possibilities. It is only a starting point for the journey. The network comprises and develops a mesh of links, gateways and web sites, corridors, directions and

(3) BENEDICT ANDERSON offers an inspiring impression of the printer's past bearing on the imagining of Nations and finally the image itself of States, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1983), London 1991. Contrast this with a strict monograph relevant to the evidence of subsequent illusions: MARTA LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, Madrid 2002, concerning Spain.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

routes that branch off and cross over in continuous expansion. Its capacity and possibility for cloning and proliferating kaleidoscopic images is almost infinite. I shall enter with a previously determined course. It is Europe, the Union at home, and as far away as America. It is also democracy, with the basis of polity or constituency entitled to rights. Constituent citizenships and rights to liberty set our course. The European Union itself will be the virtous guide and maybe the vicious escort. Exploiting the web, which really permits distant and unforeseen connections, or even ones which would be hard in the event of their being physical, we shall move backwards and forwards between Scandinavian Sweden, Europe, and Andean Peru, America, not all of Sweden or the whole of Peru as we shall see. I shall explain the reasons for the strange itinerary and the specification on identity. We shall take our real time on our virtual journeys (4).

Since we are contemplating virtues and other potentialities, I turn to the apparently virtuous and virtual field of international co-operation, and more specifically to a seemingly even more impartial area — that of electoral observation to safeguard democracy and foster human rights. Personal experience is behind this choice, but together with objective interest which will not be necessary to specify, as shall be seen. I am not alone and by myself in my professor's office and with my research work. I co-operate and observe in company — an activity which is likewise reflective. This question of observation in the area of co-operation could also serve, though incompletely, to tackle the difficult challenge of understanding the European Union in comparison with its individual States. A

(4) This essay on virtual history is a somewhat dissident dialogue with existent literature on citizenship, whose latest outstanding achievement is offered by the scholar who has called us together on this exploration project: PIETRO COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Bari 1999-2001. This genre is characterised by its European or Euro-American-centred stance not only through conscious accuracy, as in this case, but even when making the impossible attempt to embrace the entire world, as in the quoted *Imagined Communities* by B. ANDERSON (confront, as touchstone, the fourth chapter, the one on Latin America). As long as Europe must still account for colonialism, European past and present may be in compelling need of out-of-Europe specific perception, and not generic information, of local and not global knowledge in brief. This is the commitment of this paper.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrast can be tried with the constitutive styles they represent as a well-known and most visible term of reference, in history and at present, in Europe and America. The practice of co-operation offers an opportunity (5).

Although we have so far research and essays about election observations, and in particular concerning specific operations in America and elsewhere outside the European Union and the United States, hardly any consideration is given to it yet as to the form of political co-operation it comprises or is intended. However, in recent years a remarkable development has been witnessed, showing considerable potential at least while there exist political transitions between dictatorships or corrupted regimes on the one hand and constitutional systems on the other, between situations where rights to freedom are non-existent and positions where efforts are made towards them, this being the usual assumption in electoral observation (6).

I shall not compare observations, elections or transitions between or against each other here, or what was apparently observed with what really happened. Instead, I aim to situate us in cyberspace, in order to have a bird's-eye rather than ground level view of a case

(5) The intergovernmental co-operative field is not the usual or likely one as regards analysis and comprehension, and even less so from a non-economic approach and content of co-operation. This is perfectly understandable since Europe's constituent and constitutional moment is neither more accomplished nor better settled than that which existed in the previous era of Communities and common market rather than Union and citizenship: STELIOS STAVRIDIS, ELIAS MOSSIALOS, ROGER MORGAN and HOWARD MACHIN (eds.), *New Challenges to the European Union: Policies and Policy-making,* Aldershot, 1997; MASSIMO LA TORRE (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, Dordrecht 1998; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge 1999; MICHAEL BURGESS, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, London 2000; RICHARD BELLAMY and ALEX WARLEIGH (eds.), *Citizenship and Governance in the European Union*, London 2001.

(6) YVES BEIGBEDER, *International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections: Self-Determination and Transition to Democracy*, Dordrecht 1994; ARNE TOSTENSEN, DOEKE FABER and KARIJN DE JONG, *Towards an integrated approach to election observation? Professionalising European long-term election observation missions*, Maastricht 1997; KEVIN J. MIDDLEBROOK (ed.), *Election Observation and Democratic Transitions in Latin America*, San Diego 1998; KRISHNA KUMAR (ed.), *Postconflict Elections, Democratization, and International Assistance*, Boulder 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which illustrates the potentiality of not so much the observation task as of the observing agents, Member States and their Union — Europe. In other words, constitutionally speaking, I aim to observe myself and try to make my readers observe a living test of virtual citizenships both American and European. The view from aloft yields not outlines but perspectives, not profiles but frames. From distant America, a close up image of Europe's constitutional heartbeat can be obtained, or so I hope.

Thanks to the non-financial nature of electoral observation as a form of international co-operation, the fostering of democracy and promotion of rights through its performance may offer us mirror images of Europe's and America's respective polities or constituencies. Their subject and agent is citizenship, virtual and who knows if virtuous citizenships in the plural, both American and European, like the Peruvian, the Swedish and, of course, the Union's. Let us enter present history with past dimension and future projection. Here in the introduction, I would not be understood if I announce that we are about to visit the future, the most virtual history. Europe itself will lead us to virtuality. Let us travel through the web. It will give us virtual information for actual reflection.

2. *Elections as human rights events: international standards for European operations.*

Entering the Union's web site, we are greeted in the eleven official languages of the fifteen current Member States. We shall choose the English version, as this is by far the most common language, with the widest range of information and the most complete documents (7). Let us go to the EU, *European Union.* We shall enter through *External Relations*, and by way of a window which opens up *Policies, Programmes and Projects,* reach a matter defined as *Human Rights and Democratisation*. There we come across election co-operation, *Electoral Assistance and Observation,* where one of the largest sections concerns the 2001 operation in Peru, the issue of this particular study (8). Reference documents for introduction

(7) The virtual current doorway into Europe: *http://www.europa.eu.int*.

(8) Direct link: *http://europa.eu.int/comm/external-relations/human-rights/eu-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and explanation are available. In terms that are more general, they deal with democratisation tasks via election observation and other means such as election process direct assistance. Here we have reports and records concerning this external activity carried out by the European Union. Now, as from 2002, there is also immediate access to the site of *Europeaid*, the brand new European office for co-operation (9).

Between November 2000 and mid 2001 the European Commission produces reports on election observation and assistance strategies which are working papers concerning the fostering of democracy and human rights to be consulted with other main European institutions, the Council and Parliament. They define the current framework of the pursuit. Furthermore, they coincide with the preparation and execution of the electoral observation in Peru

---

election-ass-observ/index.httm. The documentation is in *acrobat reader*, which allows page quotes. To begin with I visited the site in July 2001, leaving around this moment, or more correctly with an annual report corresponding to October, the material consulted to reflect the state of the Peruvian electoral observation that will concern us. The European web page design dates from 1995 and it is already overloaded with information. The *eu* key is due to change from subdomain to domain, with a complete overhaul of the web site.

(9) *Europeaid*: *http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/eidhr/index-en.htm*, with its *disclaimer*: "The Commission accepts no responsibility or liability whatsoever with regard to the material on this site (...). Please note that it cannot be guaranteed that a document available on-line exactly reproduces an officially adopted text. Only European Union legislation published in the paper editions of the Official Journal of the European Communities is deemed authentic (…). This disclaimer is not intended to limit the liability of the Commission in contravention of any requirements laid down in applicable national law nor to exclude its liability for matters which may not be excluded under that law". As for the accountability, the problem lies in the latter, of course. As for the information on electoral observation, *Europeaid* (*European Initiative for Democracy and Human Rights*; director, FRANCESCO DE ANGELIS) does not integrate the previous documentation on its web site. It remains on that of *Human Rights and Democratization* subsidiary (also on the web) to *External Relations* (commissioner, CHRIS PATTEN). In the latter, you can still (mid-2002) find the address for the Peru-2001 operation that we are going to consider (*http://www.moeue-peru.org*), but as a dead-end, linking to nowhere. At least virtually, I mean on the net, there is a lack of co-ordination among European offices that we shall tackle not in cyberspace, but in Peru. In fact, it is the Peruvian side, namely *Perú Virtual*, which has saved the European observation site there: *http://www.peruvirtual.net/moeue* (MOEUE, *Misión de Observación Electoral de la Unión Europea*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which we are bound to consider. For reasons firstly of importance and secondly of coincidence, we should begin to peruse all this on the screen rather than in any other sources of information such as books. According to its testimony, at the beginning of this millennium we are witnesses to a phase of increase and consolidation in the specific field of external action through observation and assistance for democratisation. "In recent years, European electoral missions have grown in frequency" while co-operation has increased in general, "but up to now the experiences gained have not been compiled systematically" (10).

The European Parliament requests a statement from the Commission on the external performance of electoral observation, to which the latter replies with a clear principle at the end of 2000: "Elections are human rights events", and an initial legal position vis à vis voting as well as observing procedures, for both the execution and supervising of elections. "The basic international criteria for the validation of observed elections are in Article 21 of the Universal Declaration of Human Rights" (11). Let us recall the complete original tenor of this term of reference: "1. Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives. 2. Everyone has the right to equal access to public service in his country. 3. The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures" (12).

Electoral observation and assistance is a form of international co-operation whose common objective is democracy through election processes: "Election observation is the political complement to election assistance". Guided by the principles of "impartiality, transparency and professionalism", observation's goals, always within the

(10) *Communication from the Commission on EU Election Assistance and Observation* (4-XI-2000), p. 3.

(11) *Communication from the Commission* (4-XI-2000), pp. 4-5.

(12) For international documentation on human rights, the best up-to-date collection can be found online at the United Nations High Commissioner for Human Rights web site: *http://www.unhchr.ch*. The Universal Declaration is available in more than three hundred languages, not only state ones.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

human rights perspective, are to deter fraud, prevent conflicts, acknowledge legitimisation of an electoral process and enhance domestic and international confidence. To do more would be inappropriate: "Democracy can be supported, but cannot be imposed by foreigners". Elections constitute one of several key and co-operation scenarios where the goal of democracy cannot be enforced. With these established intentions, European electoral observations have been formally organised for almost a decade (13).

A working paper previous to this declaration coincides in the placing of electoral observation in the broader context of co-operation in support of democracy with an identical authority and perspective of human rights: "The Human Rights Regulations authorise Community support for the process of democratisation, in particular, for the electoral process and equal participation of the people". This slant places the issue as one more on the programme for this kind of rightful co-operation. Here is the agenda of the day, or rather the year 2000: "The fight against torture, the death penalty, and racism and xenophobia. Human rights education and freedom of expression. Economic, social, civil and political rights. The protection of vulnerable groups, especially children. The promotion and protection of the rights of women. The promotion of democracy and the rule of law", and observation finally in this last section. The significance and importance of electoral observation are manifest in the European Union's global and virtual commitment to human rights and democracy (14).

As well as children and women, the agenda also includes victims of torture, displaced persons and refugees among vulnerable groups. As different and distinct categories, national minorities are deemed

(13) *Communication from the Commission* (4-XI-2000), pages quoted above, and in Annexe I, pp. 25-31, with an overview of European election observation and assistance operations, from those of the Russian parliamentary elections in December 1993, and from there onwards in almost all parts of the world, except for those of Europe itself or of member States; *Council Conclusions on EU Election Assistance and Observation* (31-V-2001), p. 207, conclusions which repeated as objectives are included as an annexe, the twelfth, in the third *Annual Report on Human Rights* (8-X-2001): *http://europa.eu.int/comm/external*-relations/human-rights/doc/report-01-en.pdf.

(14) *Commission Staff working document. Report on the implementation of the European Initiative for Democracy and Human Rights in 2000* (22-V-2001), pp. 6 and 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to be included, as well as indigenous *peoples*, these also in the plural, since the singular form, indigenous *people*, would poorly describe a non-differentiated indigenous *population*. These peoples stand out particularly in accordance with a concept which we shall refer to later, that of the International Labour Organisation Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. Take heed, for it will be a sensitive issue in the Peruvian case. Let us also add that, for the sake of interest, this distinction between national minorities and indigenous peoples is not always maintained in the same virtual image of European reference documents (15).

"Elections are human rights events", it should always be stressed, as it is constantly by the European Union (16). If co-operation is specifically concerned with human sharing in equal rights, dialogue is its medium. We have already been warned that assistance is appropriate, but enforcement is unsuitable. "Democracy can be supported, but cannot be imposed by foreigners" nor by fellow citizens, as it should be added. Dialogue to foster democracy and human rights constitutes the channel and conditions for co-operation, even economic: "Since 1992, the EC has included in all its agreements with third countries a clause defining respect for human rights and democracy as *essential elements* in the EU's relationship". Within this context, defined at the time of the birth of the Union in 1993, the practice of lawful election observation was commenced, without a continuity solution up to the present and beyond (17).

---

(15) *Commission Staff Working Document* (22-V-2001), index and pp. 46-47; *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: The European Union's role in promoting human rights and democratisation in third Countries* (8-V-2001), p. 17. Now, as from 2002, there is a European page on the web *Promoting and Protecting the Rights of Indigenous Peoples*, under this patronizing approach: *http://europa.eu.int/comm/external-relations/human-rights/ip/index.htm*, the same phrasing for *Promoting and Protecting the Rights of Minorities*: *http://europa.eu.int/comm/external-relations/human-rights/rm/index.htm.*

(16) The emphasis is particularly noticeable right from the start of the *Council Conclusions on EU Election Assistance and Observation* (31-V-2001): "Genuine elections are an essential step in the democratisation process. They pre-suppose the full enjoyment of a wide range of human rights and fundamental freedoms".

(17) *Commission Communication on the inclusion of respect for democratic principles and human rights in agreements between the Community and third Countries* (23-V-1995); *Communication from the Commission to the Council and the European*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Virtuality is not always so clearly defined on European web pages, as we have already noticed with regard to the distinction between indigenous peoples and national minorities. When it comes to defining the terms of reference for election observation or assistance, the authority and perspective of human rights are not so clearly specified. In the guidelines for individual operations, another type of definition tends to appear instead, that of related but rather less demanding *international standards*. They do at least define conditions for co-operation beginning with universal suffrage as a right together with other associated ones. Here are the requirements: "Franchise is genuinely universal; political parties and individual candidates are able to enjoy their legitimate right to take part in the election; there is freedom of expression allowing possible criticism of the incumbent government and the right to free movement and assembly; all contesting parties and candidates have reasonable access to the media" (18).

However, principles defined only as *international standards* could introduce slackness and even relativity into the very heart of human rights. We continue in their terrain, but on a lower level of commitment, which becomes more evident when dealing with transitional elections following military dictatorships or corrupted regimes, the Peruvian case in 2001. Election observations are temporary actions carried out in the face of constitutional transitions. In these circumstances, as *international standards* standing for human rights, less demanding requirements can be assumed and recommended without the slightest hesitation, and easily so as we shall see later regarding the Peruvian case. Let us not anticipate challenges and checks. We are concerned here with the fact that when a more neutral and less expressive term of reference is adopted as measuring stick, in this case *international standards*, the task is not intended to be resolutely and clearly carried out with the more precise and committed *human rights standards*. When specifying criteria for observation reports, standards which are less defined and therefore

---

Parliament (8-V-2001), p. 4; *Council Conclusions on the European Union's role in promoting human rights and democratisation in third Countries* (25-VI-2001).

(18) *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament* (8-V-2001), p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

less committed, the so-called international, are the specific measuring stick employed. Thus with this reference to form and content, the election observation concerning Peru has had to issue its report. But let us not anticipate events.

We are concerned here with the fact that when a more neutral and even inexpressive term is adopted, in this case *international standards*, it does not appear that the task is being resolutely and clearly carried out with the more precise and committed *human rights standards*. It would seem that the latter, human rights, are useful only to legitimise the observation, not to constitute its rule. For these, mere *international standards* are deemed sufficient. Is there a difference or are they two ways of understanding the same unique idea? In the latter supposition, why duplicate syntagma? Why this insistence on human rights when operations are conceived, justified, planned and explained only for international standards to appear at the very moment of implementation?

For the evaluating of elections, what can international standards be if they are clearly not the same as human rights, or are not identified exactly with international law as conceived by the United Nations from the Universal Declaration on Human Rights whose article 21 set the first principle? "Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives"; "the will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secrete vote or by equivalent free voting procedures". These words mark the mere beginning of an intensive development that with its ups and downs has continued for just over fifty years. As we shall verify both in America and in Europe, human rights are today not only those of the Universal Declaration resolutely and clearly carried out with the more precise and committed *human rights standards*.

If the present legislative body of the international law of human rights is not what defines and specifies *standards*, what else might it be? There is no clear answer to this, for there is no real alternative. In practice, although bearing some association to human rights, especially to political ones, *international standards* are somewhat elusive and intuitive. With the connection in mind, this reference to

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

standards can be considered in the light of the lowest rather than highest common denominator taken from the conventions and performances of States which believe themselves to be constitutional and democratic. If the election observation and its staff are European, the standards derived from political experience common to the respective countries might be adopted more or less implicitly or surreptitiously as *international standards*. This of course can be the result of a certain distancing or dubious mediation regarding human rights principles always in the background. Yet this does not mean that the concealing effect is inevitable when, avoiding express reference to human rights, standards are relaxed and may be biased.

In the case of Peru, which we shall now consider, the sensitivity and prudence shown by the observation staff has prevented or at least mitigated the negative consequence. Leaving aside the Swedish syndrome, which I shall discuss later, it was only on the part of European Parliamentary members who participated in the observation that Europe was publicly held up as an example and guide for democracy and rights. This could be a sort of tribute to principles, asserting European instruments and mechanisms to this effect, without brandishing therefore the Union or the Member States' political and legal practices as a universal model (19). The so-called core team, that is the leading group of the observation in the field, played safe by avoiding the European reference among the authorities of their public statements and reports and including a "human rights framework" without European documents on the Peruvian operation's web site. We included instruments from the United Nations: Universal Declaration of Human Rights, Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Covenants on Civil and Political Rights, and Economic, Social and Cultural Rights,

(19) This specifically concerned the reference to the European Union's recent Charter of Fundamental Rights as a model. At the time and in those circumstances I did not discuss what I considered to be its serious deficiencies, with regard to Europe itself and also America. I shall not do so now, but later on, when we have cause. I do not know what degree of comparative knowledge some members of the European Parliament possess, concerning declarations of rights, but it is clear that they took for granted that a European instrument is superior to any Latin or Inter-American equivalent, or even pertaining to the United Nations. We shall have a very telling anecdote about this neo-colonialist mentality regarding election rules.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, and finally, in keeping with the view of the United Nations High Commissioner for Human Rights and with the fact of its ratification by Peru, the Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries of the International Labour Organisation (20). The European Union's criteria were thus complied with: "Elections are human rights events" in America as much as in Europe, in Peru as much as in Sweden. We shall check all of this at a later point.

We are not yet in America. We are still in Europe, on the European Union's web site, which includes a link to the Peruvian electoral observation's own page as long as this remains active (21).

---

(20) *Marco de derechos humanos*, framework of human rights, in the current container of our web site: *http://www.peruvirtual.net/moeue/humanr.htm*. The one also quoted above from the High Commissioner for Human Rights contains the Convention of the International Labour Organisation on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries as a human rights instrument. I must say that the field management team itself had doubts concerning the appropriateness of the inclusion of the whole *marco* or framework. This was because functionally we had on the one hand to comply with the Peruvian legal system and on the other, do everything possible to manifest the nature of European observation. Thus, we also included the Peruvian legal framework for the elections as well as a link with the European Union's *human rights and democratisation* site. During the election process, regarding human rights, the Ombudsman's Office distinguished itself and stood out among the other Peruvian institutions. As for the observation web page, a precedent is maybe established, because the one for the elections in Ecuador, 2002, constitutes a good copy, including the *framework on human rights*: *http://www.ue-moee.org* (chief observer, EMMA BONINO; deputy, RAFAEL LÓPEZ-PINTOR).

(21) This is where the most complete information was found regarding European Union electoral observation during the 2001 Peruvian General Elections which concern us now: *http://www.moeue-peru.org*, designed and programmed by MORELLA REYES, saved in *http://www.peruvirtual.net/moeue*. I use the past tense for the reference to the first address because the site has expired, as it was only a twelve-month contract and the European Commission (which is after all its *home*) had not saved it on its own web site, where now (mid-2002), the respective link is a dead-end, as we know. Among other various observations in Peru, there has been one other with its own web site, that of the Organisation of American States, which I shall refer to. This site is however even more short-lived as it closed as soon as the elections were over, not remaining in its respective *home*: *http://www.oas.org*. Anyway, with the help of MORELLA REYES, I have also saved *http://www.moeue-peru.org* on CD — a new element in archives and libraries to solve

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

For the moment, we stay at home, at the European homepage. We are in virtual Europe on the web, where its self-image seems certainly exemplary. For now, we shall not question this make-believe. I have already warned that I am not intending to make a comparison of virtualities with realities as if they were mutually exclusive dimensions.

From a more elementary viewpoint, an attempt could be made to compare Europe as a virtuality with the States as a reality. It could be maliciously insinuated that the European Union can afford its own construction of a foreign policy especially centred on co-operation in promotion of democracy and rights as the means and condition for economic assistance, for there are Member States with ample experience and a surplus of determination for the more traditional diplomacy which entails interests and pressures. Within the European Union, the co-ordination termed Common Foreign and Security Policy can be considered at both central and local levels, among the States themselves and among their embassies, in such a way that it always tries to emphasise international co-operation's more acceptable dimension, that of human rights even to economic assistance. The Member States' main remaining foreign action according to their own interests and their own co-operation programmes might be what enables the virtuality of the beautiful image of a common façade, the Union's at least on the web (22).

All this may be true, but it is not our business or commitment now. It is not that I myself deny it, but it is simply not the object of our consideration at this moment. We are not facing a tangible (if it were clearly distinguishable) but rather an intangible reality, which involves committed virtuality. The European Union certainly commits itself with its offer of an image that is very different to the one which States at one time had of themselves and of each other, or to the image which they can in fact continue to maintain even with all the international co-operation they provide, together with all the commitment to human rights from which their politics may also

both the net's transformation and volatility as a source of immediate history. Who will save the present European site when it is redesigned, as scheduled?

(22) *Council Conclusions on EU Election Assistance and Observation (31-V-2001),* p. 208.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

arise. The magic of computer technology now helps everybody, although it is not sufficient of course. It is likely that the States themselves are less able to make the attempt. For verification purposes their web sites can be visited (23).

Election observation, which is in a stage of marked development, predominates in the field of external action trying to promote democratisation. It is not an exclusive invention of the European Union. Member States have also considered it, but they tend to cede this specific field to the Union itself with a kind of diplomatic role division between virtuality and reality. Abroad, in America itself, there exist institutions which are becoming specialised, and they compete with Europe in the observation task or in direct election assistance (24). Between one and the other, the trend is moving from mere practice to formal action, from political experience to legal institutions regulated particularly by codes of conduct in ethic terms, regarding not only observation but also the more inclusive co-operation for democratisation, which furthermore contemplates direct assistance in the electoral field and thus the elections themselves (25). Each observation task may have its regulations added to

(23) As we are going to deal with Sweden, the test can be made with the case: *http://www.sweden.gov.se*; for a direct entry to *Virtual Sweden*: *http://www.sweden.se/si/67.cs*.

(24) In America, as well as the Organisation of American States and the United Nations, the International Foundation for Electoral Systems (*http://www.ifes.org*) and CAPEL, *Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (*http://www.iidh.ed.cr/siii/index-fl.htm*), deal in a more specialised manner with electoral observation and assistance. The tandem formed by NDI-CC, National Democratic Institute for International Affairs - Carter Center (*http://www.ndi.org*; *http://www.cartercenter.org*) also participates, and more directly, on the part of the United States, USAID, United States Agency for International Development (*http://www.usaid.gov*). They are all live presences in the Peruvian 2001 general elections: the Organisation of American States (chief observer, EDUARDO STEIN), the NDI-Carter Center (chief observers, JIMMY CARTER and MADELEINE ALBRIGHT; deputy, LUIS NUNES), and, giving direct assistance (which covers a large part of the Peruvian electoral budget) USAID, IFES and CAPEL.

(25) RAFAEL LÓPEZ PINTOR, *Electoral Management Bodies as Institutions of Governance*, New York 2000, pp. 87-117, a UNDP publication. Among its activities in support of development, this UN agency (United Nations Development Programme) includes electoral co-operation and supervision (*http://www.undp.org*). Through a decision taken by the Council in 1998 the European observation's code of conduct was designed and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

through inter-government agreements with a minimum basis for the observation's undertaking, and also upon the same background, through conditions set by the co-operating party, the European Union in this case (26).

We have arrived at the most specific question which I wish to consider, the virtual significance and reach of the activity of co-operation in support of democracy and rights between Europe as the active subject and America as the passive object of observation, as we endeavour to observe the resulting display of reflecting images that are not merely ideal but also real in their way — images of States and the Union among the European ones (27). I say America and I should say Peru more specifically. The most documented observa-

---

defined: *Communication from the Commission* (8-V-2001), pp. 36-37. R. López Pintor reports on the codes drawn up in 1997-1998 by IDEA (Institute for Democracy and Electoral Assistance whose headquarters are in Sweden, to which I shall refer further on), and also more recently those of the *Electoral Observation Handbook* by the Organisation for Security and Co-operation in Europe, with true electoral observation and assistance experience in the other European arena, external to the Union: *http://www.osce.org/odihr/elections*.

(26) The following is a list of what might be more specifically understood as legal sources or political substitutes for European electoral observation in the Peruvian case which concerns us: a formal letter of invitation from the Peruvian Government; a proposal of agreement "concerning the privileges and immunities of the electoral process observers"; the European Parliament's resolution regarding "active support" for the Peruvian transition; an agreement with the National Electoral Jury, the highest Peruvian authority in this electoral field; precautions contained in Peru's Elections Statute, regarding national electoral observation and extendable to international observation; terms of reference drawn up by the European Commission and which include the code of conduct; accredited practices from preceding observations; resolutions regarding the running of the National Office of the Electoral Processes, the institution in charge of organisation and electoral administration; other decisions proceeding from the Delegation of the European Commission in Lima and from the so-called core team; and other criteria somehow improvised as the need arises, which may be usual when an activity of public character, responsibility and budget is inadequately regulated or deficiently subject to rule of law in its point both of European origin and American destination.

(27) As regards the European approach, *http://europa.eu.int/comm/external-relations/peru/intro/comm-patten.htm*. The following section referring more specifically to Peru was presented and debated in the congress on *Citizenship, Political Culture and State Reform in Latin America* of Michoacan College, Mexico, 24-26 October 2001. I also brought its publication forward in the *Revista de Estudios Políticos*, 114, 2001, pp. 11-39, and previously online: *http://geocities.com/alertanet2/pe-BClavero.htm*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion case on the European Union web site is the Peruvian one. Let us journey towards it.

3. *Observation as virtualisation: unforeseen results in Peru.*

The European Union's observation during the parliamentary and presidential elections in Peru 2001 is one that has reached considerable proportions in relation to size and duration compared with the past average in this type of initiative. It was independent, since it was not covered by the United Nations, the Organisation of American States or any other international presence or concurrence, and it relied on its own staff and substantial resources for the virtual satisfaction of its objectives, together with official support (and not just the formal invitation) on the part of the Peruvian executive (28).

After the failure of such a corrupt regime as the one presided in Peru by Alberto Fujimori during the nineties and the start of a transition firmly committed to fair elections, the European operation was put in motion and deployed on the spot (29). As for observation staff, it consisted fundamentally of five people (six in theory) in the

(28) In contrast with the occasional incomprehension and reluctance shown by the electoral institutions, the President of the Republic, VALENTÍN PANIAGUA, and the President of the Government and Foreign Secretary, JAVIER PÉREZ DE CUÉLLAR (ex-General Secretary of the United Nations) were particularly welcoming and receptive. Especially effective support was given by the political institution for promotion and protection of constitutional rights, the Ombudsman's Office, *Defensoría del Pueblo* (chief *defensor*, WALTER ALBÁN; deputy for constitutional matters, SAMUEL ABAD; expert for electoral supervision, WILLIAN LÓPEZ) and by the civil association or NGO *Transparencia* (president, SALVADOR LERNER; general secretary, RAFAEL RONCAGLIOLO). Other non-governmental organisations also took part. The *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos* offered substantiated reports. The *Consejo por la Paz* gave advice and assistance with regard to more problematic areas. The *Instituto Apoyo* was contracted to provide administration assistance, and also offered information service. On a more personal level, DANIEL MARTÍNEZ and MARY LUZ VEGA from the International Labour Organisation Lima headquarters acted as presenters and guides in local, not only trade union spheres. I shall refer to more support cases further on. It is not at all necessary to state that the responsibility for the present report is entirely my own.

(29) *Commission Staff Working Document* (22-V-2001), p. 10: "In Peru, € 1.749.000 was allocated for the establishment of a EU election observation mission". Record of the financial allocation may be found in *http://europa.eu.int/comm/europeaid/reports/compendium2001macro.pdf*, p. 165. For reasons explained below, I am avoiding

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leading core team, twelve others for process and electoral campaign witnessing and analysing, and a contingent of over fifty to reinforce supervision on the eve of and during election days. All in all the operation lasted practically four months between mid-February with the first briefing meeting for observation personnel while still in Europe, and mid-June on the final withdrawal of the core team following a thirteen week stay in Peru (though with staggered vacation short breaks, not affecting the operation's continuity) together most of the time with the twelve long term observers, leaders usually in Lima and the latter deployed throughout the country (30). Real group research work lay behind; ahead lay the writing up of a collective report which, in keeping with the principles of co-operation, was to include recommendations for the Peruvian citizens and authorities concerning the electoral system and practice (31).

New virtualities appear, one of a vision to obtain an understanding and one of determination to achieve experience. The official report offers the results of the observation as a form of virtualisation in electoral matters. It proves apparent accordance between image

---

the use of the name *mission*, although long-coined and thus useful in the international field.

(30) The core team members in the field were Ulrich Fanger as legal and election advisor, Adolfo Cayuso as observers' co-ordinator, Andrea Malnati as media and research advisor; Scipion du Chatenet as security and logistic advisor (the head of mission was missing, as I shall explain, and I am the fifth man of course). The long term observers were Delphine Blanchet and Nils Meyer in Arequipa, Sonia Franco and Thomas Boserup in Iquitos, Pedro Lacunza and Sikke Bruinsma in Ayacucho, Björne Folke and Jean Leloutre in La Libertad and Lambayeque, Tiina Heino and Miguel Alonso-Majarangranzas in Apurimac, Cusco and Puno, and Lars Tollemark and Richard Atwood in Lima. Some employees, namely Leo Cardinaels and Marisol Hernández, collaborated diligently in the very observation work above their administrative tasks. The human factor has been shown to be a crucial key for any history, not only micro.

(31) The *Final Report* of the Peru-2001 electoral observation can be found on the European Union web site (*http://europa.eu.int/comm/external-relations/human-rights/eu-election-ass-observ/peru/final-report.pdf*) that also houses several of the preparatory pronouncements and public statements, though not the periodical reports classified as reserved. As we know, the documentation is not on the *Europeaid* site, but only on the one of *Human Rights and Democratisation*. The most complete public information, including the official report also in Spanish, *Informe Final*, is to be found on the observation site: *http://www.peruvirtual.net/moeue*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and evidence. The European observation reported that the elections held in Peru 2001 adhered to *international standards*. Put very briefly, for this external vision, those from Europe who were present witnessed fairly clean elections during a somewhat shady process, not so much due to political contamination at that moment as arising from fundamental institutional problems which could affect *human rights standards*. Let us offer and carefully consider European visions rather than Peruvian realities. I shall make use of assessments made by the foreign observation team and of one observer, myself, pointing out the two sources wherever necessary to avoid any misunderstanding.

From now on, I shall put forward images as if they were realities, as if the limited European observation explained the complex Peruvian system. Its scope certainly does not cover much, for as far as size is concerned, only some four hundred voting stations out of a total of over ninety thousand were covered by the European observation with varying intensity. This number is quite serious: around ninety-five thousand in all if the voting stations set up abroad are included. Of course, group research by means of selection and sampling is a method which can improve results. There is also the supporting testimony, though not in the critical aspect, of other observation operations which, because they are domestic, or run by Peruvian citizens, are supposed to be more competent and authorised (32). In any case, the limitations of the quest are evident. With this warning in mind, let us proceed. It is not a question of explaining an electoral system, still less a chronicle of elections. We are concerned instead with trying to achieve a virtual depiction, provided that we cannot acquire a realistic picture and do not desire an official portrait. We are not interested in the electoral view

(32) I refer to previously mentioned entities, the *Defensor del Pueblo* (DF) or Ombudsman's Office (*http://www.ombudsman.gob.pe*), and the civic association *Transparencia* (*http://www.transparencia.org.pe*), both of which have outstanding experience in electoral supervision. Among other concerned addresses, the already mentioned *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos* (*http://ww*w.dhperu.org), along with the *Comisión Andina de Juristas* (*http://www.cajpe.org.pe/rij*), the *Instituto de Defensa Legal* (*http://www.idl.org.pe*) and *Alertanet* (*http://geocities.com/alertanet/peru.html*) also deserve recommendation.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

offered by the State itself through its legal system (33), but rather in its dynamics and their result.

Let us start at the top just for the sake of itinerary. When the European observation team arrives *in situ,* it is confronted to begin with by a schedule of interviews with higher election institutions. This start could affect visibility somewhat and even seriously influence insight, which in effect occurred to a greater extent as a consequence of the Swedish embassy's initial mediation, acting in its own interests, a matter I shall deal with further on. No great damage was done. We had sufficient time and means for checking. Therefore, I am not going to follow the trail of evidence, but just the route through short cuts. I shall begin at the top in accordance not with early sensations, but with the final proofs, with those particularly concerning *human rights standard*s.

With a view now to political neutrality, the Peruvian elections in 2001 are presided by a substantially judiciary body, the so-called National Electoral Jury, and managed by a different autonomous office, the National Office of the Electoral Processes (34). The highest electoral authority, the National Jury, is a body sensitive to political party claims as it is oblivious to public or more general interests, for example the rapid settlement of electoral disputes in a delicate stage of transition. Actually, while the law provides only for

(33) DIETER NOHLEN, SONIA PICADO and DANIEL ZOVATTO (eds.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, México 1998.

(34) *Jurado Nacional de Elecciones* (JNE, National Electoral Jury: *http://www.jne.gob.pe*; president, MANUEL SÁNCHEZ PALACIOS; members, FLORA ADELAIDA BOLÍVAR, GASTÓN SOTO, CARLOS VELA Y RAMIRO DE VALDIVIA), escorted by the *Oficina Nacional de Procesos Electorales* (ONPE, National Office of the Electoral Processes: *http://www.onpe.gob.pe*; chief, FERNANDO TUESTA) and also by the *Registro Nacional de Identificación y Estado Civil* (RENIEC, National Record of Identification and Civil Status: *http://www.identidad.gob.pe*; chief, CELEDONIO MÉNDEZ). This trinity forms the *Sistema electoral* of the 1993 Constitution which (as near in time as distant in spirit) still rules over the general elections of 2001. It establishes this institutional tripartite electoral scheme independent from the branches of government. With supreme jurisdiction, ruling power, legislative initiative and supervising empowerment, the National Electoral Jury presides. The National Office of the Electoral Processes organises. The National Record of Identification and Civil Status assists with its own authority for census elaboration and identity accreditation. The principal positions in these electoral institutions are appointed not by the executive branch, but by ordinary judiciary bodies or by ones belonging to constitutional realms.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

special and summary electoral remedies, ordinary appeals are accepted in addition (35). This situation causes a considerable delay thereby endangering both internal and foreign confidence in the current process. The Peruvian executive itself, which has no authority concerning the management of the election process for reasons of neutrality, utters warnings about the serious delays caused by jurisdictional deference in face of party claims between the two rounds required for the presidential election, due to the failure to achieve absolute majority in the first. While the parliamentary and presidential elections were held on the eighth of April, the second round for the presidency took place on the third of June.

The supreme electoral body's desire to satisfy the political parties does not mean that it is sensitive to citizens' rights. This is the issue which mainly concerns us. In order to foster women's political participation the law establishes a gender quota in the electoral rolls which the National Electoral Jury has negligently played down. Peru is a country with a strong internal migration, where voting is not voluntary, as we shall see, and postal votes are not allowed except abroad. To avoid costly and difficult journeys in order to vote the law requires the installation of temporary residents' polling stations, yet this stipulation has not been fulfilled. The National Electoral Jury failed to order its compliance. Although the National Office of the Electoral Processes has signed and carried out an agreement with the Ombudsman's Office to set up Ombudsman facilities in its own electoral administration departments, the National Electoral Jury, which is the superior body, has refused to recognise the authority of this other constitutional institution, as is the Ombudsman's Office, to defend electoral rights and participation of the citizenship. The result is that such an important organism, the supreme one in the electoral field, is deferential not to citizens' rights but to political forces (36).

---

(35) The same body, el *Jurado Nacional de Elecciones*, coordinates and publishes, without concern for contradiction, electoral statutes: *Legislación Electoral del Perú,* Lima 2001.

(36) The administrative autonomy of the National Office of the Electoral Processes, while under the ruling and supervising control of the National Electoral Jury, allows disparity in relations with the Ombudsman's Office. Regarding the missing temporary residents' polling stations, a biased interpretation of the electoral statues was

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

As a final internal jurisdictional resort on electoral issues, except for penal cases, the National Jury is furthermore given to mere discretion. There is no further appeal or remedy according to the Constitution, and the statutes. The same constitutional text strengthens this position, stipulating that this supreme authority in the electoral field appreciates the facts "according to the conscience" of the judges, the members of this so-called Jury. It could hardly be otherwise if votes can be destroyed immediately after counting, as we shall see (37). For its part, similarly to its rejection of the

imposed. The law requires these facilities without exceptions, but the electoral institutions understand that they are not viable when the elections are by multiple district, as are the parliamentary. Votes cast abroad, where in addition to polling stations it is possible to vote by post, are all assigned to the district capital, the Department of Lima. There have been no temporary resident votes for presidential elections, for which the district is unique, as it was argued that the single ballot sheet (with two columns, one for parliament and one for presidency) did not allow it in the first round, and so neither in the second round for only the presidency. A parliamentary initiative toward separating the ballot papers failed when faced with drastic opposition from the National Office of the Electoral Processes. After failed attempts the National Electoral Jury withdrew completely from legislative initiatives in election matters. The Ombudsman's Office has distinguished itself in its scrupulous endeavour to apply the gender quota, meeting with the National Electoral Jury's utter indifference. This final point is my own appreciation, not that of the European report.

(37) There has been at least one apparent case of flagrant injustice without jurisdictional final remedy. The last seat in the Department of Ancash was hard fought by two political groups, the second and fourth of the final result for the parliament. The vote sheets were destroyed, according to the statutory rule. The ballot records, of which there were officially several, differed. The district electoral jury assigns the seat to the fourth force on a second attempt, after a claim for a repeat which is not legally possible, but is practised in this way by the electoral jurisdiction in their flattering behaviour to parties. Through further appeal, the National Electoral Jury allocates it to the second force, declaring the intermediate claim to be inadmissible in this case (not in all). Going into even greater, constitutionally unnecessary detail, provided that the Jury decides "according to conscience", it adds a supposedly official expert report as proof privately done by clerks of the National Record of Identification and Civil Status. This report is negative for the conflicting electoral record due to a false signature. After the Jury's decision, the person appearing as the signer proceeds to declare by letter that the signature is not false, since it is hers. Nevertheless, at this point, the National Electoral Jury does not even admit a review due to the appearance of this new evidence which may be decisive. Although the political background to the case shows signs of deliberate favouritism, I shall avoid the delicate and improper area of imagining motives as it goes against a constitutional principle like the presumption of innocence.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ombudsman's competence, the aforementioned higher electoral body has shown opposition towards any reform in favour of appeals to constitutional justice in the interest of rights. It is also reluctant to accept international jurisdictions' authority in election matters on behalf of political rights. The National Electoral Jury asserts itself as the absolute last resort (38).

At the other extreme, at the foot of an entire institutional pyramid, the polling stations are staffed by citizens themselves, supposedly to guarantee and inspire confidence among them. The process for selecting this personnel is however highly obscure. Moreover, the stations are subject to party intervention beyond mere supervision, which has an undermining effect, above all at the crucial moment of votes counting and results recording, during the whole phase of tally and tabulation. The lack of publicity surrounding these operations and the immediate physical destruction of uncontested ballot sheets renders manipulation all the easier. Previously, in a system of universal suffrage, the selection procedure for polling stations introduces an elitist feature that facilitates manipulability. Its census is specific and more limited than the universal voting type. "Education" is a legal requirement for becoming a member of the polling stations. The very procedure is carried out quite secretly among those who satisfy the educational requirements for the final selection by draw which is held in Lima rather than locally. Citizens also participate as jury members in the electoral body's court of first instance, subsidiary of the National Electoral Jury, but the selection is also effected through a screening process which is by no means transparent. Challenges are possible, but bail demands are prohibitive for most citizens. In the face of such procedures and their results, spontaneous public discontent, that

(38) This admissibility of appeal in electoral matters, specifically in the interests of rights, both for the Peruvian Constitutional Court and the American Court of Human Rights or even before the United Nations Human Rights Committee, the jurisdiction corresponding to the Covenant on Civil and Political Rights (since these are international or suprastate authorities recognised by Peru, after an interruption provoked by the Fujimori regime) is the Ombudsman's constant proposal, based on the principle expressed in the second quote from my heading: *Elecciones 2000. Supervisión de la Defensoría del Pueblo*, Lima 2000, p. 16. The Ombudman's discrediting reports, based on human rights grounds, were crucial for the induction of the transition.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which is not channelled by parties or the press, becomes quite evident here and there, though the information gathered by the election observation does not allow for generalisation concerning this very sensitive point (39).

The polling stations carry out the vote counting for the Congress according to the relatively proportional d'Hont system, but with useless and, for the common citizen, almost unintelligible legal requirements in the way of computing and allocating the electoral results. The stations' tasks are further complicated by the multiplication of official records of tally and tabulation for the institutions, including the armed forces and political parties, and also by the electoral authorities' determination, beyond the law, to obtain a first report by means of a selective quick count, without waiting to formalise all the rest. Regarding the Congress, vote counting is also complicated by the existence of preferential votes in favour of individual candidacies in a list system which furthermore attracts attention and interference from the parties themselves at the decisive moment of seat allocation. All these complexities, which seem even partly artificial, constitute a breeding ground for biased party interference in the electoral procedures.

Faced with this combination of factors, it is no indiscretion on my part if I reveal that opinions were divided within the European observation itself, even within its core team. There was division

(39) The evidence occurred in Tarapoto, whose department, San Martín, is already quite conflictive, as the electoral institutions do not have their headquarters in Moyobamba, the provincial capital, but in the aforementioned city. This caused tension among the electorship, with road blockades and confiscation of election material. Only a personal visit provides awareness of the dissatisfaction caused by the influence of political parties in selections among citizens and polling stations procedures, not to mention pro-Fujimori presence in the electoral local administration. Likewise, only direct contact highlights the lack of neutrality and even excessive belligerence on the part of some departmental heads of electoral authorities. When asked why no formal challenges had been lodged within the legal deadline against nominations, the citizens pleaded not only the obstacle that bail posed for access to institutional remedies in the electoral field, but also an entire range of political pressure and social retaliations where the law is of no avail. Faced with the risk of legal actions in the opposite direction, in defence of possible election misdemeanours in institutional positions, the television and press dealt with the first question, the open conflict between cities, but not with the second — the evident mistrust among citizens at least in that department.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

between those who believe that functional illiterates (meaning those unable to read and write properly in Spanish and thus deemed to be weaker and defenceless only for this reason) should be more systematically excluded from institutional membership, and those who argue that on the contrary, citizens' participation and public confidence in the electoral procedures ought always to be paramount. If the aim of the citizen-staffed electoral stations is not really the latter, the search for participation and confidence, but rather political and administrative inability to form them in any other way, a virtue may be made of necessity. In any case, it should be realised that with all of this, above all with destruction of ballots at the stations after counting and allocating, not just the scope for biased party influence over election results may really extend, but also the directive and adjudicative final powers of the electoral system's higher body, the National Electoral Jury, may really be reinforced. There was greater agreement within the European observation regarding these appraisals which are not usually recognised inside Peru (40).

So, between one extreme of the supreme electoral institution's legal discretion and the opposite one of grassroots political intervention in electoral procedures by contending parties, all in all, in spite of everything we have observed, the elections substantially conformed to international standards under the relative view and explicit opinion of the European observation team, coinciding herein with other external as well as domestic observations. This appraisal is understood in the light of what was observed under the rules governing international presence. The European report carefully limits itself to matters of electoral regime and practice under Peruvian constitutional law, which does not signify that the observation did not detect other quite related and highly relevant extremes.

Thus, these Peruvian general elections involved a hundred and twenty-three representative positions from an electoral census of around fifteen million in a population of close to twenty-five million

(40) Although there are of course treatises that are more systematic and this is a rather overwhelming text, the curious manual and unofficial viewpoint of JUAN CARLOS and RAMIRO VALDIVIA, *Diccionario de Derecho Electoral Peruano*, Lima 2001, is as enlightening in what it says as in what it keeps silent.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

according to official statistics (41). They were held for one president, two vice-presidents and one hundred and twenty single-chamber parliamentary seats. If this indicates a serious problem of under-representation, this is due to not only quantitative but also and above all qualitative reasons. As a country, Peru has an extremely diverse population due to the coexistence of regions with different economies and customs, as well as an abundance of language and cultural communities, such as the indigenous, without political representation or constitutional incorporation as collective bodies under the current constitutional law (42). For the 2001 general elections the only formally parliamentarian and politically representative house for the whole of Peru is the Congress of the Republic, with one hundred and twenty seats in Lima, the State capital, and nowhere else.

Serious problems regarding constitutional foundation on citizenship representation are to be found. When the elections are declared to conform to international standards, this means, among other things, that the political agents have had the freedom and wherewithal to render themselves competitively vivid in the eyes of citizens. Indeed, it may be said that in general terms this has shown to be so in the case of the Peruvian 2001 general elections. The political authorities and police and even military forces have guar-

(41) The *Biblioteca Digital del Instituto Nacional de Estadística e Informática de la Presidencia del Consejo de Ministros* provides a useful virtual site to begin with for information which is not only statistical: *http://www.inei.gob.pe/biblioinei*.

(42) Concerning this human diversity, I could refer to any introduction to Peru, but I must refrain for I do not know of any that is clear and complete. Regarding the most outstanding aspect of language plurality, there are not only the Quechua and Aymara cultures shared with Bolivia; the first one being also shared with Ecuador and to some extent with Colombia, Argentina and Chile. Furthermore, there are those pertaining to around twenty Amazonian indigenous peoples — not all entirely within the state frontiers. As we shall observe, in the Peruvian constitutional and legal language, this presence is referred to by the expression "peasant and native communities", the latter deemed to be the Amazonian, as if the former were no longer indigenous. For the international normative phrasing, especially by virtue of the Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries of the International Labour Organisation, both of them are considered as "indigenous peoples" insofar as they are previous to and have survived colonialism. Until now in Peru no constitutional enactment has led, as we shall confirm, to any reconsideration of the representative system on behalf of the plurality of peoples which it embraces, nor even, so far, to a revision of the legal language itself.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anteed these conditions, beginning with their own neutrality vis à vis the electoral offers. However, what is guaranteed to the candidatures or the electoral observations is not extended to the citizen, either as an individual or collectively. With public order under heavy military control, and following a cruel period of terrorism and counter-uprisings, with neither side respecting rights, there is not the same consideration concerning the exercise of liberties on the part of either civil associations or the very citizen, the individual (43). In certain areas, labour unions' activity has been curbed on behalf of voting safety and there have been serious restrictions to personal liberty on the part of the police, for the same pretext of electoral peace, with flaunting of military authority as if it enhanced rather than hindered political free participation (44).

(43) During the last two decades of the twentieth century in Peru, between terrorism and no less terrorist counter-terrorism, there have been more deaths and disappearances (many of which have remained unsolved) than in Chile, Argentina or Uruguay under military regime. If I were asked why the situation is less well-known abroad, the reason I would give would not be that there were outright dictatorships inciting opposition in the other countries, but that in Peru it is the case of indigenous population causing indifference: Ombudsman's Office, *Las Voces de los desaparecidos. Testimonios de los familiares*, Lima 2001, voices of the missing through relatives' testimony. In the First Encounter of Indigenous Peoples of Peru, to which I shall refer later, a dossier on "Human Rights Violations by the Armed and Police Forces", *Principales violaciones a los derechos humanos por parte de las Fuerzas Armadas y Policiales*, was passed around, in order to break the silence.

(44) In the long run there were no signs of this particular point in the European report. Some are to be found in the reports, which are of course much more authoritative and expert, published on the Peruvian Ombudsman's web site. Yet above all I rely on my own interviews as deputy head of the European observation with military chiefs of the civil police in terrorist threatened areas. I was able to travel there and meet them thanks to the Defence Ministry service corps — to such an extent was the Peruvian government open to international presence in these elections. My indebtedness is also extended to a previously mentioned non government organisation, the Council for Peace. The government's direct assistance was also due to self-interest, since after the journeys each press conference was summoned and presided by the minister. Yet in the first one, with no other awkwardness apart from the significant silence of the media, I also pointed out my perception of the armed forces' police bias, and not just its electoral neutrality. The latter, not the former, was publicly agreed with by the other observation teams also participating in the journeys under military protection, both international (Organisation of American States and NDI-Carter Center) and domestic (*Transparencia* and *Consejo por la Paz*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

It should also be noted that the distance between political and civil liberties, specifically between the right to vote and other civic capacities, widens and grows worse because of the requirements for the registration of parties or associations for electoral purposes. All the credentials, programs and documents must be presented in Spanish, as if it were the only language alive in Peru, together with a collection of signatures of strict adhesion (not to be repeated in other registration petitions), constituting one per cent of total votes in the previous elections. This puts the figure at over one hundred thousand people, which in turn must be at least five times greater in the polls in order to maintain the registration which confers representative authorisation and electoral guarantees. Add to this that preventive curbing of liberties is under military order and served by a police force whose members lack civil rights, including the right to vote. Contrast all of this with what has already been written concerning the higher electoral authorities' extreme deference to political forces to the detriment of citizens' rights. All in all, it appears that mental attitude and current behaviour of public institutions and authorities pose serious problems, both legal and political, to citizenship foundation of the constitutional system and citizens' participation in the representative procedures. In both their rules and practice, these same general elections may constitute the most eloquent sign.

As a clue, let us shed light on an already mentioned extreme, the mandatory vote. The establishing of universal suffrage, which was the fruit of the 1979 Constitution, goes hand in hand with an obligation dating from the time when voting was limited to literate members of the male sex which is far from the ideals of foundation and participation (45). Together with obligatory military service which is at present in the process of being abolished, and also with the payment of taxes, political participation through vote is the main responsibility and obligation of citizenship. Now, from 1979, universal suffrage, male and female, is a right from the age of eighteen, and a duty until

(45) MANUEL VICENTE VILLARÁN, *Ante-Proyecto de Constitución de 1931 por la Comisión que él presidiera. Exposición de Motivos*, Lima 1962, ed. Luis Echecopar, (reproduced by César Landa, ed., *Materiales de enseñanza. Historia constitucional del Perú*, Lima 2001), is a historical key text for reasoning in support of literate men's obligation to vote in the actual oligarchy of that period.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the age of seventy. Abstention from voting carries a fine which is severe for the less affluent majority together with another penalty which could be called accessory. As long as the sanction goes unpaid, citizen identification is withheld. The constitutional right to identity, and thus of personal citizenship, is cancelled.

Control used to be achieved by means of an individual voting credential which registered participation. A state-of-the-art national identity card has now been introduced, yet it does not fully represent a constitutional right to identity. A centralised national record of identification and civil status has been set up, taking over what was previously a municipal competence, and it is ordering the electoral roll while issuing documentation. The new identity document still registers election participation so that in cases of unjustified abstention it loses its identification function in individual official or private matters such as judicial and notarial or banking and business. Justification is as easy for affluent urban people as it is difficult for the rest, but paying the fine. Although the statute now declares otherwise, citizens do not find any substantial difference between the old voting credential and the new identity card as regards the effects of electoral abstention. No legal case has been heard of where law prevailed over practice to this effect. Neither in the military, civil, nor private police spheres, nor criminal and penitentiary areas, is an illegal practice judicially challenged, that of withholding documentation even after the completion of a prison sentence, thus doubling the punishment by including loss of identity and impossibility to vote.

Here is a matter that has also seriously divided opinions within the European observation. Can such a severe system of mandatory voting and its grave consequences for common people conform to international standards of democracy and rights? On one hand the democratic objective of political integration for the entire population can be appreciated; on the other hand, the damaging effect on a constitutional right to liberty, such as participation might be, is noticed (46). Anyway, the Europeans observers agree on the excessive severity.

---

(46) For the democratic argument from Peru, J.C. and R. VALDIVIA, *Diccionario de Derecho Electoral Peruano*, entries *Votar es obligatorio (e indispensable)* and *Voto obligatorio*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

This obligatory nature of voting participation, with its characteristic harshness moreover, is reaching or exceeding limits from which other previously mentioned problematic aspects might stem, such as final adjudication at the highest level by the National Electoral Jury, party intervention at the polling stations, or police interference to ends other than the peaceful exercise of rights, or extremely limited political representation with complete disregard for the existing plurality. Might it be that this insistence on mandatory voting, on forcing the democratic foundation of state institutions precisely in this way rather than in one more in keeping with the constitutional principles of rights (insofar as they are rights to freedom before and above all else), is connected to all of this?

We seem to be touching rock bottom. It is not just a question of the voting system conspiring against representation of plural cultures or peoples, and especially indigenous ones, which seems quite evident when it is not overlooked (47). It also happens that this same system, with all these connected aspects, might be the intended treatment for a deficient constituency, the unstable background of the constituted State, the deceptively solid appearance of the quicksand which provides precarious foundations to Peru as a body politic. The obligatory vote, this alleged sign of democracy, may be a sign of the abyss which yawns at the very feet of the State. With obligation under threat of a fine together with the withholding of identity and so on, abstention reaches around twenty per cent, increasing to over thirty per cent if we add blank and spoiled votes. What citizenship of what cultural description would there be with freedom of active as well as passive participation, with the proper constitutional right to suffrage? What do all these details tell us?

To begin with, according to such evidence, the electoral system is seeking the State's legitimisation rather than citizen representation or citizenship's existence as the proper agent. In addition, at least in the case of peoples with different cultures to that of the State, citizens' chief expectations may be placed not exactly on represen-

(47) Still within the Amazonian context, for there are no, or I am not aware of, more comprehensive studies, JAVIER ECHEVARRÍA, *Las comunidades nativas y el sistema electoral peruano*, in MILKA CASTRO (ed.), *Derecho consuetudinario y pluralismo legal*, Arica 2000, vol. II, pp. 575-587.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tative but rather on community ways, or on the latter as a primary basis for the former, thus secondary for them. There is even some sign of this in the established electoral system (48). At all events, the very constituency by all or even most of the citizenship through mandatory universal suffrage is a fake and does not work, except for the benefit of the State, not of the citizens. If this is the case, it is a failure due precisely to the manner in which it is conceived and the way in which the State functions. From the State's perspective, as soon as its constitutional system and political practice is deemed democratic by international opinion through electoral observations and cooperative relations, it may seem a success and not a frustration.

The very idea and practice of democracy as legitimising principle and legitimated objective may not always coincide in the political and civic — I mean somehow popular — sense. Sometimes, there is a deep-rooted conflict which has been clearly detected in other latitudes (49). Of course, the experience is also European. The constitutional debate concerning virtual representation, that is parliamentary claims of higher regulatory authority lacking a real base of freely integrated citizenship, is well known not only in the case of Great Britain. It can likewise be interpreted in the light of community resistance, which is more difficult to understand now when the progress of representative means for constitutional empowerment has been such that they appear to be irreversible and wide-ranging (50). As we shall see later, there is still a strong tendency to

(48) I refer especially to the revocation measure through inter-terms elections in municipal areas which is permitted by the Peruvian law. In order to lessen the control of local authorities faced with resistance from communities, among other methods, the measure of repeal votes has been adopted for those municipal posts which by allowing renewals halfway through the term of office are to some extent reminiscent of deep rooted indigenous practices which are short term. At the same time, apart from opposing parliamentary repeals which are consequently proposed, this Peruvian constitutionalism notably fails to appreciate this local electoral option, as I shall relate further on.

(49) FREDERIC C. SCHAFFER, *Democracy in Translation: Understanding Politics in an Unfamiliar Culture*, Ithaca 1998, concerning Senegal.

(50) JOHN PHILIP REID, *The Concept of Representation in the Age of the American Revolution*, Chicago 1989. For comparison both constitutional and communitarian, I can refer to my *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid 1997, pp. 181-268.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impose the dubious image of political democracy as institutional empowerment, as a legitimating arrangement of powers through elections, beyond the conception and exercise of rights to freedom as the very foundation of democratic legitimisation for electoral practice and for the entire system itself. We shall see, I hope.

In the case of Peru, the underlying false or lack of constituency, which may be termed State inconstituency, together with consequently forged legitimisation, are not questions to be confronted head on by its guests (the European observation) in their official report. Although not distorting, the operation would devirtualise or the cooperation would antagonise. It would be tantamount to knocking down the very building one is aiming to support and improve. Here may lie the defence for a reduction of responsibility. There is the charge, but of a different kind now. At the moment, it is only my own and perhaps that of the academic paper which hosts my pages. After months spent speaking and writing on a collective behalf, that of the electoral observation, I may express myself without the burden of representation or the embargo of authority. Let us proceed as if the limited European field research had produced sufficient knowledge about the Peruvian operating system. It is a virtuality which I assume here under my exclusive responsibility.

On the contrary, this is not so for the official observation that must not play down nor create trouble over the evidence. If it were to do so it would face a delicate dilemma between virtualisation and deconstruction, that is, whether the European report on valid Peruvian elections by international standards may have the highly perverse effect of covering up an improper constituency or even inconstituency of Peru itself, the aforesaid collapse amid quicksand if it turned out to be such. As a matter of fact, we shall still see that the international observation is capable of causing interference throughout the electoral process, in the dual and interactive sense in that it distorts evidence and produces alibis. Its presence does not try to be innocuous and neither is it innocent. They are serious questions, but they can only be pointed out and left aside for the moment. We shall inevitably need to face them afterwards when we have more cause. Meanwhile, we shall continue with the search for evidence.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Having expressed my gratitude for invitation and hospitality, assistance and audience, we may proceed if you so wish, non virtual readers. I do not deny responsibility through recognition and participation. I am not searching for support or complicity. Of course I have offered no personal disclaimer and shall not do so (51). The responsibility will be utterly and solely my own, especially when we finally confront the underlying question of inconstituency. For now, let us leave aside the great dilemma between virtualisation and deconstruction.

It may be better to continue with a different test. If we have come up against the tremendous problem of Peruvian inconstituency, or rather with signs of this, we must, if not ascertain — for it is not possible here — at least support the evidence as far as it is feasible. The matter is prior to the appraisal of an observation (the European) that, under my exclusive responsibility, I am conducting at such a distance, so far away from it. Going much farther, we are going to proceed to another virtual test, that of checking previous Peruvian history, or rather some of its images. Let us contemplate a different reflection in the gallery we are visiting together — observers, readers and accomplices all.

4. *More than a mote in a not so alien eye: Peruvian provocation.*

As a State, Peru is almost two centuries old. As a State with a constitutional vocation since birth, as is the rule in America, it is not much younger than its European congeners. It has an extensive history, a lengthy past which may in part establish it as much as, if not more than, its current constitutional law, above all with regard to background, I mean operating constituency. It is the reason and measure for our interest in a retrospective gaze without losing sight of the present phase where we find ourselves and to which we shall immediately return. History, above all that of constitutional time

(51) For a personal disclaimer, I could paraphrase the aforementioned European ones and even more: "It should be noted that it is not possible to guarantee that a document of civilisation according to European observation might not be a document of barbarism according to Peruvian evidence. Anyway, so to speak, there is no such thing as a hidden and final reality to be revealed and re-enshrined".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and thus potentially constituent, does not need to imply or provoke any alienation or even distance. The very way of imagining the past in the present is another virtuality that creates reality, or may do so for the constitutional dimension. There are keys for law in history and historiography, in actual history and its present images (52).

Let us view again images as realities. Between the second and third decades of the nineteenth century when Peru became a State, conceived in accordance with the European constitutional model directly, or filtered through the experience of the United States of America, it (Peru) was not exactly a European society nor even Euro-American, that is, sharing that ancestry and identifying with the culture of that origin. There was a minority with this specific identity but, in spite of its belligerency or because of it, that smaller group was not at all hegemonic in cultural aspects which are the key concern of political and juridical formation setting the scene and outlining possibilities for constituency. Let us not go into figures which are always debated if not distorted in this regard. A well-founded suspicion is sufficient, not to mention the entire evidence, that a clear and ample majority were indigenous, that is to say people in America with cultures predating the appearance of Europeans, with their own evolution and whose presence continued to characterise the Peruvian geography. The very word *Peruvian* originally meant *Indian*, a European term (due to an error over continents) for natives in these parts. They are signs which should be remembered now for they are important for the question of Peru's constituent formation.

Thus, it was not just a matter of the indigenous peoples internally maintaining their own cultures and laws, but that they could also preserve the vocation of their own constituency, with base and agency to decide for themselves regarding both external policy and internal polity. This was particularly the case of the Quechua people, the most numerous and most identified with the Tawantinsuyu, that

(52) For years I have emphasised this motive against both jurists who assume dead history and historians who ignore living law; regarding our present subject, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid 2000. An early version of the second chapter is translated in JULIUS KIRSHNER and LAURENT MAYALI (eds.), *Privileges and Rights of Citizenship: Law and Juridical Construction of Civil Society*, Berkeley 2002, pp. 277-297.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

is the large pluricultural community which constituted the Inca empire, the previous political and juridical formation which was still partly contemporary with European presence. During the colonial period, the recuperation of the Tawantinsuyu was a cause never lost which regained strength furthermore on the very eve of independence, of the establishment of Peru, Colombia, Bolivia, Ecuador, Chile and Argentina as newborn States in this area.

In the 1780s, a large sector of the Quechua and Aymara peoples came near to achieving a clear majority pluricultural constituency under its own rule. Had they succeeded, history would certainly have been different, but we are interested now in the result of that moment, a defeat for these peoples, the start there and then of a different future from their very own constituency. Peru was established in the early 19th century as an independent State with that other indigenous alternative in sight, no less culturally alive for having been overcome on the field of colonial fighting and justice under late Spanish rule. It is a scenario where certain initial constituent efforts on the part of the Peruvian State, options that could be important for that future and even up to the present, must be located and may be understood. For Peru, neither an indigenous nor a pluralist image, but a minority and unitary one, was to be created (53).

From the start, it was possible to choose federalism even for the non pluralist perspective. Defined and structured from its birth by

(53) After ALBERTO FLORES GALINDO, *Buscando un Inca. Identidad y utopía en los Andes*, Lima 1987, with re-editions and debates, very interesting literature has been written on this subject. Outstanding examples are FLORENCIA E. MALLON, *Peasant and nation: The Making of Postcolonial Mexico and Peru*, Berkeley 1995; MARK THURNER, *From Two Republics to One Divided: Contradictions of Postcolonial Nationmaking in Andean Peru*, Durham 1997; CHARLES F. WALKER, *Smoldering Ashes: Cuzco and the Creation of Republican Peru, 1780-1840*, Durham 1999 (Spanish translation published in the same year); KENNETH J. ANDRIEN, *Andean Worlds: Indigenous History, Culture, and Consciousness under Spanish Rule, 1532-1825*, Albuquerque 2001. Pluricultural constituency was Tupac Amaru's aim (in different terms of course); the usual allegation by historians that it was not even respected by its own troops who indiscriminately slaughtered non indigenous populations, according to Euro-American accounts (let us not forget this detail), is of little value as an argument; as a matter of course, concerning the pluricultural, rather than imperial, recuperation of the Tawantinsuyu, the current characteristic indigenous image of Tupac Amaru's uprising differs greatly.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the United States of America, the first constitutional federal State, the true American formula was a mechanism designed and in fact managed to subdue indigenous presence. It not only consisted of the participation of *States* under private and common constitutional rules, but also the establishment of *Territories* as areas lacking their own constitutional framework and thus under federal powers particularly concerning the subduing and even elimination of that indigenous presence, as a requirement for the definitive establishment of an internal federated state. Under the federal and then state formulas these same powers, this same constitutional empowerment, offered recognition of rights and guarantee of courts to the colonising immigrants. The indigenous peoples, on the contrary, were excluded by the United States and particular States from the former (recognition of rights), while the latter (guarantee of justice) was of course unnecessary, as they possessed their own jurisdictions. These were losing the capacity to defend their own rights as long as they were being thus invaded and harassed (54).

Evidently, according to our present evidence, Peru did not carry out this option, the federal one. Peru did not create a plural image of itself in spite of being a model of conditions for the establishment of federalism. Peru as a State would never believe itself to be sufficiently secure or strong to attempt such a possibility seriously. Except for a short time together with Bolivia, Peru has never been federal. Federalism has not existed in Peru for reasons which are certainly distinct from not feeling the need for it, or due to a lack of conditions, for both, necessity as much as possibility, have been clearly evident throughout its constitutional history. If evidence of federal potential can be found, it is there in Peru, in a state which has not been by its own means and still is not at all federal. It appears to be a real mystery, but it can be clarified. There was no federalism here originally because more than one territory was actually able to constitute itself as an indigenous state, like the

(54) JEFFREY BURTON, *Indian Territory and the United States, 1866-1906: Courts, Government, and the Movement for Oklahoma Statehood*, Norman 1995; DAVID E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin 1997; VINE DELORIA JR. and D.E. WILKINS, *Tribe, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

predominantly Quechua one in the Cusco department. The Amazonian peoples simply remained independent.

Federalism is from the start a short-lived episode in Peru's constitutional history, and antifederalism a determined option. The same could be said of the capital's location in colonial Lima rather than the pluricultural Cusco, the ancient Inca centre. *Qosco* means umbilicus in Quechua. *Lima* is originally the name of an extinct people, geographical feature or water flow that lent its name to what was established as the *Ciudad de los Reyes*, City of Kings, European kings of course. It is the constitutional capital of the Peruvian State, where the only Congress, the high courts and the executive sit. The State is established and spreads out from there as if the entire territory and its people, or rather peoples in the plural, were under its exclusive responsibility (and not their own) regarding law, justice and government.

A delegate and dependent political and administrative network is indeed created, but never achieving entire operative competence for its respective functions. In fact it loses them, or rather, does not acquire them as it spreads and descends so to say. This does not imply progressive anarchy. More simply it means that some responsibilities to do with law, justice and government continue to lie generally in the hands of community jurisdictions, above all of the indigenous variety. The same municipal administration rules people and territory much more than institutions issuing from the capital. However much it persists, the centralised State is pure fiction, the most complete virtuality, just as federalism is a permanent challenge, an utter virtuality from start to finish (55). In spite of everything,

(55) The theme of decentralisation, in these such restricting terms, crops up time and time again in Peruvian publishing; recently, PEDRO PLANAS, *La descentralización en el Perú Republicano, 1821-1998*, Lima 1998, and JOHNNY ZAS FRIZ BURGA, *La descentralización ficticia. Perú, 1821-1998*, Lima 1998. The former dwells more on federal approaches and the latter to municipal questions, quite appropriately in a country such as Peru which has a marked community or local plural character. Concerning the issue of *descentralización*, indigenous presence may seem outstanding even in the non indigenous sector: José Destua and JOSÉ LUIS RÉNIQUE, *Intelectuales, indigenismo y descentralismo en el Perú, 1897-1931*, Lima 1984, but can be even more so with the consideration for federalist approaches and even practices on the indigenous side: M. THURNER, *From Two Republics to One Divided*, pp. 127-129.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

despite so much virtuality, the real as fictitious, and the possible as latent and even thriving, Peru does not meet the corresponding challenge of constitutionalisation through a federalism which would need to be not only interterritorial but also intercultural, without of course the double standard between *States* and *Territories*, as in the United States, or anything which might be remotely similar.

At the start of the twentieth century, there was some sign of constitutional recognition of hitherto out-of-State reality. Indigenous peoples did not share the law produced by the Peruvian State, or they received and adopted it at their convenience and under their own assumptions. "The people of Peru's indigenous race do not live according to Peruvian Civil Law", this was a way of phrasing then the very evidence (56). Some kind of constitutional recognition stems from 1920. "The State will protect the indigenous race", "the Nation recognises the legal existence of indigenous communities", "the Law will declare their corresponding rights", was the constitutional phrasing. They were pronouncements that shaped an entire section dedicated to *Communities of Indigenous People* in the 1933 Constitution. Recognition is given to "legal existence and legal status", "safety of property" and competence for the administration of "income and possessions", all in accordance not with the Constitution directly, but subsequent statutory law: "The State shall dictate the civil, criminal, economic and administrative legislation required by the indigenous people's specific conditions", which to a large extent, concerning normative aspects, would be accomplished. The State "protects"; the Nation, meaning the State itself, "recognises"; the Law "declares" indigenous rights (57). For their own sake and for

(56) The expression belongs to a jurist, VÍCTOR J. GUEVARA, in 1924, recorded by CARLOS A. RAMOS NÉÑEZ and RENZO HONORES, *Ensayos sobre historiografía jurídica peruana, 1854-1937*, p. 48, in "Cuadernos de Investigación", I, 1997, pp. 5-63. You may add *Código entre Indígenas*, in "Quaderni Fiorentini", 29, 2000, pp. 495-509, my prologue precisely for the second volume of the *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX* by C.A. RAMOS NÚÑEZ. Add further DONAYRE, *Napoleón en la floresta*, Iquitos 2002.

(57) JOSÉ PAREJA PAZ-SOLDÁN (ed.), *Las Constituciones del Perú,* Madrid 1954; on the net: *http://cervantesvirtual.com/portal/constituciones/pais.formato?pais=Peru*; 1920, article 58; 1933, title XI, arts. 208-212. JOSÉ VARALLANOS (ed.), *Legislación indiana republicana. Compilación de leyes, decretos, jurisprudencia judicial, administrativa y demás*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

their constitutional nature, here we have virtual texts capable, if not of being immediately real, of begetting some kind of reality, a subordinate one for the indigenous peoples and their rights.

Constitutional terms should not be ignored. Their language is concessive and not reflexive. The constitutional law that proceeds to reckon an out-of-State reality does not reconsider its own background and actual structure as a consequence. Not even the State image is revised. There is no question of federalism, either by devolution or even by decentralisation on behalf of the indigenous presence which is now recognised by the State Constitution. For the State, there is no question of constituency or any need to revise it. What exists is accepted, the indigenous communities, and not with a view to their empowerment, but, on the contrary, to authorise the law in this respect. Apart from specific legislation or even with it, the law still responds to the same previous constitutional establishment with its corresponding exclusion of indigenous communities as such. Considered to be handicapped by their illiteracy, as not fluent in spoken Spanish, much less its written form, indigenous peoples were massively excluded from constitutional participation in state institutions which in fact remained alien to them. It was a genuine Euro-American juridical and political system (58).

Added together with specific recognition of only customary jurisdiction, without implying communitarian empowerment, with no legal assumption of any kind of federal necessity or possibility, what we find in Peru's present Constitution (the one dating from 1993) concerning "peasant and native communities", is not very different (59). The same Constitution defines justice as an exclusive

---

vigentes sobre el indígena y sus comunidades, Lima 1947; MANUEL D. VELASCO (ed.), *Compilación de la legislación indigenista concordada,* Lima 1959; ROQUE ROLDÁN and ANA MARÍA TAMAYO, *Legislación y derechos indígenas en el Perú*, Lima 1999, pp. 50-56. The Congress maintains a site with legislation dating from the independence: *http://www.congreso.gob.pe/index.htm*. FERNANDO TUESTA, *Perú Político en cifras, 1821-2001*, Lima 2001, corrected and enlarged edition, is also useful for normative information.

(58) M.V. VILLARÁN, *Ante-Proyecto de Constitución de 1931. Exposición de Motivos*, cited above, for a crucial moment, as we know.

(59) CLETUS GREGOR BARIÉ, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, México 2000, pp. 447-493; MARCO APARICIO, *Los pueblos*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

function of the State and thereafter recognises indigenous community jurisdiction with no pondering of the latter with regard to the former. Now constitutional phrasing also refers to "ethnic and cultural plurality" as a title to rights, yet without such a right being reflected in rules concerning personal identity accreditation and exercise. Aside from language variables and other no less important details, all of this represents quite a frequent position nowadays among constitutional practices all over America (60).

A more satisfactory acceptation of 'indigenous' as a normative qualification is now also in force for Peruvian law by virtue of the aforesaid Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries from the International Labour Organisation which

---

indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina, Barcelona 2002, pp. 174-177. Regarding the Peruvian Constitution the adjective "present" is relative, because through a report submitted in July 2001 a presidential commission, the *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, has cast doubt on the force of the 1993 constitutional text since it did not respect the reform procedure of the preceding one and was ratified by a questionable plebiscite. That previous Constitution, from 1979, may be now taken as the still legitimate one. It was silent over indigenous presence and did not contain valuable institutions such as the Ombudsman. As soon as the new Congress was constituted at the end of July, 2001, some parliamentary motions called for the disqualification of the last Constitution, that of 1993. I shall not go into subsequent proposals of constitutional changes for the same reason that I gave concerning the European reference documents, to abide by the legal situation of the election observation period. The sensitive matter of the current constitutional law was usually treated in an equivocal manner during election campaigns and procedures that were after all carried out according to the 1993 Constitution (except for the date, or rather year, and also the spirit). I have still to return to these normative trials and tribulations. In 2002 the Congress has launched a web page on constitutional reform: *http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate-constitucional/index.htm*.

(60) Besides the quoted *Pueblos indígenas* by C.G. Barié and by M. Aparicio, Willem Assies, Gemma van der Haar and André Hoekema (eds.), *The Challenge of Diversity: Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America*, Amsterdam 1999 (Mexican edition, *El reto de la diversidad*, in the same year); Donna Lee van Cott, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America,* Pittsburgh 2000, pp. 257-280; Raquel Yrigoyen (ed.), *Pluralismo legal y reconocimiento constitucional del derecho indígena en América Latina*, on the quoted Alertanet: *http://geocities.com/alertanet/foros2a.html*. Alison Brysk, *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America,* Stanford 2000, is not concerned with legal matters, either constitutional or international.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Peru ratified in 1994. Such is the meaning there for any situation where precolonialist culture, institutions or customs have been preserved in any degree. The wording of the identification is certainly not innocent. While the description of 'peasant' contemplates integration into citizenship with no further consideration (61), that of 'indigenous' today assumes a different, more plural and thus complex possibility. In the case of this international covenant, the qualification means the right to community and territory and the right to customs and traditions, but not the right to law, not to their own indigenous law through self-government. Let us notice also that, against sound constitutional ruling, the International Labour Organisation patronizes rights and interests of indigenous peoples without allowing or providing indigenous representation or participation (62).

"Peasant" and "indigenous" are terms which produce virtual images that may generate contrasting realities. In the case of the convention of the International Labour Organisation, the second qualification, that of "indigenous" (or rather the first one chronologically here in Peru since it has previously appeared in constitutional recognitions), presents the virtuality of authorising specific rights obliging the State not to rule on them except after consultation with the entitled peoples, the so-called indigenous. Subordination to unrevised or non-reflexive constitutional law is no longer so clear. Nevertheless, in Peru, until now the endorsing of this convention has not even led to a legislative revision, let alone a constituent reconsideration, in spite of there having been no lack of international claims (63).

---

(61) DÉBORA URQUIETA, *De Campesino a Ciudadano. Aproximación jurídica*, Cusco 1993; Pedro GERMÁN NÚÑEZ, *Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú, 1969-1988*, Cusco 1996.

(62) MAGDALENA GÓMEZ (ed.), *Derecho indígena*, México 1997; LUÍS RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Between Policy and Rights: The Internacional Labour Organization and Indigenous Peoples, 1919-1989*, forthcoming.

(63) Ministry of Justice and Ombudsman's Office, *Compendio de Legislación para los Pueblos Indígenas y Comunidades Nativas*, Lima 1999-2000, with the aforesaid convention in the second volume, as if there had been an oversight in the first. In fact it originally appeared as the only one in 1999, without noticing the existence of international law, which was immediately added with the second volume in 2000. In the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Where are we so far? It could be said virtually before the inconstituency revealed by the 2001 elections. The constitutional recognition of indigenous presence does not redress matters to this, or any other effect. Just the opposite in fact, it reinforces that inconstituency. Through the way in which this takes place, recognising customary tradition with no strict consideration for right to or possibility of self-government, a position rooted in colonialism might even be reproduced.

The very duality between a rightful universe (the strictly legal one) and a lawful space (the one legally subordinated for indigenous peoples) comes from European colonialism directly or via the United States (64). Given the virtuality of evidence and argument, bear in mind that inconstituencies like that of Peru could be European or Euro-American legacies rather than the effects of their own reflexive determination. There we are so far. If one wishes to spell it out in bold letters, the inheritance has a name. It may be called racism (65).

---

frontispiece of this official collection, the term *indigenous peoples* has been adopted, something that is rejected or treated with reserve in Peruvian legal circles for allegedly having nothing to do with the law in force. FERGUS MACKAY, *Los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas,* Lima 1999, pp. 230-232, regarding international claims, through trade union channels, those put forward by the *Confederación General de Trabajadores* before the International Labour Organisation, which is especially feasible not only because of the tripartite nature of this suprastate boby (governments, employers, and unions: *http://www.oit.org*), but also because this Peruvian confederation incorporates indigenous organisations through peasant unions, as we shall see further ahead.

(64) On the case of Peru, M. THURNER, *From Two Republics to One Divided*, quoted above, whose title is telling in itself, for the *two republics* concerned are the non-indigenous and the indigenous from colonialism, and with a chapter bearing in the heading *Unimagined Communities*, pp. 20-53. The argument is not only valid for Hispano but also in general for European — including Anglo-Saxon — colonialism with all its variables and also their continuity after independence in the United States or the Canadian case: ROBERT A. WILLIAMS JR, *The American Indian in Western Legal Though: The Discourses of Conquest*, New York 1990; JAMES TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge 1995.

(65) I may offer a case based on experience which is not just limited to Peru. For the European electoral observation we rented offices from a reputable transnational firm which does not only provide facilities but also a whole range of services. They take such pains to comply with an obvious hidden ruling which requires administrative personnel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

With experience and knowledge, life and study, there are people who believe that this duality between a rightful universe, with freedoms and guarantees, and legally subordinated space, with customs and traditions, was and still is the way to reproduce and now to internalise colonialism. In times of international decolonisation and states' independence, the formal and even constitutional recognition of customary jurisdiction and traditional community would entail not only colonial traits, but also colonialism itself (66). Nonetheless, custom is a powerful legal artefact, and always implies some social or communitarian degree of autonomy or even possibility of self-government (67).

Let us remember Peruvian electoral practices which can be run like this not just by political institutions and parties, but also by a different dimension of cultures, communities and customs. They represent different kinds of logic which are as really diverse as they are potentially concurrent, and which may cause upheavals in the electoral system's very assumptions. Practices such as collective bargaining for individual votes are legitimate from the indigenous communitarian perspective and criminal from the political and legal point of view, yet this does not prevent them from find acceptable ways (among parties and rallies, visits and gifts) of getting along and working even for representative purposes. So cultures, communities and customs, through their own determination of exchange, may assume a role which is inconceivable for the state ruling regime (68).

---

to be European in appearance and of the female sex, while the cleaning staff on the other hand are indigenous employees of both sexes, that it invites thought not only on a sociological reflection of the Peruvian environment but also on the systematic policy which is typical of some multinational companies (*Reggus* in this case) in non European countries. Racism and sexism are not as geographically bound as it is usually presumed.

(66) MAHMOOD MAMDANI, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism,* Princeton 1996. I am not aware of anything similar regarding America.

(67) For this contrasting view, with its own excesses and no comparative consideration of Latin America, LEON SHELEFF, *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism,* London 1999.

(68) *La República* (Peruvian newspaper), March 29: "*The EU detects vote dealing* (...). In a press conference in which the head of the mission, Bartolomé Clavero, presented the mission's second report, he stated that the candidates and electoral districts where this vote dealing was happening had not been identified, but (...) he

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In constitutional terms, which even with the observed recognition of indigenous presence are not the general and common conditions, it is still a precarious situation. Still more precarious, even with that constitutional cover, is the present position of indigenous cultures, customs, communities and peoples. Precarious, though lasting, is the very duality. However, there is no need to go to the extreme of condemning all of this as truly colonial phenomena in order to understand the distance that lies between unstable and adversary tolerance for the indigenous presence, and, for the non indigenous, right and law, state and constitution, policy and constituency. Peru's constituted stance appears to be still none other than that of huge duplicity due neither only nor mainly to its own determination, but also to history and legacy, to colonial history and racist legacy.

All of this is not usually faced up to by predominant political and juridical minds and voices in Peru. The electoral campaign of 2001 has been quite symptomatic in this respect. They were both general and special elections following the fall of the Fujimori regime, under the Constitution which was established during that time, under this regime, in 1993. However, in spite of and also due to this transitory circumstance, they were not summoned as formally constituent or for any constitutional reform. They had this potential in fact, although it was avoided in public debates during the campaign and the call to vote. It was only immediately afterwards that the matter was brought into the open (69). During the electoral

---

indicated that the complaints came from La Libertad, Puno and Loreto. Nevertheless he tried to justify this behaviour, pointing out that this was not illegal for some Andean communities, but typical of a sense of reciprocity". The counterproductive effect of this news caused outrage concerning the wrongly termed "dealing" and indifference towards my efforts to put the matter into a context of community culture. The electoral agreements with trade unions and "peasant" federations to which I shall refer can be understood in this context. I know of nothing similar to F. C. SCHAFFER, *Democracy in Translation,* quoted above, either regarding Peru or the rest of America. On June 17, 2002, I attended a meeting of *heads and deputy heads of mission* in Brussels where comparative problems regarding culturally non-European peoples were posed, though not discussed.

(69) I have already referred to the July-2001 report issued by the *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú* which was appointed by the President of the Republic. It does not tackle the issue of constituency, with this or other

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

period, Valentín Paniagua, President of the Republic in the transition period, suggested, not in a political but rather in an academic venue, that Peru was in need of a constitutional change or even of a new Constitution. In political debates during the election campaign the issue continued to be avoided. Throughout this period, the constitutional uncertainty was openly approached only on occasions such as that of a more reserved, though political, forum of a university conference where the two main political forces participated (70).

---

wording, but it gives an opportunity for some commentary which does so: RAQUEL YRIGOYEN, *El carácter pluricultural del Estado y de la Nación y la justicia indígena-campesina,* which is a note addressed to the very members of the said commission. All this documentation can be seen on the aforementioned Alertanet site which is directed by Yrigoyen herself. Through her initiative and with co-ordination from CEAS, the Catholic Episcopal Commission for Social Action, with the *Pontificia Universidad Católica del Perú*'s hospitality, during a conference held between March 12th and 13th, on *Special Jurisdiction and Customary Law* (the term "special" comes from the Peruvian constitutional text for indigenous jurisdiction), we shared an opportunity to raise the issue and discuss it. Present on the panel was FRANCISCO EGUIGUREN, one of the constitutionalists who would later form part of the aforesaid commission. Another of them, CÉSAR LANDA, also offered me the opportunity to talk, on May 21st, on indigenous rights during a doctorate session on constitutional law, in the same Catholic University. As well as in my role of professor, I always acted in my capacity as deputy head of the European observation, which apart from being an obligation, served to reinforce the constant connection between an academic theme and a civic challenge.

(70) As I have participated and thus been present during the display of positions, I may refer in particular to the conference on *Governing without a Majority*, which the *Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas* organised on May 28th, under the direction of JOSÉ LUIS SARDÓN. The reason for the meeting is in itself a considerable constitutional challenge because of the existence of an extremely hybrid presidentialist and parliamentarian regime in Peru: CARLOS HAKANSSON, *La forma de gobierno de la Constitución peruana,* Piura 2001. Of special interest for problems of constituency, I have also attended meetings of the *Mesa Nacional sobre el Pluralismo Jurídico-Cultural*, organised by the department of *Dignidad Humana*, of the CEAS, the aforementioned Catholic Episcopal Commission for Social Action. Apart from the limited possibility of personally attending many other events, it is worthwhile to add that there was abundant television broadcasting of functions and debates in their entirety during an electoral period that with a double round and the previously mentioned delay, has been really long. From early on, at the beginning of March, at a private dinner with heads of the principal international observation teams (OAS, NDI-Carter Center and we, the European), President Paniagua frankly set out before us the constitutional challenge or even that of constituency. But it was not a question that could be publicly raised by us, not even with

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

On that electoral occasion, important reform plans were proposed. But political parties, those who perform political representation, did not broach the thorniest question concerning constituent dismantling owing to regional and also deeper cultural plurality. The 1993 Constitution was questioned, but without that implication. There was a slight hint of a half-hearted step towards decentralisation. There was also a motion in favour of recuperating, at a central level, bicameralism, which had existed until 1933, yet not for interregional and intercultural representation. The proposal consisted of duplicating the houses instead so as to avoid the parliamentary practice of single majority decisions at one go without previous discussion in commission and with no second chamber to reconsider them. This, together with legislative delegation to an executive that even resorted to secret legislation, has been quite usual in recent times. Reformist proposals added plans for the re-balancing of relations between the parliament and government, which during the Fujimori regime had leaned heavily towards a presidentialist line which was hardly possible to check. During the electoral campaign, there was nothing more in sight that might concern constituency by citizenship, the underlying question for all these constitutional issues (71). Definitively, these conceivable reforms, including regionalisation, continue to move within the frame-

a completely off the record insinuation. The Organisation of American States, functioning as practically the guardian of the Peruvian transition, treating Peru as a minor and ward, was particularly concerned that such a thing (the open debate on constitution and constituency) would not happen, as we shall verify.

(71) Among publications on Fujimori's peculiar regime insofar as the fact that it was not open dictatorship, but obscure corruption instead with a constitutional slant as a basis, a parliamentary chronicle dating from a second final period can be read: HENRY PEASE, *Así se destruyó el Estado de Derecho. Congreso de la República. Perú 1995-2000*, Lima 2000. For a broader perspective on the key of law making, PEDRO PLANAS, *Inseguridad jurídica, imprevisión normativa e ineficiencia legislativa. Efectos de la subordinación del Congreso peruano al Ejecutivo, 1980-2000. Estudio cualitativo de la política legislativa desarrollada en los últimos veinte años, con énfasis en el Congreso unicameral del fujimorato*, an offprint of the journal *Advocatus*, Lima 2001. On the Fujimori regime in more general terms, the same author has an early monograph: P. PLANAS, *El Fujimorato. Estudio político-constitucional*, Lima 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

work of the image of Peru as a unitary State, shaped since its own origin (72).

To all appearances, there was a reluctance to broach the unnamed issue of inconstituency, even when the theme was considered to be constituent rather than merely constitutional. Mentioning it would be tantamount to looking and virtualising. No matter how signs are put into words, there is no escaping the question of citizen under-representation as an effect and also cause of the deficiency or lack of state integration, which, if apparently supported, is, for the purpose of legitimisation, thanks to well-lubricated mechanisms such as voting obligation or civic participation under severe penalty. This is not all of course, as we already know. From the police function of military forces to electoral meddling by the parties concerned passing through the arbitrary discretion of high institutions whose ideal aim is to guarantee free voting and whose real function may be to gerrymander suffrage. To all this, add the insistence on party exclusiveness in political representation and the normative monopoly of a central parliament, albeit bicameral, together with government and not with regions and communities. The system seems to conspire towards a closure, blocking the very possibility of questioning its constituency. Are images, at least the political images, really under control? At all events, the constitutional realities are not.

5. *The beam in one's own eye: Europe's embarrassment over Swedish zeal.*

Up to now I may have given the impression that the European observation during the 2001 Peruvian general elections was a harmonious and well tuned activity, but for a few points within the core

(72) On the official website of Peru as a state, *Portal del Estado Peruano*: *http://www.perugobierno.gob.pe*, the virtual image of the *Estructura Básica del Estado Peruano* or basic structure of the Peruvian State: *http://www.mef.gob.pe/misc/estado.pdf*, can be seen: the constitutional trinity of powers at the top with the executive in the middle of them, presiding over the main body of the display downwards to the bottom, where municipalities are found, like passive terminals. Pursuit of the constitutional debate can also be observed on the net: *http://geocities.com/alertanet/peru.htm*[1]*, aforementioned, and http://palestra.pucp.edu.pe*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

team, when this is not the real case for the operation as a whole. Here comes the moment for inside affairs of the Peru-2001 European observation. It was not so peaceful. During the operation, there was an even crossing of opposing images. Furthermore this is so for reasons that perhaps are revealing and may reflect the constituent problems of the European Union itself, of its own deficient articulation, or also of its virtualities above all. The examination of disagreements is not irrelevant therefore.

Taking extreme care not to be guilty of any indiscretion or even gossip, I shall limit myself to occurrences which might be of interest to our present reflective purposes among the kaleidoscope of reflecting images between America and Europe, Peru and Sweden, as we are about to see. I must behave so because of my personal involvement, for my position was actually more than deputy head due to the usual absence of the chief observer. I have already stated that I assume my part of the responsibility, which was greater then, in action, and becomes even greater now as I am going to recapitulate (73).

The European scenario is known. The observation is organised by the European Commission, a stable executive with its Presidency and Commissioner for Foreign Relations. Regulation is supposed to be carried out by the Parliament, a representative assembly through direct universal suffrage, and at a higher level by the Council, an intergovernmental authority with its rotating Presidency of the moment, and with its general secretary, Mr CFSP, in charge of the Common Foreign and Security Policy. All these institutional agents shared the common aim of external action within the area of co-operation, of which electoral observation forms a part. The virtual image is still not complete. One very significant specification

(73) I was informed that my responsibilities would in fact be wider than those of *deputy* due to the absence of the *head* (except during the week of arrival and days prior to the elections rounds), but I was not warned about the possible problems which could arise. I imagine they would have been difficult not only to foresee but also to face, given the European Union's institutional structure — or rather present constituent 'non-structure' (Mr CFSP, JAVIER SOLANA). This is precisely the point I want to consider from the perspective of the electoral observation.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

for Peru-2001 is missing (74). It is now that Sweden makes its appearance.

The specification concerns rotation in the European Presidency — that of the Council. The Peruvian observation takes place within the first semester of the year in question, 2001, which means that it falls in Sweden's first presidential period since its entry in 1995. At its request, the observation's political leadership is assigned to a relevant member, the vice president of the Swedish parliament. Apart from belonging to a party which is notoriously reluctant (to say the least) towards the European Union, she is quite unavailable and unwilling to remain in situ, yet she displays great interest in deciding and influencing the operation's approach and its progress. In this way, Sweden presides twice over and tries to do so with perseverance and determination, despite these same problems of temporality of presidency and absence of the chief observer. Between the political leadership of the operation and the Swedish embassy in Lima, the latter as local representative for its part of the rota system presidency, Sweden creates its own idea and alternative, for it does not exactly coincide with the European one. Here is the case. It turns out that there was a hidden agenda, and as it was perhaps over-confident, it was somewhat improvised in the field. In face of this, I relied on the close support of the European Commission's Delegation in Lima, and fellow people of the core team in situ. Now the scenario is more compete (75).

---

(74) Reviewing European Union literature, constituent documents since Maastricht, and the secondary or academic studies, I am unable to use their help in order to bring some coherence to my experience confronting competent and competing authorities' requests, above all in matters and on decisions beyond the scope of the Commission. Regarding the latter, the very position of the observation workers was ambiguous. We depended politically on the Commission, yet although authorised for public functions, a private service company intervened in our contractual position as administrative and budgetary agent. Whether the choice of the Brussels-based *Agrer* agency was a fortunate one, as it turned out to be, is a different matter. Outsourcing for private management of public functions is the significant question for European operations.

(75) When I refer to a different agenda as being Swedish, I rely on the constant and determined behaviour of responsible individuals (ambassador, MIKAEL DAHL, and chief observer, EVA ZETTERBERG) leading me to believe that it was not a question of merely personal or local attitudes. They were not shared by the Swedish field observers, some of whom were added directly by that state as reinforcement for the European

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The Swedish embassy's performance in the observation field highlights the alternative agenda. Equipped with leaflets, gadgets and other publicity paraphernalia, the principal aim is to bring the image of the Swedish State into the foreground, in the interest of self-promotion (76). As the European electoral observation attracts a great deal of attention from the Peruvian information media and demonstrates its ability to summon press conferences and an audience for its public statements, it turns out to be a good opportunity for propaganda for their own country and also, no need to say, for rights, civic liberties and Sweden's parliamentary practices as a model for Peru in this case. There are grounds, of course (77), but this is not the issue here. Apart from the impertinent form and offensive manners towards those on the receiving end of the Swedish gifts, one assumes that the message is the means — Sweden first and last. A European country of virtual images goes before the constitutional content of citizens' rights. Thus, we leave the suitable field of international standards in the foreground to find just ourselves, not all European citizens but those of a particular State which has taken advantage in this manner of its presidential term.

What I describe as Swedish agenda was to be a complete alternative for electoral observation's very conception and practice. It aroused interest and support among the other European embas-

---

contingent, and had no problems fitting in. Thus, when I speak of the Swedish agenda, I am aware of being unfair towards them and perhaps others. I held an interview, without the embassy's presence or mediation, with the Swedish director general for Latin American relations and was conscious of esteem for the independence of the observation concerning different agendas such as that of the OAS (Organisation of American States) to which I am going to refer. Yet neither the president of the government nor the Swedish minister for foreign affairs showed anything of the kind. Responsibility is not always to be expected. Due to previously determined budgetary motives, the Swedish embassy in Lima later closed in July 2001 facing the evident dissatisfaction of the Peruvian government and thus interfering with the very observation.

(76) The corresponding electronic host has been offered: *http://www.eu2001.se*.

(77) For the most famous Scandinavian extreme, that of the *Ombudsman* now present also in Peru as we already know (*http://www.ombudsman.gob.pe*, with the disseminated Swedish name in the electronic address, not in the Constitution: *Defensor del Pueblo*), HENRI DESFEUILLES, *Le pouvoir de controle des Parlements nordiques,* Paris 1973, pp. 125-147, explaining its originally more limited institutional context of parliamentary creation for executive control.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sies, European parliamentary representatives, and more significantly, the Organisation of American States on the part of its respective observation core team. Once the corrupt and manipulative Fujimori regime had been substituted by a transitional government deserving of international confidence, it should have been a question, from that other perspective, of direct political, financial and technical support for the electoral process rather than observing it in a neutral, transparent and professional manner. The Organisation of American States set the style with a type of observation that was as spectacular as it was inconsequential because of its desire to give support. Peru received both the open and underhand backing as a member itself of the Organisation of American States, which has played a decisive role in Peru's very transition and faces the electoral observation as an extension of the same international help. In contrast, the European counterpart concentrates on its defining purpose of strict electoral observation as a distinct kind of co-operation (78).

(78) In the end, the Organisation of American States did not accept the elections of the year 2000, thrice won by Fujimori (something, the third turn, which was unconstitutional), after the accusations of not only the Peruvian Ombudsman's Office but also the European Union and the NDI-Carter Center. The OAS promoted and coordinated the *Mesa de Diálogo y Concertación para el Fortalecimiento de la Democracia en el Perú*, the round table for dialogue and understanding in search of democracy strengthening in Peru, which agreed to hold the 2001 elections with Fujimori still in the Presidency and under the 1993 Constitution and also the electoral legislation which occurred during that period now, for 2001 general elections, by means of some hasty and limited reforms. Revelations of corruption and Fujimori's defection to Japan were what opened up new possibilities in November 2000, transforming the OAS into the foremost public champion of these previous transition approaches. However, it is also true that at that time the main political and civic forces of Peru were unable to propose any alternative. The European Union supported this transition as the OAS directed it, but without being so involved, which probably marks the difference at the time of the observation. At the beginning of March 2001, public allusions to the shortcomings and hastiness of the electoral regime reforms provoked a loud outcry by the American observation core team in the middle of the first European press conference. When its respective independence was subsequently accepted, in spite of the Swedish agenda to subordinate the European to the American observation (the electoral observation to the underhand support), relations were steered towards co-operation and trust, even in the midst of serious disagreements that I shall recall later on. With ever present distrust towards Peru as well as Europe concerning control of the process, the OAS had

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

For European perception of the Swedish alternative, that proceeding from the Organisation of American States, several presuppositions were latent and working. In a case such as the Peruvian one, according to the less European perspective, one should act with understanding and indulgence, without applying minimum requirements of equal exigency with other cases — like international standards. The yardstick of human rights was always kept in sight, but this did not imply its constant and serious application. There was not a deep contradiction, that concerning principles, between the two approaches, the European on the one hand and the Swedish on the other. Nevertheless, they designed a very different kind of electoral observation. Let us endeavour to grasp some meaningful nuances.

As for the Swedish perspective, shared with the Organisation of American States, the strictly electoral observation task would have held less importance. It would have been reduced and discreet, like an accompaniment encouraging and supporting the political process rather than a presence subjecting it to any serious scrutiny. This would not have restricted the possibilities of co-operation. It is the emphasis on the kind of operation and its subsequent method that marked the difference. Direct support and aid would have prevailed not just in the longer term, but also on that electoral occasion. The foreign observation itself would have surreptitiously turned into that assistance approach. The Peruvian electoral institutions showed willing to receive this underhand form of backing. Once the European Union stopped giving them direct assistance to perform the observation, they reproached them and demanded that the operation should at least help their image. Confronted by the clear lack of receptivity among the European core team, the Swedish embassy became a constant mouthpiece for Peruvian electoral institutions' expectations and American pressures. The Organisation of American States offered the example. They accomplished the impossible, combining observation and support, neutrality to observe and partiality to support (79).

---

previously (though unsuccessfully) proposed that the European electoral observation should be organised directly as its subsidiary.

(79) With all of this, the previously mentioned deficiency of rule of law (with its

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Not only would the electoral observation have been downgraded for its inability to openly fulfil its specific duty of co-operation or be serious about its own task, but also because in this way longer-term requirements would have gained protagonism. Above all it would concern a supposed need which would be impossible to satisfy in the short term, the civic education activity that Europe itself could offer without facing the question of the cultural gap and the cultural exigencies of a case such as the Peruvian (80). The new form of co-operation in the interests of democratisation would essentially be reduced, at least for the mo-

---

peculiar and insufficient normative or only directive sources) for the observation itself becomes really significant. The observation's guidelines, the so-called terms of reference for our task, clearly stated that we were under the direct *authority* of the Commission Delegation in Lima (chief, JEAN MICHEL PÉRILLE), and that we could resort where necessary and always within our sphere of independence to the Swedish Embassy as representative of the Council Presidency of the moment. They also instructed us to co-ordinate with the other observation operations, particularly the Organisation of American States. It is unnecessary to go into details concerning how such precautions might function in such a scenario. This is where what I commented about final sources comes in, about them being incorporated because of improvised decisions regarding unforeseen events, like the hidden agenda, made possible by the very deficiency of the Union's articulation. My improvised reaction was to announce my resignation if any confirmation of the aforesaid alternative agenda were backed by the European Commission. We, core team and observers, had gone to do a job, not to pretend to do so. To be completely honest, I must confess that I also had my own agenda, with the indigenous question, but I said so at the very beginning, at the seminar in Stadtschlaining, Austria, to which I shall refer later. At no time did I ever hide it. Furthermore, it fitted in (though not through any foresight of mine) with the European agenda, not the Swedish one, so there was no merit in my contractual loyalty.

(80) During the electoral observation period in fact, a European *mission* involved in evaluating civic education programmes visited Lima. We offered them assistance and collaboration and received no worthwhile information from them in turn. They were travelling around several countries as if local knowledge and interactivity were irrelevant for the mere establishing of communication even if it had been in keeping with the proper and more economical principle of non invading with external co-operators but instead fostering internal agency. In any case, communication is always important. This same activity of civic education by local agents can lead to a similarly one-sided plan for teaching on the part of the established electoral system, with its occasionally unwarranted, if not elitist requirements, without any previous operational question of human rights confronting the neo-colonial assumptions. Even *local* only contemplates Euro-Americans, requiring no use of other languages or knowledge of other cultures for the non Euro-American areas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ment, to a somewhat neo-colonialist aftertaste, through the culturally one-sided European perspective. Depending on biased civic education, the timing for the programme of constitutional rights would be somehow different, with some of them, including political ones, belittled or even belated. The very link between *human rights* and *democratisation* as clearly proposed by the European Union internal documents would be degraded ([81]).

I have already pointed out that the other approach, the Swedish one, is admitted in the diplomatic circles of foreign representation and external action pertaining to the Union Member States. They understand it much better than that of observation with "impartiality, transparency and professionalism" as the European Union told us. The same independence that this bestows on electoral observation itself is opposed in the field by certain embassies still steeped in the deep-rooted notion and practice of external action run by individual States, or also today's European ones working in loose co-ordination. How can they accept that those who come barging in on their own terrain, the European observers, are not accountable to them, the States diplomatic representations? There may be a lack of understanding between the Union and its Member States, that puts

([81]) To prove that I am not playing the Manichean, a visit to the website of the Swedish International Development Agency (SIDA, *Styrelsen för Internationellt Utvecklingssamarbete*: *http://www.sida.se*), will suffice. This praiseworthy institution stands out among other European agencies, and furthermore collaborated in the preparations for the Peruvian observation (for following collaboration: *http://www.eueop.org*). As part of a more general programme for *human rights*, including observation, it has summoned a seminar for 2002 on parliamentary activity as an instrument of democracy, *Parliamentary Democracy and the Management of Parliaments*, aimed at members of parliaments from other countries and especially from Latin America. For practical purposes its contents are ruled by one particular model, the *Riksdag*, none other than the Swedish parliament itself. This is the sketch of the all Swedish programme as model for the world: "The Parliamentary System and the Political System in Sweden. The Parliament, the *Riksdag*, history, the Parliamentary Act and the Constitution, The Members, The Committees. Study tours and visits. The *Riksdag*, a Parliamentary Committee, Ministries, Central Agencies, Political Parties or organisations, Media". As for a more specialised institute in Sweden, there is the *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA: *http://www.idea.int*), with its most substantial contribution of *Codes of Conduct*, for both *Ethical and Professional Observation of Elections* (1997) and *Ethical and Professional Administration of Elections* (1998).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

European operations at risk. It could end in hindrance and even boycott (82).

Faced with an agenda like the Swedish one, the first thing that could be said is that it is not exclusively Swedish, but also, in spite of the Union, European, for European, prior to American, is its neo-colonial background. Roots are shared. It finds fertile ground here in Europe and has taken hold there in America. Nevertheless, let us not forget that what concerns us now and above almost everything else is virtuality. Take a look at the good side. We must always consider the constitutional dimension in the *human rights* field. It is not only nor mainly a matter of a State such as Sweden or any other European one taking its turn and seizing the opportunity for self-centred promotion of its image in spite of the Union. It is also and always about constitutional rights being taken seriously. During the final period of observation at the beginning of June, the Swedish embassy together with the civil association *Transparency* held a public session centring on the problems for women's political

(82) Local experience is normally symptomatic at the very least. At a local level, the CFSP (Common Foreign and Security Policy) involves periodical co-ordination meetings of the ambassadors of the European States (only men in Lima, like the core team in the field). The electoral observation's core team was summoned to share information, describe initiatives and show accountability. According to our terms of reference, the first request was admissible; the second rather less so; the third was out of order. Under negotiated fictions such as "information exchange meetings", unidirectional in fact, joint sessions were held, which did not fully satisfy certain embassies which, with the political agendas of their respective governments, above all resented the professional neutrality of the observation activity. Abroad, the States, as distinct from the Union, can display party positions, depending on the character of their executives in charge. It would be a hard task to achieve agreement among the different States' representations in this political terrain, but there is no need of this for European co-operation. Electoral observation experience has shown that human rights' common foundation is far from being solid operational ground for external co-ordination (soft Common Foreign Policy) in spite of the Union's *reference documents*. In such conditions (Sweden trying to take credit for the European observation; Swedish ambassador and Swedish chief observer showing concern before the Presidency of the Republic about the bad image of the embassy closure rather than the electoral observation; Swedish ambassador offering personal apologies instead of observation criticism to the National Jury for Elections, as the highest electoral institution; ambassadors summoning us with contradictory political agendas…), the embassies' attempt to participate in the *accountability* of the European operation was plainly transformed into *diplomatic harassment* against it.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presence and representation. It attracted a large audience with considerable participation despite, in a display of European perspective, a lack of indigenous, both peasant and native, interventions. The Swedish party also expressed its serious concern for handicapped persons' effective access to the polling stations, completely in tune with the Peruvian electoral administration itself as regards this last point (83).

There is no true problem between agendas in terms of the individual's rights. The Swedish agenda's underlying idea clearly centres on the demand for an equal footing among all Peruvians and all Europeans, especially regardless of sex. The problem does not lie here. The degrading view of the observation task and object, claiming a more indulgent and relaxed observing attitude, regards collective terms, not individuals' rights. It would be Peruvian citizenry as a whole or a majority that, due to its supposed lack of civil preparation, would be unable to bear a requirement based not on a double standard but on an equal footing with other constituencies such as the Swedish or common European ones. Of course no such thing is argued or even thought, expressed or paraphrased. It has a continual bearing on the transitional political period, pointing even to a degree of indulgence that could well become connivance. We are already aware that although not so extended, this is a practice and even an argument which is somehow present in the Union's and States' approach to political co-operation (84).

---

(83) I say *administration* and not *system* since, as we already know, the former is made up of various institutions which are to a certain extent autonomous. In comparison, the National Office of the Electoral Processes is more sensitive to rights than the National Electoral Jury or the National Record of Identification and Civil Status, although there the former bears no similarity to the Ombudsman's Office which in any case relies on co-operation from it, the National Office of the Electoral Processes, as we know. Regarding the question of the handicapped, the concern showed by the previously mentioned International Foundation for Electoral Systems was also appreciable. The meeting on the gender problem was in fact organised by the European observation by initiative of the chief observer from Sweden, but because it finally took place outside the scheduled time, being held after the second round, and was not restricted to electoral matters, the Swedish embassy ended up by taking charge. Women's participation became relevant in the indigenous conference that I shall talk of later.

(84) Such a consideration may be a clue not just for political prudence but also legal criteria concerning the operation activity and results. It should be noted that the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The European electoral observation in Peru tried not only to neutralise neo-colonial or unequal approaches, but also to counteract them. It attended the First National Encounter of Indigenous Peoples, which was held at the end of April in Chaclacayo, near Lima (85). The aim was to propose to organisation and community representatives the holding of a conference on the problems of their political participation, not for the purpose of civic indoctrination, but exactly the opposite — for them to voice their views, grievances and expectations. That is exactly what took place on 25 May (86), a meeting of indigenous people with the electoral observation where the floor was exclusively theirs. Statements were made along the unmistakable lines of what may be termed co-operative autism, an expectation of self-government which, due to the situation to which

sequence of chapters in the index of the observation official report, which is a customary template, responds to such a virtually more indulgent approach with the prime position reserved for the transition circumstances, although the report itself can of course easily avoid a device which implies that the relevant problems are only or chiefly concerned with the final period of corruption or dictatorship, and not with long term inconvenience of constituency. I have not said, indeed there is no need for me to do so, that I assume entire responsibility for the report, for this does not appear in my duties as deputy, and as an effective participant I do not hesitate to sign it as an official statement with my limited share of accountability. If I did not strive to better convince the rest of the core team about much of what I state here, it was not through a lack of conviction, interest, time or possibility, but because of the collegiality and official character of the said report. Through the core team's internal debate, I was able to define and improve my stance. This paper's dedication responds selfishly to my gratefulness.

(85) *Primer Encuentro de Pueblos Indígenas para la Implementación del Fondo Indígena*, 25-27 April, 2001. The *Fondo Indígena*, Fund for the Development of the Indigenous Peoples of Latin America and the Caribbean, whose headquarters are currently in La Paz, Bolivia, was created in 1992, for direct co-operation with indigenous communities, which gave rise to the very nature of the meeting.

(86) Among other contributions, the meeting had really decisive collaboration, in all effects, from the Ombudsman's Office, particularly the director of its Special Programme for Native Communities, LILIAM LANDEO. In addition, the Ombudsman's Office took charge of writing and publishing the report of the event. Conclusions and recommendations are included as an appendix in the European report. Other domestic presences included the Department of Indigenous Affairs pertaining to the Ministry for the Promotion of Women and Human Development, in the public sector, the association *Transparency* in the private sector, and on an external level the Spanish Agency for International Co-operation which participates in the Ombudsman programme for native communities.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the indigenous peoples have been led, aims to start by self-training, by receiving foreign or state co-operation and controlling it themselves. This would include financial assistance to the Peruvian electoral bodies for the very purposes of civic education and political participation according to indigenous needs and under indigenous determination, so opposite to the interpretation of unidirectional training and assistance which the state institutions, as much as the external ones, apply. Thus the pending challenge of Peruvian lack of constituency hung over the conference (87).

Back home in Europe, Sweden has its own problem of lack of constituency through its reluctance to give proper recognition to an autonomous indigenous people — the Saamis (Lapps in colonial language) who also extend throughout Norway, Finland and Russia (88). This is not noticed of course in the Swedish leaflets for promotion of rights according to the Swedish model. Subsequent immigration aside, which has recently included numbers of Latin Americans, not all Sweden is Scandinavian, just as not all of Peru is Euro-American or of mixed culture in the Spanish trend. If this is a matter of constituency for a State, it is equally so for Europe in its case, although the Union tries to ignore it, thinking that it is

(87) The issue was raised more openly regarding Bolivia in a workshop with Aymara *Mallkus*, indigenous authorities. It was organised in Achocalla, near La Paz, by the *Universidad de la Cordillera*, around mid-August 2000. The first point was linguistical, how to translate into Aymara (for in Spanish they sound alarming and create confusion) terms for an alternative such as constituent empowerment, rule of constituency, community self-government, etcetera. There was help from an expert interpreter, Esteban Ticona, an Aymara anthropologist, a historian of the *Marka* of Jesús de Machaca, whose representatives were the ones who mostly posed the question of constuency. Two years later, in mid-August 2002, I attended a similar meeting with Quiche *Alcaldes*, indigenous authorities, of Totonicapan regarding their respective constituent problems inside Guatemala: EFRAÍN TZAQUITZAL, PEDRO IXCHÍU and ROMEO TÍU, *Alcaldes Comunales de Totonicapán*, Guatemala 1998.

(88) The International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA: *http://www.iwgia.org*), whose headquarters are in Denmark, publishes biannual and bilingual reports in English and Spanish, which usually begin with the "Arctic peoples", including the Saami: *El Mundo Indígena, 1999-2000,* Copenhagen 2001, pp. 19-42. IWGIA also published *Self-Determination and Indigenous Peoples: Sami Rights and Northern Perspectives*, Copenhagen 1987. Nevertheless, by now, there are homepages both Artic (*http://www.arcticpeoples.org*) and specifically Saami (*http://www.saamicouncil.org*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sufficient to constitute itself through a gathering of States and an extremely limited peripheral space for regions and municipalities.

We are not going to declare that there exist similar or equivalent problems concerning a lack of constituency throughout Europe and America, for colonial, not to say racist heritage continues to weigh on the latter — precisely due to the former. Nevertheless it may be said that, all things considered, the European party is not exactly in a position to offer co-operation for democratisation and rights at a fundamental constitutional level, that of constituency. If, with its own deficient lack of constituency, Sweden offers itself as role model for Peru, what it is mainly showing is complete and utter irresponsibility. I witnessed the witty remark of a candidate, the very one who was elected, Alejandro Toledo, on Sweden's umpteenth lesson: "There may be some things that are right for Sweden that may not be so for Peru". Perhaps he was more correct than he thought when he improvised the rejoinder (89). On the subject, Europe has no

(89) I offer an example. For programme purposes, the one formally presented to the elections by *Perú Posible*, headed by ALEJANDRO TOLEDO, is not the only one that matters, even with the addition of the party agreements before, during or after the campaign. In a country whose articulation is not established and cannot be either in the constitutional field or in the political area, the individual candidate formally made government commitments by reaching agreements with other organisations. Thus, in the midst of the campaign, he signed a *Compromiso Democrático por la Dignificación del Trabajo*, a democratic commitment to dignifying labour with the most important union headquarters, the CGTP, *Confederación General de Trabajadores del Perú*, Peruvian Workers' General Confederation, basically covering an agreement towards the recovery of a labour law in accordance with International Labour Organisation conventions and recommendations. The mostly indigenous organisation, given its constituency, pertaining to the CGTP, the CCP, *Confederación Campesina del Perú*, Peruvian Peasant Confederation, preferred not to sign a central agreement, referring to the autonomy of its federated bodies. So the FDCC, *Federación Departamental de Campesinos de Cusco*, Cusco Peasant District Federation, a member of the CCP, and "Alejandro Toledo Manrique. *Candidato a la Presidencia del Perú*", in these individual or non party terms, signed an agreement which covered not only more general points concerning "defence and strengthening of native and peasant communities" and "fostering of peasant women's rights", but also more detailed aspects covering social and economic needs for regional and community development. In view of these agreements union and indigenous representatives joined the electoral roll of *Perú Posible*. Thus the nature of their representation is not merely constitutional, through political party and citizens'suffrage, that one might suppose at first sight. A broader scenario took shape, in which the European electoral observation was able to stand out by widening its range of connec-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

model to offer America and at the same time holds its share of responsibility for lack of constituency there.

If we endeavour to limit ourselves to the more specific matter of electoral observation, it is also possible for Europe to find itself in an embarrassing situation. During the Peruvian election period, at least two elections were held in Europe; in Italy and the Basque Country. They were both extremely problematic due to very different circumstances and motives. The European Union does not believe that its undertaking could be to inspect them, however it assumes this function for external purposes. Even if one admits a transitional situation as a requirement for monitoring, has there not been just such a case during the last few years (though for different reasons and in differing degrees of course) in Italy and the Basque Country? Would Europe or its Member States be willing to allow external agents, say American, to publicly scrutinize its electoral processes for strengthening European democracy and fostering European citizens' rights?

With its natural and legitimate interest in taking part in electoral observations ruling and even heading them, and putting this into practice after Peru by taking effective charge of the political leadership of these very operations (90), would the European Parliament reciprocate? The most it will admit to is not any kind of reciprocity by non-Europeans but rather a certain backwards repercussion of unilateral observation by Europeans which, due to its commitment to principles, could help Europe itself in its articulation as a Union (91). Besides, of course, we could hardly question the United

---

tions and contacts irrespective of political or institutional spheres. In any case, given this unforeseen social blend, the usual formula for strengthening democracy through empowering parties (more than they already are on paper and in the practice of electoral and political regime) seems questionable.

(90) *Council Conclusions on EU Election Assistance and Observation* (31-V-2001), appendix already quoted from the *Annual Report on Human Rights* (8-X-2001), p. 211: "The practice of appointing an experienced member of the European Parliament as the Chief Observer of an EU election mission should be encouraged".

(91) This suggestion is illustrated by the *Council Conclusions on EU Election Assistance and Observation* (31-V-2001), p. 207: "The EU itself is a project for democracy, development and peace. The Council stresses that the EU's presence in third countries is a political statement and represents a commitment to these values". As non virtual checking would be more overwhelming than helpful right now I shall limit myself

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

States' availability concerning foreign inspection in other countries. Their very participation in the Peruvian observation is twofold, through their own foundations for electoral assistance and through the Organisation of American States. Why is there no thought of foreign observation in Europe or even in the United States themselves? There is a clear reason for the fact that reciprocity is not considered. In the context of international co-operation, it is the donor States who inspect the beneficiary States, not the other way round. Economic interest might still hold sway over the principle of democracy (92).

---

to one noteworthy though lamentable anecdote. A European parliamentary observer, FRANCESCO SPERONI, blurted out to FERNANDO TUESTA, the already mentioned chief of the National Office of the Electoral Processes and academic expert on electoral issues, that the recently held Italian elections had been so badly organised "that they seemed Latin American". The following allegedly amusing comment, during a formal meeting between European parliamentarians (group's heads, IGNACIO SALAFRANCA and JOAQUIM MIRANDA) and Peruvian authorities, touched on the embarrassment caused by the mess of the vote recount in Florida during the US presidential elections at the end of 2000 (George Bush Jr. versus Al Gore). Some members of the European parliament were less informed about the case of the violent front which also resorts to assassination in the Basque elections, held in May 2001 like the Italian ones. It would seem to be of less importance for European interest. Efforts were made in the field to inform the European parliament's observers about the Peruvian case. While it can be justly argued that the parliamentary group and leadership adds democratic legitimacy to the operation's technical professionalism, thus duly incorporating the European presence, this political personnel does not admit the type of training that was given to the rest of the staff, without exemptions. It argues its own parliamentary status in order to publicly hold an opinion independent from the observation it forms a part of, without respect for the common code of conduct. What is more, as if some embassies had not done enough, it added further to the confusion of public opinion in Peru. There is not a presumption of responsible behaviour by representative politicians. In the mentioned meeting of *heads of mission* in Brussels, June 17, 2002, the parliamentarian leadership of electoral observations was taken for granted.

(92) In practice, this is a very sensitive point for the electoral context itself. During the observation tasks I was able to attend in Lima *Mesas de Donantes*, donors' round tables on electoral needs, meetings between co-operating States where the highest ranking Peruvian respective authorities literally begged for their constitutional functions to be complied with. I did not observe any consternation regarding the reliance on such a practice and its risks of political dependence. What I did detect is that the openness of the Peruvian institutions to external scrutiny contains resignation and an underlying resentment regarding what they quite rightly feel to be the political cost of economic aid rather than a basis for co-operation in the human rights and democracy we must share.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

It could be a case of what is termed democratic legal conditionality for economic aid itself, a case of democratisation being an explicit legal condition for economic co-operation, which is not primarily considered as a historic debt concerning unsettled colonial responsibilities — particularly European ones — and thus regarding not exactly the States, but the indigenous peoples instead (93). But if we are already assured by the European Union that we are contemplating new forms of co-operation not only for development and welfare, but also and above all for basic elements such as democracy and human rights, why then are these other reciprocal and therefore more democratic monitoring possibilities not even conceived? Why is reciprocity itself not even virtually thinkable? Why is electoral monitoring still viewed as an exceptional and unidirectional formula for transition situations, and not as a normal means of sharing experience for mutual democratic progress? For donor States themselves to be monitored, the invitation to do so could cover expenses

---

Dependence on aid furthermore increased as things progressed since, on the one hand, the electoral organisation was swindled by a computing firm, and on the other hand, squandering the money of others, controls on and by these same electoral institutions were increased through costly programmes. For these elections, in order not to interfere with observation, the European Union only subsidised supervisory bodies (not administrative or jurisdictional ones) such as the Ombudsman's Office, or also non-government associations like *Transparencia* and *Consejo por la Paz* (allocations in *http://europa.eu.int/comm/europeaid/reports/compendium2001macro.pdf*, pp. 166-168), but several member States (Spain is one of them) which are in fact deeply committed to Peru's economic competition and the country's political conflict, directly defrayed electoral institutions. I have already mentioned the possibility of division of labour, which of course needs no programming or even co-ordinating, between the Union concerning itself with rights, and the member States taking care of interests. The very lack of European constituency evidently creates a breeding ground not just for Peruvian confusion: S. STAVRIDIS stresses this: *The Common Foreign and Security Policy of the European Union. Why Institutional Arrangments Are Not Enough*, in S. STAVRIDIS, E. MOSSIALOS, R. MORGAN and H. MACHIN (eds.) *New Challenges to the European Union*, pp. 87-122.

(93) Showing a strong defence of conditionality deemed as democratic for co-operation considered as donation, JENNIFER MCCOY, *Monitoring and Mediating Elections during Latin American Democratisation* in K.J. MIDDLEBROOK (ed.), *Electoral Observation and Democratic Transitions,* pp. 53-90, with an epigraph on "Donor Commitment and Political Conditionality", pp. 85-87, which begins thus: "The international community must follow through with promised carrots and sticks", and reproaching the European Union for not being demanding enough with "democratic conditionality".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

always as long as the operation's independence were guaranteed. It would be money well spent if it were used on this type of communication based on an equal footing.

This virtuality is not even conceivable yet. An imbalanced one is being gestated instead. The best future, the reciprocal one, could be spoiled if it does not give birth to viable equal creatures in the plural. In a culturally complex world an only child or even twins, a solitary offspring born late in virtual postcolonial life, can be easily miscarried. Neither Europe (the European Union) nor America (the United States) or both together can set the rule by themselves. With the global challenges of lawful democratisation and rightful co-operation, all is virtually open. The virtual reality we find on the internet is still no more than mostly plain and simple virtuality, a European proposal in this case. Yet it is there, on the glowing screens of countless widespread terminals in cyberspace. It is quite capable of producing possibilities for rights and democracy that are as yet inconceivable. We are going to ponder on postcolonial potentiality, the seed of that unborn vital offspring, on the home ground of the law whose foreseeable performance will save us from falling into pure science fiction.

6. *Nemo dat quod non habet: co-operative relations among the United Nations.*

Let us proceed by returning to the International Labour Organisation's Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. This organisation is today one of the United Nations' specialised agencies, yet its origins date back to the second decade of the twentieth century. This Convention not only recognises certain rights, but also previously defines the category of the subjects entitled to them, the aforesaid indigenous and tribal peoples. We are already aware of this, but it would be advisable to consider the matter more closely. The definition is to be found at the beginning, in the first article. The text, as is usual nowadays, is easily available not just in print but also on the web. I shall dispense with the colonial rather than postcolonial concept, of *tribal people* so as not to complicate the matter for constituencies such as the Peruvian and the Swedish. Let us look at indigenous peoples.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

There we find a concept. The convention declares that it applies to "peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions". The same section adds, on the one hand, that "self-identification as indigenous... shall be regarded as a fundamental criterion"; on the other, that "the use of the term peoples in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law". A concept exists, that of *indigenous* as the product of colonialism. There is also a requirement, a people's awareness of their indigenousness. And finally, there is a deception, the refusal to recognize the international rights of peoples for the indigenous. Let us see what importance for constituency lies here. Let us pay attention to the virtuality of texts such as this from the International Labour Organisation among the legal body of the United Nations human rights instruments. It is international law deemed as universal (94).

Peru ratifies the Convention on Indigenous Peoples, on an issue of direct concern for its constituency. The gesture is a sign of recognition. Within its frontiers, amidst the citizenship, among those who have not only the right but also the obligation to participate through their votes, there are indigenous peoples, human individuals, whose cultures, or a part of them, pre-date that colonial presence which brought the European one — the one the State still identifies

(94) The ILO Conventions, such as this one on Indigenous Peoples, are only mandatory, relying on ILO supervision, for the States that ratify them. In America this means (in chronological order up to mid-2002) Mexico, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Peru, Honduras, Guatemala, Ecuador, Argentina, Venezuela, Dominica and Brazil; in Europe, only Denmark and the Netherlands; outside the Union, Norway. However, since the United Nations so far lacks its own instrument on indigenous peoples, this ILO Convention also acts as a register for international standards. This is shown by the fact (already mentioned) that the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights includes it on the web among the rulings on human rights.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

with. Thus, there are subjects, indigenous, entitled to not just individual, but also collective rights inside the State itself. As a consequence, these peoples are not exactly on the same footing as other human groups. Even the final deception concerning the "use of the term" loudly affirms that not all have the same rights, not the same human rights. The first sections from the principal Covenants in the development of the Universal Declaration on Human Rights, the one concerning Civil and Political Rights, and the other on Economic, Social and Cultural Rights, which are jointly agreed on in 1966, proclaim the right of reference for peoples and contrast for indigenous peoples: "All peoples have the right of self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development". The individual's rights follow after, only after.

The phrasing and very concept of this collective right as an equal human right, which all peoples are entitled to, and which even precedes (which is not to say it is superior) individual ones arise from the 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, the formal adoption of an anticolonial stance by the United Nations (confront the Universal Declaration of Human Rights practically accepting colonialism in 1948 via its article 2.2: "No distinction shall be made [among persons] on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty"). Now, from the two principal Covenants on Human Rights in 1966, a relation may be perceived between the political overcoming of colonialism and human possibility for individuals' rights. These human rights instruments conceive this link by presenting peoples' right as a basis and requirement of individuals' rights. The former is the first article for the latter. "All peoples" however, the subjects entitled to self-determination, turns out to be only certain peoples, for they are not indigenous. Notwithstanding the International Labour Organisation Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, the colonial issue of pending constituency that is still hanging over States like Peru (or like Sweden) is still blindfolded.

Is there any sense in the blatant contradiction of identifying as

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a people in language something which is not recognised as such by law, as the aforesaid convention does? It may make sense if the text is viewed within the context of other texts, or in successive linked contexts pertaining to the International Labour Organisation itself and to the United Nations as the body or set of bodies genuinely responsible in the production and development of international law. It is no time for digressing and repeating (95). Let us keep to Peru. For its own constituency, the historical structuring or lack of it is still stronger than present determinations, be they electoral or otherwise. As a matter of fact, we cannot keep to Peru, because there, in Peruvian inconstituency, colonial European responsibility still exists and even functions. This is how we come to view the postcolonial virtuality of an international law which of course does not only concern Peru. We shall consider pending, past and present links between America and Europe in order to situate ourselves and improve our vision.

As its very name indicates, the International Labour Organisation is only a specialized agency in the international field. It was so from its beginnings as a subsidiary body of the *Société des Nations* or League of Nations in the twenties, and it continued to be so when it was incorporated into the United Nations. This means that its authority covers the areas of its nominal topic, that is, labour. Regarding the possible rights of peoples as such, it was and is of itself only able to say what it has already said. This is basically that it lacks the power to innovate regarding these collective subjects, the peoples as such, in the international sphere. What is remarkable is that it has been able to go on to tackle, beyond labour, the rights of indigenous peoples, yet, to start with, it states that they lack the first of all human rights, the one to self-determination ("the use of the term *peoples* in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law"). An entire colonial history is still enclosed here which with respect to indigenous peoples and not others, has led to the International Labour Organisation, rather than the United

(95) For further lines of argument and references, I can refer to B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala*, particularly its first chapter; or even to a mere introduction: *Diritto della Società Internazionale*, Milan 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nations themselves, taking charge of more responsibilities other than labour. This has created difficulties, but has not been an obstacle for the whole question to be dealt with in the international scenario (96).

If a challenge exists, and it appears to, it is for the United Nations themselves, the source and authority for the Universal Declaration of Human Rights and for the entire body that develops, and sometimes rectifies, the human rights law that has developed the former until today. Although the declaration avoided this challenge more than half a century ago, it has been facing up to it since then. Since the sixties the United Nations have made the aforesaid pronouncement on the right of peoples to self-determination, contained in the portico of the main human rights covenants as a fundamental condition for the full deployment of individuals' rights. Indigenous peoples have been excluded since the 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (article 1: "The subjection of peoples to *alien* subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights…"; my italics for "alien", a qualification constructed by the United Nations as if it excluded indigenous peoples located inside state frontiers).

Since the sixties, the United Nations have also been seeking to accommodate those who have no place in this panorama, the cultural and political groups not identified or recognized as States or peoples, such as the indigenous. This is what article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights is for: "In those States in which ethic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language". Prior to mentioning other peculiarities, observe what occurs later with this text, when in 1989, it is repeated for children and adolescents in the human rights instrument which does away

(96) L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Between Policy and Rights*, quoted, reconstructs the process of the ILO's assuming worldwide authority in indigenous matters, since its beginnings in what was still an openly colonial period, and for reasons which are of a complex colonial nature, with the Latin American case as actual protagonist.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

with the traditional problem of the under-aged child regarding the denial or withdrawal of rights, the Covenant on the Rights of Children in its article 30: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language".

What is happening at the heart of the United Nations to produce from 1966 to 1989 this shift of language which implies a differentiation between ethnic, religious or linguistic *minorities* (as they are still called) and what are now termed *indigenous*? It is simply that there is now an awareness that there are *peoples* in the meaning given by the International Labour Organisation in the aforementioned convention (97). But there is still not a full and coherent rectification. It is sufficient to take a look at the 1992 Declaration on the Rights of Persons Belonging to National, Ethnic, Religious and Linguistic Minorities developed from the previously quoted article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights. The declaration is clearly even more limited than the extensive interpretation given to the said article within the United Nations by the Human Rights Committee, the jurisdiction for this covenant (98).

We should also be aware of a more persistent element. Just as in this article and in its version for children, the subject entitled to rights is, strictly speaking, exclusively the individual, the *person belonging to a minority*, although not alone but *in community with the other members of his or her group*, naturally for the exercise of a right such as to one's own culture. With this extreme individuality of the very subject, there is no link here with the right of peoples to self-determination which might form the condition for institutional cover of the cultural environment for the individual's rights themselves, when the latter are unprotected by the State or by any other

(97) S. JAMES ANAYA, *Indigenous peoples in International Law*, New York 1996; F. MACKAY, *Los derechos de los pueblos indígenas*, adds information, also concerning the European position, pp. 319-322.

(98) DOMINIC MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and political Rights. With an updated Introduction*, Oxford 1994, pp. 14-16 and 247-268.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

political body belonging to the same individual's culture. The distinction between individual and collective rights need not be considered as a contradiction when they mutually endorse each other. This is well known by States whose existence, with the empowerment it implies, has no other legitimization and objective than to protect, guarantee and foster the rights of respective individuals, their citizens. The main Human Rights Covenants, those on Civil and Political Rights, and on Economic, Social and Cultural Rights, convey the message with their aforementioned common first article concerning the human right of free determination of peoples as portico for the very deployment of individual human rights. The one concerning people who identify with a culture which is different from that of the State is included here, among the individual's rights, without relation to the premise of the right to self-determination.

An unquestionably new insinuation is to be found in the very name given to the specific charter concerning so-called minorities, the 1992 Declaration on the Rights of Persons Belonging to National, Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. Thus, it states that minorities may also be deemed *national*, not just *ethnic*. The same international institution or set of institutions, whose very own name identifies *nation* with *state,* does so; the United Nations which unites States, not exactly peoples. It likewise seems constitutively incapable of offering what it does not possess, a form of constituency which might not necessarily arise from the constituted States. Nevertheless, the decolonisation process that has occurred under the United Nations' authority since the sixties proved for better or worse that there are institutions which may, if not rise above themselves, at least not fall short of their constituent parts. And the unresolved matter concerning indigenous peoples continues to challenge both the United Nations and the constituent States or their Unions, like the European, still as an after-effect of colonialism.

These problems have been discussed by the international organisation since the eighties in a way which is of general interest to peoples who are not recognised and entitled as such (99). Formal

(99) HURST HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia 1990; GIUSEPPE PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consideration is now being given to a possible Declaration on the Rights of Indigenous Peoples that would place them on a level with non-indigenous as regards the right to free determination, and would endow them with international guarantees if they opt for autonomy inside the constituted States. There still remain serious doubts as to what degree of equality would be effective, but at least the equation would be virtual. We already know that virtuality can announce reality (100).

It is a challenge for individual'human rights, and the collective human rights which they are in need of. International law, as represented by the United Nations, considers this to be the case, if not yet in practice, at least theoretically and thus virtually. It is post-colonial virtuality. It must always be remembered that, as the United Nations has proclaimed since the 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, its foundation is none other than that of individual'human rights which, according to what has been established by the main covenants since 1966, require the premise of peoples' rights. There are no (nor should there be any) other international standards for the specification of subjects entitled to human or fundamental rights — citizenships collectively as well as persons individually. The latter can be taken for granted, but the former (the constituent agencies) need shared, international regulations. The same term "international" meaning "supra-state" is nowadays all too ambiguous and leads to confusion. Human rights standards as common standards for all, persons and peoples, are enough — they should be enough.

It should not be assumed that the United Nations are unceasing in their efforts to carry out their supreme ruling, human rights, as the basis for their own legitimization and functioning (101). Without

---

Milano 1997; THOMAS D. MUSGRAVE, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford 1997.

(100) The text of the current project can be found in S.J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*; in Spanish, in F. MACKAY, *Los derechos de los pueblos indígenas*. The international instruments in force today which I have quoted are readily available in any compilation of human rights, either in print or on the web.

(101) Since I base these thoughts above all on knowledge gained from my own personal experience, I will add a recent example. As an advisor for UNICEF, the United Nations Children's Fund, in mid-January 2001 I took part in a workshop with the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

going any further, the strong presence of the United Nations (with its financial and technical assistance) in the Peruvian elections showed no special sign of concern regarding the norms and practice of human rights as a basic element for the organisation itself and the electoral process. "Elections are human rights events". If any of the international presences distinguished itself in these matters, one could say without fear of contradiction that it was precisely the European observation (102). Nevertheless, as far as we are concerned, as I have already pointed out, this attention fell short on the problem of lack of constituency not only because it was beyond the electoral supervision's very authority, but also and above all because it lacked the international standard which might have derived from

various United Nations agencies present in Bolivia for the putting into practice among them of the UNDAF, the United Nations Development and Assistance Framework, with the specific aim of enforcing the very commitment to human rights. The sessions' progress made clear the extent to which the initiative was not at all unnecessary. On the part of the UNDP (the United Nations Development Programme), whose responsibilities include electoral assistance, there came a request for forms for propagandist introductions on human rights in their economic documents and no more. Their specific argument was that in countries such as Bolivia, it is impossible to go further (i.e. be more demanding) in programmes for assistance and promotion, concerning principles such as the compensatory promotion of female workers or the total eradication of child labour. For these purposes there is no lack of those who question such imperatives, arguing respect towards cultures or societies where children play a role in family or community work, as if there were no room for dialogue and self-management in co-operation, or for means and methods of evolution and change, all the more responsible and determined for their being endogenous and assumed. One-sidedness, either due to bureaucratic inertia or to the impatience of voluntary services, is the main handicap of co-operation itself.

(102) This does not only concern the already mentioned section of the *Framework of human rights* on the European observation's website, but also the attention paid throughout the process by means of diverse statements and declarations, together with the chapter on *Rights and electoral discrimination* of the final report, all of which is also present on the web, as we already know. It should also be said that we, European observers, had a certain handicap: the core team in the field did not only project an inevitably European image, but one that was also unnecessarily masculine, which added to the already mentioned fact that all the European ambassadors to Peru were men. During the lengthy electoral period, in the transition situation, there were civic initiatives and meetings on human rights, and above all concerning the as yet unclarified extremely serious infringements committed during the last two decades. From what I saw, no UN or OAS personnel in the field regularly attended or showed interest in these meetings. I shall return to this point.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sufficient awareness of the question of inconstituency as one pertaining to human rights.

Let us generalise, for it is another way to virtualise. States, whether joined together in the United Nations or in any more limited and densely woven complex like the European Union, or taken separately, are not able or willing nowadays to face the human rights question of constituencies, for the fable tells of them, the States. This does not mean to say that it is impossible, just that it is problematic. Constituencies themselves are challenged, in the as yet somewhat virtual citizenships of the respective States, and also beyond their frontiers. This is not a bad thing either. It is the most democratic after all. Europe itself warned us that "democracy cannot be imposed". This warning should not be necessary. It is obvious, but the European trend has been precisely that of imposing and asserting itself, not respecting and backing foreign constituencies, to the point it reaches in the colonial origin of the American inconstituencies themselves.

However, bearing responsibility and being responsible do not add up to the same thing. You pay for one and shoulder the other. Co-operation is due without compensation and with clear conditions under the common norms of human rights and not of other international standards or another conditionality, be it democratic or otherwise. Today's more or less virtual citizenships are supposed to uphold their own polity so that they may be effective. The problem lies in the fact that for the party which shoulders responsibility and also the one which is responsible, the question of constituency still embraces states' fiction more than peoples' realism. A fair statement on proper elections, such as the European report on 2001-Peru, might create an alibi for an appalling constituency or blatant inconstituency (103).

We have virtual rectifications on the move, although they are far from being a common and safe course. First and foremost, there are

(103) It will by now be no surprise that neither the general or indigenous constituency question is completely imperceptible to the American electoral observation practice. There is proof if necessary in the collection K.J. MIDDLEBROOK (ed.), *Electoral Observation and Democratic Transitions*, despite specific studies of cases such as the Mexican or Nicaraguan.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

two evident fundamental principles defining the post-colonial model, this specific virtuality: "Elections are human rights events" and "Democracy cannot be imposed". *Human right* is also every people's right to its own constituency, to a democracy that cannot even be imposed by the corresponding State through mandatory suffrage or otherwise, especially when it is in disagreement — as is often the logical case with indigenous peoples. This would harm not only a collective right but also individual's rights. The way in which Peru's lack of constituency appears to be supported has offered us a most eloquent example.

There are further examples of connected progress in the making. I shall not insist upon the most relevant one for the present situation of human rights regulations, dealing with the differentiation of category (though not yet categorical), between on the one hand the so-called national minorities, as groups formed through their own migratory movements or through the outlining of state frontiers, and on the other hand, the indigenous peoples, as pre-existing groups with regard to colonialism. The latter, and not the former, face the challenge of constituency. We have observed that the European Union has, at least in theory, assumed the distinction, though not the consequence and not always the principle in either external or internal practice (104).

The greatest and often underlying internal resistance (with unavoidable external implications) to people's constituencies still comes from States, including those of the Union itself. They consider themselves to be properly constituted, even for historical

(104) In contrast with the still usual trend towards reducing the distinction which is followed by those who take the matter seriously in America, see RICHARD SPAULDING, *Peoples as National Minorities. A Review of Will Kymlicka's Arguments for Aboriginal Rights from a Self-Determination Perspective*, in *University of Toronto Law Journal*, 47, 1997, pp. 35-113. Kymlicka is certainly today's most noted representative of both serious tackling of the issue and of reducing the category, although he allows more and more scope for *indigenous people* regarding *national* minority: W. KYMLICKA, *American Multiculturalism and the "Nations Within",* in Duncan Ivison, PAUL PATTON Y WILL SANDERS (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge 2000, pp. 216-236. See also his (Kymlicka's) *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford 2001, pp. 241-253 and 275-289, in direct confrontation particularly with THOMAS M. FRANCK, *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*, Oxford 1999, pp. 224-254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reasons which they nevertheless deny, or cannot even imagine for those peoples who are not politically incorporated among their congeners as States. Sweden is not an exceptional case. In Europe, the same use of the past as an implicit title to exclusive peoples' rights as being constituent of the States themselves is all the more possible for its being imaginable, for the cultivation of each State's unique image of itself as individual polity, and not because its corresponding past is less problematic in itself for purposes of constituency (105).

Imagined history may provide a better or worse virtual constituency, and real history a better or worse positive constitutional law. The actuality of the latter may of course brace the virtuality of the former. An unhealthy inconstituency may become a healthy constituency through its own development of an adequate constitutionalism. Around two hundred years ago when the States were constituted, not one was constituted in the least democratic way or with any concern for rights that were not reserved to a very restricted citizenship. There was not one polity which came close to a majority of the adult population. Women, workers and aliens, even internal ones, were excluded. Those who had been, or were still in servitude, those who were employed, those who did not share in the predominant culture, and also simply because of their sex, women, had no individual credit by constitutional law. They were not entitled to rights, political or otherwise. In America as much as in Europe, the social subject constituting States has been the free male owner with an excluding European culture (106).

Here they are today, the American and European States consti-

(105) In the case of Spain, this question has been the subject of much discussion in recent decades. Let us register only, amist a profuse and erratic bibliography, JOSÉ RABASA, *Inventing America. Spanish Historiography and the Formation of Eurocentrism*, Norman 1993; IGNACIO PEIRÓ, *Los guardianes de la historia. La historiografía académica de la Restauración*, Zaragoza 1995; CAROLYN P. BOYD, *Historia Patria. Política, historia e identidad nacional en España, 1875-1975*, Barcelona 2000; JUAN SISINIO PÉREZ GARZÓN, EDUARDO MANZANO, RAMÓN LÓPEZ FACAL Y AURORA RIVIÈRE, *La gestión de la memoria. La historia de España al servicio del poder*, Barcelona 2000, and so on at the entrance of the third millennium.

(106) I can refer to my *Happy Constitution*, pp. 11-40; and now also to *Freedom's Law and Oeconomical Status. The Euroamerican Constitutional Moment in the 18th Century*, in these "Quaderni Fiorentini", 30, 2001, pp. 81-135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuted in theory on different principles, as the original ones seem nowadays completely inappropriate. They were established on such foundations, but their respective constitutional histories have been able to expand citizenships with no need of constituent enactment or express recognition in all cases and on all occasions (107). Nevertheless, just as we have observed in Peru concerning the failed effects arising from constitutional awareness of indigenous presence, there is no case which encourages reflection and reconstitution, reconsideration of the entire system in the light of the backgrounds and changes, roots and evolutions, of the respective constituency or rather constituencies, all in the plural (108). It may be that not only the American States, both Latin and Anglo, need to apply the constitutional fable of post-colonial virtuality to themselves.

In America as in Europe, past history is of course less important than present law. In either of them, just as in other parts, the former may be of interest to the citizenship in as far as it still affects the latter, with its fundamental effect precisely in the field of constituency. The common test nowadays should be not of roots and backgrounds, but of changes and evolutions; not of origins, but of practices; not of history, but of law, or rather of rights. If the result is positive, in the best case, but with no reflection on the constituency, itself limited to a particular history of States as nations in the

(107) In America, the United States' problem concerning constituent exclusion of indigenous, slaves and women has been faced head on by BRUCE ACKERMAN, *We the people*, vol. I, *Foundations*, Cambridge, Massachusetts, 1991, considering it as settled by virtue of its own constitutional history, with abolition and equality, although the latter has not yet been a formal amendment, whence he infers that there remains no question of constituency. From past evident inconstituency to current supposed constituency, he moreover precisely forgets the indigenous case. In order to appreciate the denial of basic constituent rethinking at the crucial moment of the abolition of slavery, EARL M. MATZ, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1836-1869*, Lawrence 1990. Ackerman argues that re-constituent changes are achieved with no need of constitutional reforms, or for the very amendments to formally go so far, which seems as historically verifiable as it is legally misleading. That which is not explicit cancels what must be reflective, robbing it of its very virtuality. What better proof can there be than that of the Afro-American history of deprivation of constitutional rights following the abolition of slavery, despite the respective constitutional amendments in this case?

(108) I intend to reflect on all of this in *Constituyencia de derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitution of Europe*, in these "Quaderni Fiorentini", 29, 2000, pp. 87-171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singular, how can any model be presented or adopted? How can a healthy constituency of proper democracy and human rights (of both peoples and individuals) be shared if one does not even possesses this foundation? The extent to which it may be achieved in each case, American or European, is not the issue here. We are dealing with virtualities, not other kinds of reality (109).

As a requirement for legitimacy, law needs formal and effective constituency, the basis and agency of citizenships entitled to individual's rights with no discrimination, including the fundamental right to one's own culture and thus requiring collective empowerment for the very purpose of protection, guarantee and fostering of the same rights, that is, of peoples' and individuals' liberties. This is not usually considered or imagined in properly constituent, constitutional and legal terms according to our virtually post-colonial contemporariness. The problem is not even seen as a present and fundamental matter for constitutional law, one's own and that of others, common and shared; the law that must be based on the supra-state nature of human rights, to the exclusion of any other more or less refined or selective standard, however internationally proclaimed or constructed, and however national it is presumed to be.

7. *Rights make might: freedoms and elections, citizenships and peoples.*

Unresolved and pending constituencies, responsible citizenships, peoples in a word, may also be virtual in a dual sense which is moreover contrasting: through their constituent non-existence or through their constitutional existence. The former is more evident. Constitutions as not just normative, but also performative and even propagandist texts, create a virtualised image of the State which starts by imagining the no less virtual citizenship, that is, the non-existent constituency. But all this is also a form of reality, as we are well aware, which does not prevent this virtuality from still being

(109) You may confront THOMAS CAROTHERS, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington 1999, or even PHILIP ALSTON (ed.), *Promoting Human Rights through Bill of Rights: Comparative Perspectives*, New York 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unreal, or from being as yet largely no more than wishful thinking. There are States which become impatient when they endeavour to impose the image of citizenship with devices such as mandatory voting accompanied by military monitoring. This is the neither innocent nor harmless virtuality of citizenship as non-existent constituency.

We already know that neither citizenship as the entitled subject, nor suffrage as the democratic method, and constituency as the pillar, are to be imposed. On the contrary, they are supposed to be free, according to rights. Legitimacy is otherwise impossible. So therefore, if such a support has to be credited, such a procedure must be respected, and such a subject is to be held, without civic free agency, with devices such as mandatory voting and military monitoring, with this practical non-existence of citizenship, there is no possible way either for concerned or co-operating States. Complicity among them is all that remains. Electoral observation becomes particularly susceptible to this purpose of collusion. If this particular kind of co-operation does not clearly demand and specify its *human rights standards*, allowing the misuse of less rightful and more political standards, distinct *international standards*, the real tasks of electoral observation may easily turn into leniency before delays or even stoppages under the challenge of a real lack of constituency, with the subsequent harm this would cause for merely virtual citizenship.

Constituency, democracy and citizenship may also be virtual in another sense, contrary to the one I have first stated. In order to exist through legitimising, supporting and setting institutions in motion, virtual constituencies do not always need to perform openly as such, for example through plebiscites or constituent suffrage. There is another way which is also virtual in nature. There are common periodic elections with basis and through procedures by possible constituency, not yet an actual one. This very possibility is the decisive factor. It does not identify completely with the electoral moment. Elections are one of its ways. Citizenship acts as a constituent subject also through the habitual exercise of individual liberties, showing confidence in the existing recognitions, coverage and guarantees, that is, in the given scenario. If this is so, and in no other cases (not in the case of mandatory suffrage and military

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

monitoring), current constitutionalism is able to improve historical constituency despite its present virtuality. No religion has an unredeemable original sin, just as no law has an untreatable constituent deficiency.

When this civic attitude and constitutional behaviour by virtual constituency do not turn out to be the evidence which is observed, the presumption of improvement is not, or should not be possible. It would in any case be premature and maybe inadmissible. If we encounter a case (such as the Peruvian) of respect for strictly electoral liberties of political agents together with hindrances to the habitual freedoms of common citizenship, we are in all probability facing a sign, and perhaps proof, of the covering up and repression of a true underlying lack of constituency, with no possible virtuality left under these approaches and practices. Furthermore, if this were evidence in any case of deeply pluricultural environment (such as the Peruvian), with the State leaning towards just one single culture, leaving all the rest with serious problems for the exercise of individual liberties under collective coverage, then there would not be the slightest doubt about the lack of both constituency and virtuality. Then, electoral observation can hardly avoid political complicity. It is needless to conclude that such was the case of Peru-2001 despite the efforts of the European observation.

There is a European consciousness. The European Union is growing aware ahead of the constituent members, the States. Its luggage load is lighter. Although all suffer it, the Union, more than the States, is also facing an underlying challenge. It is the ordeal of its own lack of constituency as Union among States, the defiance of inconstituency in brief. With different formulae insofar as they are more complex and less oppressive than those which are the standard fare, even the suggestions of federal recipes accompanied so far by all their known and tried dressings, the European constituency challenge today occupies more of the limelight than the States'. It is a question on the Union's agenda. Thus, while the electoral observation proceeded in Peru, the European Union provided us with a really unstructured or virtually unconstituted image of itself. There is no lack of anecdotes which are really categories. In one's own eye and body, just as in those of both neighbours and aliens, inconstituency is a burdensome beam and a blinding mote.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Even the United Nations, with its constituency of States, with its own citizenships or peoples' inconstituency, is unable to provide formulae, although it can of course recognise rights. It wrongfully attempts both, as occurred with de-colonisation. Yet neither the United Nations as a coming together of States, nor the States themselves, with their upside down virtual images of respective citizenships (the latter depending on the former, the constituencies on the States, and not the other way round) may become exclusive constituent agents. They try to do so at the risk of reproducing and even aggravating the common problems of the lack of constituency, in all its extent and varieties. Only citizenships may identify themselves, expressly through suffrage or implicitly through liberties, as constituencies without burdens or dependencies such as mandatory voting and military monitoring. Citizenships which are merely mirror images of States, individual or forming regional or widespread unions, including the United Nations, can hardly become constituencies. In its limited way, the European Union virtually warned us when it backed up its electoral observation programme in support of democracy and fostering of rights. *Human rights standards* are the best warning.

Since unconsciousness is disabling in its blindness and awareness is the prerequisite to achieve sight, our task here is to identify the disorder and diagnose the disease, not analyse the virus and treat the malaise. It should be observed that in its practice and theory, rules and doctrines, constitutionalism does not usually consider the issue of constituency, even when it recognises (sometimes only paying tribute to) the most suitable foundation, the suprastate character of human rights. The problem is the weakness or even lack of a constituent thinking as the appropriate first element of constitutional law. The imagined construct of Nations as constituted constituting agents weighs heavily, as does the established and also figurative reality of the States. This is the usual scenario even when constitutionalism faces an explicit question of constituency, whatever the wording.

There is bibliography on so-called minorities described as ethnic or even national, and on their rights regarding constituted States, including occasionally the consideration of a possible title of secession from the given reality of the existing States, the Nations with a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

capital letter, in order to add another one. The very terminology in use depends on this state or national scenario, with equivalence between State and Nation. Literature abounds on the subject of people's right to self-determination in the same context and even the same perspective — the constitution of States. De-colonisation is also re-examined as other possibilities of peoples' determination are usually recovered in this same universe, characterised by States' paradigms. Is this all (110)? This is as far as my knowledge reaches. Nevertheless, we may have something further yet.

There is now a flourishing area of publishing on pluriculturalism which does not limit itself to contemplating cultures in the plural but also, even above all, devices for establishment and processes for co-ordination both inside and outside the States, although usually in the scenario that they design. Let us leave aside the amateurishness inspired by today's multicultural boom, be it for or against. We should always consider the virtuality. All this clearly affects constitutional matters and continuously borders on the constituent issue, although this has still not been definitely tackled in its entire juridical dimension both procedural and substantial. If this last or rather first point is beginning to come to our notice, nothing more for now, it is precisely thanks to and by way of the inconstituency issue in the case of indigenous peoples (111).

More remains to be tackled and it may be the fundamental part. No thought is given, just as practice fails, concerning the self-determination of all subjects entitled to rights, of everyone of them (including as collective subjects both "all peoples" and the so-called minorities in their widely varying conditions, above all regarding

(110) The caveat is not a merely stylistic clause. This paper's set of notes, including references to my own work, offers proof of the size or maybe instead the limitations of my knowledge. It is up to the reader's judgment. There would be no point in recording an intentionally exhaustive literature if it had not been consulted or checked, for aside from being of greatly diminished use with today's computer resources also for bibliographical information, it might hold unforeseen surprises. Fortunately this sometimes happens.

(111) A previously mentioned collective volume, D. IVISON, P. PATTON Y W. SANDERS (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, provides good testimony, thinking and information, including its references, although it is still excessively (considering the implications of the matter) attached to individual histories and cases among which those of Latin America are strikingly absent.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

their identification or disaffection regarding the current respective State), and also or mainly concerning the authorizing of procedures for the credit and exercise of the right to one's own constituency in extremely varying conditions and expectations. They may turn out to be very different prospects without being written down in more or less accredited state formulae for the protection and fostering of rights. In existing literature, there is a particular failure to achieve connection, compatibility and co-ordination between the individual's rights and collective powers as a constituent question. According to foreseeable human rights, not for their current stance, both all peoples and all so-called minorities may legitimately represent virtual constituencies. Here virtuality means a moment which ought to be and is not yet post-colonial, such as the present.

There is a lack of constituency practice and an excess of constitutionalist pretension. There are too many cunning substitute approaches on States' (or Nations') grounds. The endeavour to divide and not relate individuality and community is noteworthy among those who start by detaching the State from all the other collective subjects, as if its very existence exempted it, and only it, among the whole set of human social bodies, from the need for constituent legitimisation. It is not just amateurs who waver between individuals' rights and collective rights, treating them as mutually excluding, as if they did not endorse and need each other, as if humanity were not made up of mutually dependent individuals and cultures, persons and constituencies that improve each other. Where there is no society-making culture, no human can become an individual.

Constitutionalist literature, which should get the message, does not do so. What usually transpires is that it does not even consider these questions of so-called people's self-determination, of the empowerment of what are known as minorities, of identification of cultures with equality of juridical principles among them. Once the scenario and direction are cleared, the problems of practical implementations in its extremely varying conditions are up to the very self-determination, to the responsibility of the respective constituencies. In the constitutionalist context instead, in constitutional literature, the entire matter is deemed and constructed as political facts or cultural circumstances rather than constituent titles to collective rights or powers needed by the individual's rights or

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liberties. For State or Nation, right disappears from the constituent scenario in its collective magnitude.

Although not so brutally expressed, it is taken almost for granted at least among constitutionalists that, as the proverb says, "might makes right", that the politics of States' (or Nations') empowerment are the constituent foundation for rights to liberty, instead of *human rights* with democracy as an immediate result, so immediate as to begin by the determination of the constituency (112). "Right makes might", or rather "rights make powers" in the plural, checked and balanced on behalf of freedom, is what should be understood instead. It is human rights that should occasion and condition constitutional powers, and not the other way round. When rights to liberty do not constitute a binding premise for all law, but instead a reversed determination usually coming from political decisions (even through democratic elections), this simple fact is sufficient to set law, justice and government over the liberties themselves. It can easily do so mostly when political decisions are constituent. Democracy itself offers no remedy if its very practice is not conceived and realised as a requirement and instrument of human rights, both individual and collective. The measure of democracy cannot be Nations' (or States') determination.

All this is entirely a constitutional problem which constitutionalism is reluctant to deal with. The thinking and teaching of constitutional law usually begin with virtually constituted powers, with nation (or state) premises in whose image and likeness constituent citizenship itself is conceived and called to vote, which is not quite so clear from democratic requirements. Thus, we have a fictitious anthropology (the conception of the human individual disconnected from cultural community) leading to constitutional ignorance of citizenship's right to constituency. There is still a considerable amount of constitutional doctrine which maintains and assumes that without this so-called national, politically established basis, the

(112) I confess that the first time I encountered the equation between *might* and *right* was not in any legal or political text, but in real literature, in HERMAN MELVILLE'S *Moby Dick*, in the opening anthology of writings about huge monsters such as the biblical *Leviathan,* also Thomas Hobbes', in the final poem of the collection, *where might is right.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possibility of even individual's rights does not exist. This teaching is wont to add that collective rights are inadmissible in this initial constitutional area, the constituent bootstrap. Thus, existing Nations (or States) have been established, and not others as holders of political powers or, in constitutional terms, as agents of collective rights which are really necessary for freedom of the individual, the citizen living in the midst of particular cultures, not a non-existent global society, be it called humanity.

In such a scenario, the international law of human rights does not achieve sufficient recognition of its normative value either. This basic referent for humankind, virtual as plausible and realistic as feasible, is not properly welcomed as a fundamental element, with its current development, for constitutionalism itself. Neither does this international normative body, for its part, take charge of serious and unresolved challenges, among which precisely constituent law is to be found; the right to free determination of citizenships as constituencies, under legal rules rather than discretionary powers, the law being of course that of human rights. If elections are "human rights events", what are constituent determinations but the highest *human rights events*? As documents on electoral observation from the European Union have highlighted, the respective standards are duly phrased since the Universal Declaration of Human Rights through article 21: "Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives... The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secrete vote or by equivalent free voting procedures". The first shared article of the Covenants on Civil and Political, and on Economic, Social and Cultural Rights, must be added of course: "All peoples have the right of self-determination". It is the aim of democracy linked to human rights, as constituency is supposed to be.

Here we have *human rights standards*, the ones we know as democratic rules for the European Union's co-operative policy. The fable talks of everybody, but constituted democracy usually shows otherwise both in Europe and in America. Among States (or Nations), there exists, if not always a failed response to human rights standards, at least a reluctance to recognise that they are never at

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

their disposal. They do not approach their own constituency from these suprastate standards which might be true juridical rulings. Human rights are not at the disposal of citizenships' self-determination. Democracy is not constitutionally defined by the political rule of majorities, but by the legal framework of rights, of which this same majority principle for a proper constituency is a determined and limited consequence. There is no other. *Rights* rule *democracy*. If *human rights standards* must prevail for constituted polity, exactly the same is true for constituent democracy. There are no other legitimating principles, no other constitutional bases.

"Right makes right". "Rights make powers". Democracy is not the mere determination of social majorities, neither of cultural minorities, however much they rely on history and its images. It has its rules, it must have them, as regards the very recognition of constituent subjects, and also conditions and procedures of constituent determination, included for the usual case of combination and articulation of more or less densely interrelated peoples as constituencies in the plural. There must also be rules as regards the constituent links between individuals' rights or powers, on the one hand, and collective powers or rights, on the other, so that the former might always be covered and guaranteed by the latter. Furthermore, there must be rules for recognition of virtual citizenships constituting themselves by means of trusting exercise of common liberties, political and personal, without collateral discriminatory effects against differentiated groups, indigenous or other, and so on. All of this is the *constituential law*, under the *human rights standards*, that we are in need of.

Among the problems which may be *constituential* in nature, electoral observation itself, particularly the international kind, is sometimes involved. This usually occurs in situations of transition, and thus potentially constituent, although the elections are not formal as regards this effect, as has been the case of Peru. Moreover, as we already know by now, ordinary elections always contain some form of display of constituency. It may be positive, because of this trusting exercise of freedom of participation among other civic liberties. On the other hand, it may be negative, when it represents a sign or even proof of inconstituency, as the Peruvian case seems to be. Thus, international observation represents a presence which,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

even when scrupulous and respectful, affects the process of citizen determination in an alien constituency or maybe inconstituency. This may even be foreseen. We observed it in the European Union's approach. It is not merely a question of observing and submitting a report on an electoral process, but also of discouraging irregularities, lessening conflicts and inspiring trust in its process. Experience has shown that foreign observation affects elections through just putting in an appearance and much more for all further performances. If it does not restrain itself, more serious interference is inevitable.

In the Peruvian case, there was more than the offer of credibility by the foreign presence. In full campaign, between the first and second rounds of the presidential elections, a current of discontent burst onto the scene, proposing blank or spoiled ballots, not only as a way of expressing opposition to what was now the only remaining alternative between two political options not including the right wing, in accordance with the suffrage pronouncement in the first round. It was also an attempt to annul the presidential election, because as Peru has a mandatory voting system, it takes precautions that provide for the invalidity of the suffrage itself if a certain percentage of invalidated votes is reached. Alarmed at this remote possibility, the Organisation of American States observation publicly repeated their opinion that, as voting was obligatory, the clear and valid option between the two electoral final offers for the presidency should also be considered binding — despite the secret nature of voting. The chief American observer (from Guatemala, in fact) openly declared the illegitimacy of the electoral option for blank or spoiled votes in the second round. This did not transform the all-American international presence into a political agent within the Peruvian electoral process, for as we know by now, it was so already.

The European observation publicly adopted the role of defending the right to silence, to blank and even spoiled votes, in general and, more so, whenever voting itself is not free, as in Peru. It agreed that the public show of dissatisfaction with the citizens' decision by rejecting the result of a first round, together with attempting to get the second annulled, might not be very democratic behaviour. It also considered that there may be delicate situations where civic responsibility calls for not only free participation, but also (as the Peruvian transition might be) a real option between electoral offers. If all this,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ranging from the American onslaught to the European devious lightness, is not meddling, what would it take? In fact, public opinion, or a certain part of it, showed signs (through letters to the press and through other means) of interpreting it as interference against the Peruvian citizenship's self-determination (113).

There were more moments of possible or even evident interference. The electoral administration encountered serious computer program problems in the results processing system that the United Nations and the Organisation of American States decided to handle behind closed doors, while the European observation resolved to make it public. This latter decision was shown to be sound, not only for its transparency, but also because of the aspect of public and political confidence. There was a growing concern among some of

(113) Just to give an idea, letters from MANUEL ALIAGA to the director of the *Expreso* newspaper on May 20 and May 25, concerning the European observation, concluding: "Do us a favour: comply with the observation tasks that you came here for, but do not raise your finger and publicly evaluate the electoral campaigns that we Peruvians decide to perform". As Peru is in need of international assistance, other papers and magazines restrained themselves from reproducing this type of public reaction. Just as I have mentioned regarding institutional distrust, where one never knows if the main feeling is one of appreciation towards international co-operation or resignation at its being the price for economic assistance, these feelings are not easily measured, because informal conversations with transport, cleaning, administration, hotel, cafeteria and corner store staff are not very trustworthy yardsticks. The difference between observations has not gone unnoticed at least among reporters and also in institutions. The electoral administration body, the National Office of the Electoral Processes, showed both latent resentment to the European Union and open enthusiasm for the Organisation of American States. Some examples were quite graphic, like a final video for self-propaganda producing such unease, even within some other observation teams, that it warranted a formal letter of apology to the European Commission's Delegation in Lima from the National Office of the Electoral Processes. Fortunately by the end, the relations between the European Union and the Organisation of American States observation had returned to better terms within their mutual independence, as shown by the final exchange of formal correspondence, which, given its personal implications, is not included in the appendices of the European report. The Swedish party had found — or put — itself offside, but the chief observer and the embassy on behalf the Presidency of the Council demanded their credit. The members of the European Parliament did not spend enough time in the field to inform or even interest themselves. Caught in the cross fire, the patience of the stable core team made it possible to avoid a serious crisis and keep the European disagreements concerning the observation, throughout its performance, from becoming public in Peru or elsewhere.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the parties and candidates concerning the apparent incompetence of the electoral administration body, which was able to be redirected in less confrontational terms when the real problems, that were serious, were aired (114). However, the positive result does not repair the negative excess. The European team might have managed to help restore confidence between, on the one hand, some overbearing international co-operation leadership and a daunted electoral administration, and on the other, some maybe oversensitive political forces whose distrust follows from the harassment and corruption suffered under the Fujimori regime. But is this putting to rights a task corresponding to a party such as foreign observation which is supposed not to interfere at all? The awkward mistakes of others do not necessarily imply one's own wise moves.

Between one event and another, both the domestic and international observations not only behaved inevitably as agents involved in the electoral process, but also publicly reflected on our own actions and responsibilities after preparation and training, work and experience (115). As for the European observation at least, it was not only particularly independent and especially prepared in compari-

(114) It has to be taken into account that apart from other means of communication, visits to the European observation's website were recorded, where the most frequent visitors were the main parties participating in the campaign, and mainly to the pages holding our periodic statements. Following Peru, the most frequent visits, about sixty-five per cent, counting all three together, came from, in this order, the United States, Spain and Belgium. The latter is logical in that it is the European headquarters. Throughout the electoral period, the daily average of visits was sixty-two. The presence of the European observation in the press reflected in its own website is not all and has already gone past a hundred entries. This works out at more than one news broadcast, article or interview per day.

(115) Towards the end of the operation, there were notable occasions of common reflection among both heads and deputies of domestic and foreign observations at round tables. One took place in an academic environment, in the Law Faculty of the *Universidad de Lima* on May 29, and another among journalists on June 1st, in the International Press Centre organised during the elections by *PromPerú* (the public agency in charge of the promotion of Peru's image abroad: *http://www.peru.org.pe*). Throughout the operation frequent informative and study meetings were held among observation and electoral assistance agencies, thanks to the initiative and hospitality of the civil association *Transparencia*. The Ombudsman's Office was also a courageous supporter and frequent attendant.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

son with its previous operations (116), but also remarkably contemplative in itself, both inwardly and outwardly, among its members as well as with other observations, in other forums and regarding the press media and public opinion (117). Dialogue, which is *human rights standards'* own method, as the European Union told us, was continuous, free-flowing and on many different levels, not only among our own people, nor solely with the institutions.

Let us reflect then. We should continue with the dialogue which started with the operation itself. Let us virtualise it. The aforesaid interference, or as least some of it, might not have been meddling as such in a real sense, but this would only be the case if it were genuinely concerned with human rights, with the virtual standards of foreign presence legitimisation and the virtual sources for the code of international observation conduct. Concerning the question of mandatory voting being extended to the obligation to adopt a specific electoral option, the American stance argued in terms of democracy (through a maximised participation), but not rights,

(116) While still in Europe, in Stadtschlaining, Austria, in mid-February, the observation personnel had an initial training seminar. It was organised by SIDA, the already mentioned Swedish agency for international co-operation, as part of a programme developed for training in this specific field of electoral observation. There was no presentation on indigenous presence in Peru, except for references to history and myth, not to present and polity. I posed the question and received a reply: "You are confusing Peru with Bolivia". In Peru, we, the core team, were responsible for organising training sessions and appraisal meetings, without ignoring the indigenous factor.

(117) Without wishing to enter into any personal comparison of course, my own curriculum regarding electoral observation was quite scanty. I had only participated as a common observer in the double round of the very general (for they were Central-American and municipal together with parliamentarian and presidential) elections in Guatemala in 1995-1996. But the Peru core team and also the observation staff represented a really remarkable amount of well earned experience and proven capacity. For my own part, I am not any known or secret expert in electoral matters either. At the start, I resorted to the generous advice of a good specialist like JOSÉ RAMÓN MONTERO. Concerning my initial limitations, I must also admit that, except its frontier in the vicinity of the Titicaca for I often visit Bolivia (as member of the academic board of the *Universidad de la Cordillera* and as a UNICEF consultant), I had never before set foot in Peru. Among people who showed interest were colleagues in legal history from the *Pontificia Universidad Católica del Perú*, mainly FERNANDO DE TRAZEGNIES, last minister for foreign affairs in the Fujimori government. It was the nature of the regime which discouraged me, though being conscious that this refusal was unfair towards people. More than one candidate failed before the European Commission considered my name.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which would have been difficult, in that this would affect and double obligation, not freedom. In contrast, the European position was able to argue in terms of liberties, placing individual determination first and foremost, and consequently democracy. In this manner it would be possible to refer to human rights for a right to abstention and silence, including blank or even spoiled voting, especially the latter when suffrage is mandatory. After all, elections transfer responsibility and bestow power. *Rights* in general and *elections* in particular "make powers". They empower institutions. If there is citizenship not wanting this empowerment in general or in the specific case ([118]), will a fundamental right to non participation not be conceivable and admissible?

Yet the difficulty remains. How can one claim that the right to abstention, or in the case of its being forbidden and penalised, to silence or vote spoiling, constitutes (since it is considered as a liberty in the context of participation) a human right to non participation? Such a thing is difficult to deduce from the present normative body of human rights, and not to be inferred, as far as I can see, from any of its jurisdictional or doctrinal developments. This means that it is a matter of mere opinion with no other authority than its own

([118]) I am not making speculations. It is also a practical question in a case like the Peruvian. I have already referred to the municipal revocations in order to lessen electoral local empowerments attuned in fact to indigenous practices. They were due in 2001, and delayed to avoid coinciding with the general elections when they were brought forward. The electoral institutions immediately proposed that they should be cancelled, claiming that they were an excessive and costly burden as they received no external aid (they were finally held on 25 November). On the part of Peru, it would not appear to be one of the crucial elements for communities' constitutional incorporation. On the international side, there is no awareness that, for the sake of democracy itself, local elections might be more important than the general state elections. Along these lines, during the aforesaid indigenous conference on May 25 much importance was attached, as a sign of democracy, to revocation procedures, through new elections, which are allowed against local representatives and not permitted regarding either parliamentarians or presidency. As the vote was not obligatory in the Guatemala case, I witnessed the lively influx in general elections due to the coinciding of municipal ones, in contrast with the poor turnout, outside Guatemala City, during a second round which was just presidential. As I explained elsewhere (*Ama Llunka, Abya Yala*, notes 51, 94, 97 and 98 in the second chapter), I was not in a position, despite my efforts, to be able to contribute to the convenient inclusion of the indigenous question in the European programme in the case of the Guatemala observation, 1995-1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

capacity of conviction, and therefore extremely inappropriate as an international observation's argument on the grounds of human rights standards.

We must realise that what we have is perhaps a negative deficit and not a positive credit of human rights standards. Whatever the answer may be in cases such as this international meddling regarding the Peruvian citizenship, it indicates that there is still no getting to grips with the whole electoral matter, and no clear statement from the already mentioned set of regulations and corresponding jurisprudence and doctrine. We must never forget that "elections are human rights events", rights events that produce powers. Elections, particularly, involve rights and yield power, both things, in all that directly or indirectly affects constituency. Thus, the question is the uncertainty. Here are *human rights*, specific ones concerning non-participation in voting and empowering, imaginable rights that are by now so vague and precarious that they cannot either function or be activated. They are in a state of absolute virtuality, for the moment in limbo.

Here are the questions then. Why is it that all of this concerning suffrage and observation, citizenship constituency and international co-operation in elections and other democratic issues, is not tackled and dealt with as what it is, as a strictly and basic juridical matter, as a human rights branch of law, as constitutional law in brief? Why does conventional constitutionalism not even give serious consideration to the fact that the rights it deals with are not such because they have been granted or recognised in a particular State's constitutional instrument or constituent text, but simply and above all because they constitute human rights, which furthermore have by now their own set of legal written rules thus prior to constitutions themselves? Constitutions have not yet arrived as far as this even when, as is usual today, they recognise, as a principle in the domestic setting, the supremacy and force of the international law of human rights.

It does not seem difficult to diagnose the legal constituent uncertainty, the current insecurity about the law that might rule constituency. The very existence of such a binding constituent regulation is unsettlingly imaginable by States, somewhat strange for their own image, and practically unthinkable for the predominant legal culture, insofar as it entails the relinquishment of the funda-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mental constitutional right to self-determination, the right of rights deemed and practised as the power to determine constituencies and citizenships by States and not the other way around. As a constitutive form of reference which is customary because it is longstanding for virtual memory and present for real sight, the figure of the State or Nation does not only affect the external evidence of what is visible, but also the internal virtuality of what is thinkable, the very possibility of legal thought by learned minds, not for different mentalities of course. The diagnosis is simple. None of what follows is. The approach, analysis and treatment would be an entirely different matter, but we know that we shall not go into this.

The burden may also be more virtual than realist, more real for its being imagined. Maybe images weigh heavier than other kinds of reality for a panorama of possibilities. There are facts that often become abstracted, theoretically ignored and cancelled. They are normally the very ones that are unfavourable for state claim to excluding constituency in the singular. It is of no use searching through common legal treatises and other learned publications on politics for reliable news and accurate knowledge concerning the plurality of peoples covered by States with unresolved inconstituency affecting each other and everyone in the very field of human rights. You will not find any useful information, let alone analysis and treatment. If reference is made to human reality covered by States, it is as a non-legal matter. When constitutent questions are concerned, the space is given over to fiction about history and present produced by the existence of the States, by the abducted minds of their legal and learned human resources. What we find is their virtuality as reality in brief.

The problem is not exactly that the figure of State makes an appearance, but that it does so before constituency. State constitutes people and may therefore recognise, guarantee and foster rights, all but the first one, that of the determination of constituency by citizenship. There is no room left. Thus, the problem lies in the fact that the State or Nation makes its appearance as subject of history and subject of present, both the well-known matter and the pre-constituted agent for constituent purposes, all in the singular even when there is less autistic and better-checked information available.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The problem begins with the lack of competition even in the virtual world of ideas and for the potential capacity of words.

The word *constituency* has a more limited meaning in the field of politics, I know. Usually what it means is constituted and not constituent citizenship, the citizenship that empowers institutions via suffrage, but does not extend to freely creating itself as the segment of humanity which authorises the State. Other European languages, such as French, German, Spanish or Italian, lack an equivalent coining of any word even with this limited meaning. *Constituency* in a stronger sense attempts to say something which is indescribable in any language in a world presided over by the institution of States doubling up as Nations (119), thus a truly infantile universe, somewhat lacking in words and without the guileless imagination for conceiving other possibilities, even through the most basic human requirement of liberties. Well, in America as in Europe, we are facing *imagined constituencies*, no less functional for being imagined, and it would be advisable to reflect as conclusively as possible on this point. With this little help from historical sources, current literature, world wide web browsing and electoral observation, let us try to do our best (120).

8. *The fact of our existence: the thing and the title for America and Europe.*

In the mid-nineteenth century Peru was a formless State, with

(119) I ponder on this in *Ama Llunka, Abya Yala*, a title containing another play on languages, American this time, Quechua and Kuna, to try to express, at least figuratively, what signifies the most difficult political concept in any current language with European roots, free constituency and especially for indigenous peoples, as in this case. This is not to say that we need the word in order to pose the question, as shown in the meetings with Aymara *Mallkus* and Quiche *Alcaldes*, to which I have previously referred, and where the question was how to say *constituency* and *inconstituency* in Aymara or in Quiche, in Quechua or in Nahuatl. They did not need it to be brought to their attention for reflecting on it because it forms a part of their existence as an everyday experience.

(120) I intentionally paraphrase a title already cited, *Imagined Communities* by B. ANDERSON, since I use the adjective *imagined*, between imaginary and imaginative, in the same sense as he does, which is not falseness, illusion or trick, but the imagined form of immaterial possibility working as virtuality configuring reality.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

most of its boundaries still undefined, and none of them under political control. It attempted to constitute itself as a European-like Nation in a mostly indigenous environment, with reluctant peoples inside, and quite a few others that were simply independent. A prominent jurist and expert on public law, overcome with concern, expressed the non-indigenous stance (121). He wrote in the middle of the 19th century beside Lake Titicaca in Puno, the most imagined frontier region for the continuity of indigenous peoples, mostly Quechua, Aymara and Uru, between Peru and Bolivia, together with the Spanish or Euro-American non-discontinuity. He wrote from the Peruvian side and angle: "The fact of our existence in the political field is a *fait accompli* and even if it were possible, it would be unwise to try to undo it and oblige us to go back to being under the charge of another", such as the Spanish colonialism that was still trying to do so (122).

Let us not think that *the fact of our existence* is juridically unimportant. Fact may be most momentous for law. It may be a critical criterion for recognition of States and among themselves as fellow body politics. It may even be the title for its constitution, the right of constituency to obtain something other than bare factual existence. In times when human rights principles were not in effect, it could have certainly been a decisive factor to such an effect. If there were *the fact of our existence in the political field*, we could constitute a State although our constituency were only virtual in the sense of fictitious, such as Peru in the middle of the 19th century.

(121) C.A. RAMOS NÚÑEZ, *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX,* Lima 1993.

(122) TORIBIO PACHECO, *Cuestiones Constitucionales*, Arequipa 1854, p 231 ("*el hecho de nuestra existencia política está ya consumado…*"), in part reproduced in the already quoted *Materiales de enseñanza* edited by CÉSAR LANDA. The version of the first bound edition was signed in Puno, since a part was previously published in the newspaper *El Heraldo* of Arequipa during 1853, following new sections throughout 1855 for the *El Heraldo* of Lima. There is a current edition of these *Cuestiones Constitucionales*, Lima 1996, with an introduction from JOSÉ PALOMINO. Since we have already cited the author and his course has only now been published, we can refer, as a halfway witness, to M.V. VILLARÁN, *Lecciones de Derecho Constitucional* (1915-1916), Lima 1998, edited by DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. I am grateful to CARLOS RAMOS and CÉSAR LANDA for their advice.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

This is something that brings us, as far as States go, almost up to the present, despite human rights (123).

In the case of 19th century Peru, an appeal to Europe was rejected as a colonial arrangement, preferring instead to rely on the State's own capacity, despite another fact, that the jurist's imaginary world, his virtual universe, was European. The same can be said for the State itself. The conceived and therefore conceivable law was European. Europe was the imagined reality also for America (124). Neither did our Peruvian jurist suppose that, later on, right would take such precedence over law, authorising even practices bordering on colonial tutelage, for instance the observation of elections by other States, be they overseas or continental, the European Union or the Organisation of American States (125).

---

(123) SHARON KORMAN, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford 1996: M.J. PETERSON, *Recognition of Governments: Legal Doctrine and State Practice, 1815-1995*, London 1997; FRANCIS A. BOYLE, *Foundation of World Order: The Legalist Approach to International Relations, 1898-1921*, Durham 1999; STEFANO MANNONI, *Potenza e Ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo, 1870-1914,* Milano 1999, to which I can add my commentary on the latter: *"Positive Morality". La incógnita decimonónica del derecho internacional,* in these *Quaderni Fiorentini*, 28, 1999, pp. 1127-1140.

(124) For the most graphic verification in the same case of the Peruvian 19th century jurist, C.A. RAMOS NÚÑEZ, *Toribio Pacheco*, Appendix I, *Catálogo de los libros de la biblioteca de Toribio Pacheco.*

(125) If our theme had been electoral observation as performed not by the European Union in America, but by the Organisation of American States at home, I would not have described it as bordering on tutelage but downright neo-colonial, with abundant evidence throughout the process. It went so far as a front-page photograph of the National Office of the Electoral Processes, giving a formal account before the OAS rather than the competent constitutional body, the National Electoral Jury. The Peruvian ministers of defence and the interior, both belonging to the military, together with the OAS core team occupied a front line position on the panel of their final press conference. These are eloquent images to say the least. Among some of its members (the beneficiaries of co-operation, not the donors), the Organisation of American States enacts a style of internal inspection that the European Union does not consider regarding its respective States, yet in the case of America, its human rights motivations are nearly reduced to an ideological veneer covering up political control at least as for electoral observation and assistance or as for, in general, non-economical co-operation deemed democratic. I do not refer to other areas such as the jurisdictional dimension of the Organisation of American States itself. This warning is also valid of course for the European Union. If we had explored its jurisdictional branch, we would certainly have a more solid image,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The notion embodies something between co-operation and surveillance, between assistance and intervention, a mixture unheard of until recently by the State, any State, Peruvian or otherwise, performer or receiver. Before its very practice, it could hardly be understood in terms of share and participation in rights, human rights. Even now, when in practice, it is not always easily understood. In fact, America itself has had previous experience of electoral inspection neither proposed or still less carried out on behalf of rights which might be deemed human insofar as they are general and common, a type of observation precedent for the Organisation of American States as a form of political control (126).

For basic constitutional purposes as constituent commencements are, this is what may mark the difference between, on the one hand, the moments of birth and early history of European and American States, the history prior to human rights, and, on the other, today's Union in Europe or Organisation in America, as well as other regional States' groupings (127). In previous times no jurist or expert on public law would have entertained the idea that certain

---

in the context of its inconstituency, as J.H.H. WEILER considers in his quoted *The Constitution of Europe*.

(126) THOMAS J. TODD, *Managing Democracy in Central America: A Case Study. United States Electoral Supervision in Nicaragua, 1927-1933*, Miami 1992.

(127) To obtain a better picture, different levels of comparison would be very valuable of course, with more regional groupings among both European and American States, such as the Andean Community in Peru's case (*http://www.comunidadandina.org*), and including the United Nations in its global scope. But I can only make the suggestion as far as we restrict ourselves to the comparison between the Union's inexperience and its States' experience, and also because of the limitation of my knowledge. Might I be allowed to add that what is known in academic terms as *Compared Law* (*Droit Comparé*, *Vergleihendes Recht*, *Derecho Comparado*, *Diritto Comparato*...), the comparative study of legal systems, does not usually provide worthwhile information or bases for approach and analysis of past or present legal moments and developments? Relying on second-hand investigation, not on local knowledge, and despite the current American constitutional record, it does not even heed the existence of indigenous rights and still reproduces European colonial images. The most responsible source, both constitutional and legal thinking and teaching in America, does not usually do anything else. In Latin America the first university degree programme on *The Rights of Indigenous Peoples,* of peoples and not only individuals, is as recent as 1998, the one issued by the aforementioned *Universidad de la Cordillera* in Bolivia, the colonial *Alto Perú*, Upper Peru, the pre-colonial *Kollasuyu* — one of the parts constituent of *Tawantinsuyu*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rights could take precedence over citizenship's self-determination which was furthermore then very limited. Today there is no recognised legitimate possibility of political existence without the principle and objective, the authorisation and the requirement of human rights and thus democracy. Rights are not merely elements of a humanitarian philosophy or the like. They constitute a body of law in a state of determined development also for constituent purposes (128).

It is a truly new juridical situation. Not even just over half a century ago, and during a couple of decades when they were drawn up, declared, divulged and expounded did human rights reach or come close to this performative value and normative force. They have acquired it in recent years as it has been developed and also partly corrected (129). For the European Union, this inexperienced body or set of bodies, it is neither a luxury nor an adornment. It is

(128) It is not just a question of an increase in Declarations and Conventions, the latter with their supervision mechanisms, but also their development of a more independent form of jurisprudence with respect to the States which constitute the United Nations. Conventional international law handbooks deal with Declarations and Conventions more than other evolutions. Constitutional manuals often show no specific concern with human rights instruments for normative purposes. For international jurisprudence as an integral source of the legal body of human rights, a pertinent study, as it deals with the principal jurisdiction, is already quoted: D. McGoldrick, *The Human Rights Committee*.

(129) Allow me a domestic note. In the mid-seventies, when the present Spanish Constitution was elaborated, there was a formal proposal to renounce a declaration of rights while recognising the constituent value of the international law of human rights. It came from a sector that was anxious to control a movement in favour of the recognition of peoples, such as the Basques, as subjects of their own constituency. As a method, it was deemed extravagant and was rejected. According to what was assumed, the correct performance was constitutional recognition of human rights as a model of constitutional program and even cannon of legal construction, although not as a juridical body to be enforced above state constitution and law, and much less as substituting its constituent determination. Nevertheless, regarding the aim of neutralising non-state constituencies, there seemed to be no problem in the recognition itself of human rights. Nobody appeared to suspect then (mid-1970s) that in a few short years, from the eighties onwards, amidst the United Nations the issue of peoples' right would be openly dealt with as a premise for individual rights. This point had been already formulated then by the quoted first articles of both the principal United Nations Covenants, which were proclaimed in 1966 and went into force in 1976, when the Spanish Constitution was to be set up.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

not a beautifying cloak or a concealing cover, but rather, at least virtually, a constitutive principle and working goal. This is the virtuality that I am dealing with here, one which is or must be both internally and externally post-colonial for Europe itself.

Not only the external image but also and above all the internal identity of the European Union should perhaps avoid becoming especially European beyond other concurrent identities, just as Sweden tries to be Swedish, at the expense of Saami and other peoples, or each Member State endeavours to be national in its own mirror. The shared identity of Europe as a Union can and perhaps should be constituted without its own particular distinctiveness for the specific purpose of maintaining virtuality while remaining regional, so to avoid both repeating constituent States' history and mimicking a common external history, which are damaging in various degrees for European and non-European stateless peoples. European rights are or must be human rights, otherwise they are not true rights, however much a different, distinctive definition is desired. European law is and must be international law in order to someday become law of peoples among peoples or *international* in this acceptation.

Declarative charters concerning what are understood as human and consequently general rights, by means of specific political decisions, are no innocent however much they may or seem to make the latter dependent on the former, human rights on human determinations. Neither is the specification of those presented as almost exclusive of citizenships themselves in scenarios or for regional spheres, like the European Union or each Member State. If the rights arose from European decisions even just for Europe itself, without the misuse of applying them further as international standards regarding America, the European party would be setting an instance of power over right, of institutional powers over citizen rights. Thus, we would easily find ourselves in what has been and can still be the characteristic scenario established by the States, and hence in the very situation that has to be overcome in order to achieve the normative supremacy of human rights without dependency as for entitlement on political belonging. We already know that this community in rights is feasible humanity.

Neither does it seem that European citizenship has its own

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

identity to hand, among other ones, unless it is founded on a shared commitment to human rights which are not distinctive or exclusive. No better possibility for European constituency is seen to be within reach. Neither the contemplation of present time nor the imagining of past history can provide European identity. Not even European representation through electoral suffrage does. As a proper constituent base, the very Treaty on European Union refers not only to present rights, the ones recognised and guaranteed by both the respective States' systems and the shared regional jurisdiction of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (prior to the Union, as it was signed soon after the Universal Declaration and also broader, as it is ratified by States which are not members), but also to an imagined common constitutionality, "the constitutional traditions common to the Member States", all this with a real principle at the very beginning: "The Union shall respect the national identities of its Member States" (130).

It is not only Swedish zeal that fights for the latter point or maybe still the first one. As a starting point, it does not appear to be a good one. There is not a straight path, but a long and winding road, to the determination of common constitutionality through national (meaning state) constitutional traditions. These do not even integrate the real histories and virtual constituencies of all the European peoples inside the Union's frontiers. They also constitute traditions which are intrinsically problematic as regards human rights and constitutional guarantees. The same Union Treaty knows better to some extent. It refers in addition to rights and freedoms

(130) I am quoting from the Treaty on European Union (*http://europa.eu.int/eur-lex/es/treaties/livre1-c.html*), *Common Provisions*, currently, in the consolidated text, article six, previous article F: "1. The Union shall respect the national identities of its Member States, whose systems of government are founded on the principles of democracy. 2. The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law (...)". As we shall observe, the Charter of Fundamental Rights of the European Union deals further with "constitutional traditions" and specific rights. For the web page of the jurisdiction corresponding to the European Convention on Human Rights, *http://www.echr.coe.int*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

from the European Convention, but not the United Nations. It does not rely on the international law of human rights. This is Europe, stupid! Here we have an improper answer as to substance and not only style. Why, then, does such an emphasis on common human rights come afterwards, with the purpose of co-operation from Europe? Where does the foundation of Europe lie in the last or rather first instance?

As for this foundation, some learned people try to trace common constituent European tradition back to ancient Roman and Canon law, the latter even on religious Christian grounds. If tradition must be precisely constitutional to found present Europe, the stance seems outrageous in theoretical terms, and in the practical field, highly risky and truly damaging for rights and liberties (131). There are others who follow an undoubtedly better path in their efforts to trace and regain a closer common European constitutionalism, founded on rights to freedom and guarantee for liberties (132). It is a challenge caused by the current phrasing of the European Union's constituent approach. It gives rise to invented traditions, to both the Roman-canonist legacy's dislocation and the constitutional heritage's overstating.

The plural nature of the reference to "the constitutional traditions common to the Member States" beyond the States' very

(131) Reference may be made to a collective critical and problematic reflection: PIO CARONI and GERHARD DILCHER (eds.), *Norm und Tradition. Welche Geschitlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, Cologne 1998. The recovery of tradition is usually attempted with respect to private law, yet apart from its involvement, it also extends to the public or even constitutional dimension, in terms that implicate religion, Christianity for Europe as any other for elsewhere. It may be even the Roman kind: PAOLO PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bolonia 2000. It should also be remembered that, without the Catholic slant of course, no other seems to be the initial trend of the *Institut für Europäische Rechtsgeschichte* in Frankfurt am Main with its first impressive and most useful work, the *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (1973-1988) edited by HELMUT COING.

(132) As a fitting example now, with specific reference to the constituent principles registered by the Treaty on European Union, MAURIZIO FIORAVANTI, *Sovranità e Costituzione. Il 'modello Europeo' tra Otto e Novecento*, in his collection on *La Scienza del Diritto Publico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, vol. II, pp. 889-906.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plurality, acknowledges the fact that, for the purposes of constituency, there is no unmistakable European tradition in the singular. This virtuality cannot come into existence under the rule of "human rights and fundamental liberties", be they European or also common to the whole of humanity. It is evidence from the debate developed during the nineties, predating the Union's constituent treaties, on the possibility of a specific and distinctly European constitutionalism which we do not now need to recall. Rather, what we should do is to clean and focus the lens in order to identify and scrutinise the image at its best in the scenario of participation in rights and communication in democracy that is not historical but present, vis-à-vis the future, not the past (133).

As for the past vis-à-vis the present, there are of course some predominant States' traditions in the European constitutional field, but with an adverse tendency towards the subordination of rights to legal norms with no constituent setting and play of freedoms, regardless of however much they could have been considered, although never, in these past times, as potentially and justly human rights (134). "Human rights and fundamental freedoms" were never a source of constituency or authority of constitutionality, not even in the French or any other European historical revolution. You do not find constitutionalism in historical Europe (135). All in all, it does not

(133) R. BELLAMY and DARIO CASTIGLIONE (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford 1996. For the current debate, in existence on the net since 1997, the *European Integration Online Portal*: *http://eiop.or.a*t. We may also find, offering journals and other publications' reviews together with European political and legal information, the *Porte d'Europe*: *http://www.portedeurope.org.*

(134) I can refer to my *Constituyencia de derechos*, pp. 142-171, coinciding for my part with M. FIORAVANTI, *Sovranità e Costituzione*, just quoted, p. 891, in the detail of appreciating that a European constitutional tradition strictly speaking only dates back as far as the mid-twentieth century, that is to say, at practically the same moment of both the gestation of European integration and the United Nation's Declaration of Human Rights, with all of which the constituent references to characteristic European "constitutional traditions" make still less sense, if not utter nonsense.

(135) Observing today's Europe and dealing with its pre-constitutional era, ANGELA DE BENEDICTIS, *Política, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bolonia 2001, highlights the historical existence of communal, even peasant liberties, although correctly situated in a strong social hierarchy based on *status*, with no room moreover for the individual as subject of freedom. However, in my opinion these nuances are not

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appear that prior to the mid-twentieth century (i.e. before the United Nation's commitment to human rights) there was a past which is European in character with either strictly individual or suitably collective liberties, including constituency, that might be contemplated for minimally constituent purposes nowadays (136).

Concerning collective liberties, there is always the traditional presence of internal, not only state identities which among themselves may all be competitive and even conflictive, if Europe persists in not recognising itself except as the gathering of Member States, the constituent subjects (137). The Union could only achieve a clear identity through sacrifice and relinquishment of basic elements, be they peoples with or without states, these latter such as the Saami or Basques, to name previously mentioned examples. In the face of such needless adversities, it might be said (to make use of a current cliché) that constitutional patriotism with rights of liberty and processes of democracy as its only identity may be the European variety as long as it is not in the slightest degree patriotic. Similarly to the compatibility and complement that exist between individual and collective rights, internal national (or state) identities and the identities of peoples need not oppose each other — something

---

sufficiently emphasised keys, considering the present strength of a historiographical tendency, self-termed *republican*, which extracts the secenario to reinstate aristocratic virtues in Europe and America, as if they might be democratic virtualities. That same peasant community, or any other, could not be imagined as autonomous, let alone democratic. I may refer to my *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, in these *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995, pp. 419-468.

(136) As for the constituent authority of constitutional revolutions in Europe, I can rely on my own work: *Happy Constitution*, pp. 181-236; *La Paix et la Loi: ¿Absolutismo constitucional?*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", 69, 1999, pp. 603-645 (*à propos de* PAOLO GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan 1998); *Código como fuente de derecho y desagüe de constitución*, en PAOLO CAPPELLINI and BERNARDO SORDI (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milan 2002, pp. 69-147.

(137) Although there is no trace of doubt about this point, it is worthwhile pointing out that the recognition of other political representative constituent subjects, except States, is never implied by the provisions of the Treaty of the Community, amended and consolidated text, in its fifth part, fourth chapter, on *The Committee of the Regions*, in which "representatives of regional and local bodies (...) appointed for four years by the Council acting unanimously on proposals from the respective Member States" participate for consultative purposes, as specified in articles 263 and 265, previous 198 A y C.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which does not just depend on self-determination but also and above all on respect by others. As for the Union itself, without this very basis of clear self-identified nationalisms or patriotisms of European peoples with or without states, it would be quite unfeasible. Even with no other sign of identity, the basis of the Union relies on its peoples, be they states or not. A constitutionalism of liberties and procedures that proposes the cancelling of constitutionalism of cultures and identities may be a remedy for emergencies, but not a basis for constituencies. The cancellation of the latter by the former does not deserve the name of constitutionalism (138).

We already know that there can be plural and compound constituencies, with no need for all or even most of them to hold national identities — be they state or mimetic. In other words, the problem does not lie in the fact that European citizenship, even as such without nation or motherland significance, may virtually locate itself over state nationalities as a kind of automatic and thus compatible borrowing: "Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State will be a citizen of the Union" (139). The problem appears because without an identity, or being weak and furthermore damaging for peoples, it attempts to achieve a specifically European one by means of com-

(138) Amidst a growing literature, the question of constituency is sometimes posed: ALAIN G. GAGNON and J. TULLY (eds.), *Multinational Democracies*, Cambridge 2001, comparing cases such as Catalonia, Flanders and Scotland, Spain, Belgium and United Kingdom as the comprising States, the European Union itself, Quebec and Canada, and also North American indigenous peoples, but excluding other American ones which are not even visible. To be fair, we could say the same with regard to Europe as about Peru: there are no mappings on either history or present time where States are not dominating at the expense of other collective subjects, stateless peoples. However, there is a difference: what is a general rule in America is an absolute exception as far as Europe is concerned. I refer to the existence of indigenous peoples as peoples subjected to colonialism. The only clear European case seems to be the Saami. There are some surprising rapprochements: HANNU SALMI, *The Indian of the North: Western Traditions and Finnish Indians*, in PETER C. ROLLINS and JOHN E. O'CONNOR (eds.), *Hollywood Indian: The Portrait of the Native American in Film,* Lexington 1998, also of interest for the collective imagination via films, whose strong slant constitutes a prejudicial (not to say racist) mentality, which is active even in scientific circles.

(139) This is the first heading quote, from the second part, *Citizenship of the Union*, of the Union Treaty respecting the Community, article 17, previously 8, the very first paragraph of the aforesaid part.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mon history and culture, not being so far possible through other elements which might have served the States such as language, religion or law itself. Thus, we would enter an unsuitable nationalist terrain, be it infra, supra or also state, which is unfavourable towards pluralities and compatibilities, towards co-constitutencies and inter-constituencies, if I might be allowed to use such strong language of far-more-than-four-letter words.

Concerning the Union's foreseeable broadening, is the question of its own identity a necessary piece of luggage for Europe on its present journey from a past characterised by its lack of solidarity internally and externally towards a future of co-operation in its externally widest and internally densest sense? Maybe the European Union already possesses a proper identity which is as yet unrecognised (140). Without the need for its own normative and even

(140) Since the parliamentary recommendation concerning its incorporation into the Treaty of the Union through ratifications has not been followed, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, drawn up by a special Convention commissioned by the Council, i.e. the States, and signed towards the end of 2000 by the Council, Parliament and Commission presidencies, lacks a definite normative status. But it offers solemn testimony. The Charter "reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Community and the Union and the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to Member States, the Treaty on European Union, the Communitiy Treaties, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe and the case-law of the Court of justice of the European Communities and of the European Court of Human Rights". With all its European references, amid the complicated syntax, it even alludes to, but does not rely on the international law of human rights. The allusion is a roundabout way of reference, as quoted, to the "international obligations common to member States", and also to "the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity". Having assumed the text as its own, the European Parliament has issued propaganda on the web asserting that it is the "end-result of a special procedure without precedent in the history of the European Union" with no reference of course to the unquestionable originality of placing the recognition of rights itself, at this moment in time, behind the European powers and other institutional devices. I do not know if this is proof that, despite appearances such as the partisan rather than national organisation of parliamentary groups, the Parliament in fact shares the interstate paradigm constitutively represented as intergovernmental by the Council. It also happens that *rights make might*: that the adoption of virtually constitutional texts empowers Parliament, as well as Courts. The declaration itself attempts to warn of this: "This Charter does not establish any new power or task for the Community or the Union, or

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

democratic determination, general identification with human rights may be the specific European way to citizenship's identity, a definitely more jurisdictional than political constituency. It may be good for Europe not only to forget and dispense with an imitative national image of States (141), but also to maintain credentials more committed to liberties than to politics. If the soft dynamics of parliament and government as European institutions have been convenient or even necessary, it may become a definitive virtue. It is truly virtuality for the benefit of rights and a hindrance for powers, a blessing for the former and a curse for the latter (142).

It may be that Europe does not need empowerment on grounds of democracy rather than justice on grounds of human rights stemming from international law and not from the political determination of a constituency of its own. For the Union, it not only happens that strict powers may be unnecessary, but also that rights may be identifiable as such, as European (143). We have observed

---

modify powers and tasks defined by the Treaties" (article 51. 2). For the web source: *http://www.europarl.eu.int/charter/default-en.htm*, with links to the other ten European official languages.

(141) Of vital interest now in this matter is the reconstruction and criticism offered by M. Burgess regarding not only Europe's excessively intergovernmental image but also federalism's heavily state-oriented conception, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, already quoted. Furthermore Burgess marks a strong contrast to the scenario and panorama created by ROBERT O. KEOHANE and STANLEY HOFFMANN (eds.), *The New European Community: Decision Making and Institutional Change*, Oxford 1991, and ALAN S. MILWARD, FRANCES M.B. LYNCH, FEDERICO ROMERO, RUGGERO RANIERI and VIBEKE SORENSEN, *The Frontier of National Sovereignty: History and Theory 1945-1992*, London 1993.

(142) Electoral observation experience has also been very eloquent concerning this matter. For co-operative purposes, and despite the difficulty of providing an image of the European Union which is not reduced to a collection of images of the member States, the former is able to obtain much more widespread confidence from external parties thanks to its relatively political neutrality in comparison with governments or Member States. This approach is not really possible for the latter, given the governmental and party direction of the States' external action in this case. A large number of the European problems in Peru-2001 have had this background of political interests in the party or governmental sense represented on the spot by the embassies which the electoral observation has been reluctant to heed. Any more details are unnecessary.

(143) MASSIMO LA TORRE, *Citizenship, Constitution and the European Union*, in *European Citizenship*, already quoted, pp. 435-457, points in this precise direction. It can be proved to practical, or not merely theoretical effects how the recent practice

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

how the European Union, as a project "for democracy, development and peace", believes that it could strengthen itself internally through identification with the specific fostering of general human rights by means of an external policy (144). Just as legal systems of Member States are supposed to comply with European law, or even to a greater extent, both European law and jurisdiction might heed human rights, that is to say the international normative body in its present and future stance, with no need of distinctive instruments, exclusive declarations or particular statutory rules. The external commitment might constitute internal law (145). The question can be taken right to its final comsequences. Does Europe really need its own constituency among states as well as inter-state constituencies on the one hand, and on the other, simply human virtual constituency embodied in the United Nations? One might question the very appropriateness today of a European citizenship which empowers institutions and is thus able to subordinate rights (146).

---

concerning the Council's annual reports on human rights tends to adopt higher (insofar as they are more international) standards than those of the Charter of Fundamental Rights itself, even the third version, issued in October 2001, and thus under the reference of the Charter. The address is quoted: *http://europa.eu.int/comm/external-relations/human-rights/doc/report-01-en.pdf.*

(144) *Council Conclusions on EU Election Assistance and Observation* (31-V-2001), p. 207, for a passage previously quoted after this European identification as a project for democracy: "The Council stresses that the EU's presence in third countries is a political statement and represents a commitment to these values", those pertaining to human rights.

(145) I have already referred to the fact that the European Union's present consistency is markedly greater in the jurisdictional rather than political field. Although not pointed out in today's numerous conventional expositions, the history itself of European integration has, without any exaggeration, proceeded and progressed more through discrete jurisdictional channels than flamboyant political manners. J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, already cited to this effect, stands out in his insistence on this point, with the additional factor (as a logical consequence as if legal virtualities were annulled by institutional deficiencies) of a marked scepticism regarding the more politically oriented concept of Europe after Maastricht and following constitutive documents.

(146) Now there are positive approaches on European constituency and citizenship precisely from awareness of not just their present precariousness but also of their problematic advisability, as unnecessary constitutional agencies may authorise and empower institutions, even judiciary, over already guaranteed liberties. Therefore, the emphasis focuses on rights: R. BELLAMY and A. WARLEIGH (eds.), *Citizenship and*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

With its actual constituency of States, the United Nations could equally be blamed for subordinating human rights as the outcome of its political agreements, be they declarations, covenants or conventions. Covenants and conventions are also called human rights treaties and even pacts, as if the matter could be negotiated and bargained. Yet practically all the States participate there, or even, nowadays, for rights' declarative and guaranteeing purposes, authorised representatives of indigenous and minorities' organisations and other non-government ones play a part, though without the bargaining power. Nevertheless, despite all its constituent and functional problems, there is today no better forum than the United Nations for the consideration and development of a minimum legal framework for virtually the whole of humanity on the grounds of rights. Experience has borne proof of this potential. Regional areas with their own conventional declarative instruments, together with supervising jurisdictions, are inferior to the United Nation's evolution as regards specifically collective fundamental rights, owing to the more direct and concentrated strength of the respective States. The same specialised and regional international agencies may lag behind. With inferior virtual standards concerning rights of indigenous peoples, the Organisation of American States shows a marked contrast with the United Nations, whose present projects are also more demanding than the standards established by the International Labour Organisation (147).

Governance in the European Union, cited. Bellamy's chapter, *The "Right to have Rights": Citizenship practice and the political Constitution of the European Union*, is also on the web: *http://www.one-europe.ac.uk/pdf/w25bellamy.pdf*.

(147) F. MacKay, *Los derechos de los pueblos indígenas*, for the counterpoint of the Organisation of American States; S.J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, also quoted, for the United Nations forum. The OAS of course recognises human rights the same as the European Union, and as accustomed among States i.e. as lofty guidelines rather than binding rules. It avoids relinquishing its own power or that of constituent States as to the determination and regulation of the rights. In this context the European Union's definitive change of a *constituential* paradigm would have great significance, and not just for itself, in recognising the international character of human rights as a strictly legal and also internal framework, thus open to future developments with its own (European) participation and with no European exclusive control, instead of continuing to regard specific instruments which although beginning with recognition of rights, always, as for the States, involve empowerment of particular institutions.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

By virtue of a clearly committed belief in human rights on the part of Europe as a Union of States, and under the perspective of due co-operation in order to settle the colonial debt towards indigenous peoples (not States), past responsibilities amid the throng of inconstituencies could be satisfied. In addition, the possibility of its own constituency could be established, to the benefit of these peoples' (not States') rights. European constituency and American constituencies are neither separate nor separable questions. A decisive factor for the European Union's securing of an external image and sound internal reality may clearly be a determined contribution to the assessment and development of peoples' rights that incorporate human rights, always along with individual rights of course. European virtuality may become American reality. It would be a healthy suprastate law succeeding the so-called international one which has been as profitable for States as harmful for peoples. Furthermore, it would be a part-payment of the colonial debt. As a form of international co-operation linked to and owing to human rights, and with no more colonial-style underlying relations, electoral observation itself can take its place among practices capable of contributing to both the Union's external rightful action and internal lawful existence. Europe will be founded on human rights, on rights not exclusively European (148).

(148) The Charter of Fundamental Rights of the European Union contains no entry with the purpose at least concerning recognition of non-European cultures on human rights' common grounds. It does not even contain any provision similar to article 27 of the United Nation's Covenant on Political and Civil Rights, developed, albeit deficiently, by the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. The European Charter's declaration in this respect could not be more discreet, uninvolved and unwarranted: "The Union shall respect the cultural, religious and linguistic diversity" ("La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística", "L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique"; "Die Union achtet die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen"; "L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica"; etc.), that is all there is, in article 22, the only one of the epigraph *Cultural, religious and linguistic diversity*. I say unwarranted because there is not even the slightest recognition of right by today's standards (or even below them) in this specific declaration of respect for cultures. In the preamble to the Charter we find a hint (only partly quoted) concerning a reducing of cultural diversities to national (i.e. state — and only European ones for that matter) identities: "The Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The same might be said concerning both the Latin American and Anglo American States. For two hundred years, they have tried, with differing degrees of success, to create their own identities making room for themselves among trans-state European or Euro-American constituencies varieties on the one hand, and on the other, indigenous ones not only in trans-frontier cases, with several other possible identities in the field such as principally the Afro-American kind. Indigenous peoples and Afro-Americans still hold their own (not States') pending credit towards Europe due to past colonialism with massive slave trade whose consequences are felt even today. There are also these States' debts towards not just individuals and families but also communities and peoples whose own constituencies were and continue to be thwarted and their existence jeopardised. Europe is more than an accomplice (149).

If the Latin American and Anglo American States not only recognised human rights, as they do, but also identified with them to the extent of admitting plural and hitherto unprecedented constituencies within their frontiers, and also external to them, they could achieve the degree of settlement and soundness that even those apparently healthier States in America do not manage to enjoy. With

---

freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law. It places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice. The Union contributes to the preservation and to the development of these common values while respecting the diversity of the cultures and traditions of the peoples of Europe as well as the national identities of the Member States". We are taken back to pre-decolonisation (not to mention openly colonial) times, like that of the United Nation before 1960, with a similar show of recognition of peoples neutralised (through identification) by States. Although just for the sake of avoiding becoming discouraged in the task, I believe it has been worthwhile starting off in more virtual areas and with Europe's more virtuous pages on the web. Virtuality is our field.

(149) T.M. FRANCK, *The Empowered Self*, already quoted, emphasises the foremost aspect of debt, the individual side, from the internationalist perspective of human rights, and treats its relation to the second, community aspect, as a no win game, where community's profit would always be liberty's loss for the individual concerned. He sees no possible constitutional settlement for cases such as the indigenous beyond that of immigrant populations in terms of individuals' rights. W. Kymlicka's replies in his *Politics in the Vernacular*, pp. 241-253 and 275-289, also quoted. José María Portillo is currently researching on the issue for the historical moment of Latin American States' (including Peru of course) independence and first constitutionalism.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the 1979 Constitution, Peru was a pioneer in its recognition of human rights as explicit principles for the State. Nevertheless, it has also led the way as the subsequent agent of frustration with the Constitution of 1993 under the Fujimorist regime (150). Because of relaxed and even reluctant recognition of human rights, there may be a hidden vice common to constitutional States. We know that vicious virtuality also exists, as much as the virtuous one. Let us keep virtualising.

The loss or decrease of state or national identity could also mean the gaining or increasing of rights and citizenships for America as well as for Europe. The States and the Unions among States might identify themselves with human rights and not much more in the legal field, so that the peoples would find room for self-determining their own law. For this purpose, the European Union, Peru and other American States, as well as Sweden, Spain and so on, may be similar cases. They had better shrink their state law to leave room for peoples' rule. Between indigenous peoples and American States, on the other hand, the resemblance cannot be drawn. Legally, as regards their respective law, the former need the uppercase letters as much as the latter do the lowercase ones, or without so much final distinction as they may all comply with human rights.

If Peru just allowed itself a glimmer of the real possibility of virtual constituency along those lines, if it just took a brief internal look at the postcolonial present and took a short step, it would be broadening the horizon for the whole of America, the continent with strictly speaking still pending decolonisation, the one between colo-

(150) ARIEL E. DULITZKY, *Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano,* p. 153, in THOMAS BUERGENTHAL and ANTÓNIO CANÇADO (eds.), *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, vol. I, 1996, pp. 129-166. Peruvian 1979 Constitution, art. 105: "The precepts contained in the treaties concerning human rights have a constitutional hierarchy...". The corollary of the express admission of appeals before international jurisdictions concerning constitutional rights (art. 305) was maintained in the 1993 text (art. 205), but short circuited by the Fujimorist regime. In contrast, the latter modified the terms of reference to human rights, after the awkward example of the 1978 Spanish Constitution (art. 10. 2), in a weaker tone (Final Disposition number four: "The rules concerning the rights and liberties recognised by the Constitution are interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements on the same subject that have been ratified by Peru").

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nisers and colonised peoples and not between colonialists from European and American sides (151). The resistance is so strong that it creates the appearance of impossibility. There is a blindness regarding the fundamental fact of the existence of stateless peoples with rights as such to collective human rights. The usual identification of Nation with State constitutes a very effective cover-up. There is no constitutional awareness of the challenge. There is no provision for it on the agenda. It is neither recognised nor admitted. Not only past apathy but also today's deceptions prevent blind spots from being completely innocent (152).

Beginning with visibility, do we not find ourselves in a terrain for European duty-bound co-operation? However, it is not indispensable for facing American challenges. We know that there is proof of this in Peru through its own initiatives and even its official facilities. A constitutional institution, the Ombudsman's Office clearly provides it: "There exist precise criteria on human rights

(151) Though always virtual, language itself is never innocent. It is normally performative and in any case implicative. Except for conventional naming, which is difficult to avoid, or for a need to emphasise, it is clear that I have been reluctant to use highly ambiguous terms such as *Nation* and its collection of derivatives with capital or small letters. Because of its implications, I have even avoided using the most substantive term in the operation's official title, which is not that of bare *observation*. Amidst the various abbreviations or acronyms, I have not made use of our own. Ours was MOE-UE in Spanish, as reflected in the web address, EOM-EU, or EU-EOM in English, i.e. *European Union Election Observation Mission*, thus *mission* as the name, well visible in leading positions such as HM, *Head of Mission*, now to be changed to *Chief Observer* (*Head of Mission* entails similarity with ambassador and we know the related problem). *Observation* will still be *Mission*. Thank heavens the persons involved have always been observers and not missionaries. It is not a joke. Regarding non-European peoples, let us not underestimate the links between religious and state idioms.

(152) An example to hand may suffice. The Peruvian Congress's web site has no visible traces of indigenous law, instead it provides Spanish colonial law, the so-called *Leyes de Indias* in the sense of European statutes for America: *http://www.congreso.gob.pe/out-of-domain.asp?URL=http%3A//www.leyes.congreso.gob.pe*. These non indigenous "Indian Laws" appear in the main index of the Peruvian electronic legal archive, "Archivo Digital de Legislación", while in order to reach the international instruments of human rights, ratified by Peru, there, it is necessary to enter the generic chapter on *Treaties*, then the sub-chapter *Multilateral*, and make the search. In addition, you do not locate the ILO Convention on Indigenous Peoples through this channel.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recognised in international documents" (153). Let us allow the Quechua language to proclaim the principle of human rights, without the interference of any European tongue: "Pachantin ayllu wawaq allin kausaypi kananta yuyaykuspan, kay kamachikuy paqarin. Runaq kausay qasi kusi kausaypi kananpaq, tukuy llakipi kaspapas *justicia* taripananpaq. Kikin runakayninta runa masinkunawan reqsichispa kausananpaq". Here is a principle described in an indigenous people's own language (154).

As a European office, it appears to have no need of any doctrinal duty in America. If communication is the objective, the culture of rights (in that it recognises and does not impose) is the most translatable. There, with or without European mediation, it really exists, or can surely be achieved. The means of connection and the sphere for relationships then, is or must be co-operation, and not in a one-way direction. On behalf of human rights, between Europe and America, as well as between Euro-American and Indo-America, communications cannot be unidirectional (155).

---

(153) It is the repeatedly mentioned passage from my second heading quote, which constitutes a continuous reference point for the Peruvian Ombudsman's Office. At the time of the 2001 elections, as I have already said, the acting Ombudsman was WALTER ALBÁN, with SAMUEL ABAD as deputy for constitutional matters and WILLIAN LÓPEZ as expert in electoral supervision. LILIAM LANDEO was in charge of the indigenous or more restricted native programme. I express my gratitude to them in both personal and institutional terms.

(154) It is the first *whereas* or rationale of the Universal Declaration of Human Rights, whose complete version in Cusco Quechua (together with another ten variants of this language spoken by millions of people, and without common institutions at least for avoiding the disintegration of the written language) is available on the web on the aforementioned site belonging to the United Nations High Commissioner for Human Rights. In cases like this of stateless languages, there are no translations by request of the United Nations, but they are taken from the web itself: *http://www.unhchr.ch/udhr/navigate/alpha.htm*. My word processor program's language corrector tool for Spanish and English describes the quote as a complete error since it is absolutely unprepared for languages like Quechua.

(155) Peru does not of course deserve this hopefully unwitting and transitory internet joke, while the information from an ambitious site is to be included, from *vLex.com* (*http://derecho.org*), where the section on Peruvian *Constitutional Law* leads to the following message which is also repeated for other Latin American cases: "This category is void". There are others whose emptiness is irreversible. At some point in the year 2000, the web site of the Peruvian constituent process of 1993 (*http://www.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Despite its immediate bearing, if we deal with equal co-operation, as we should, a definitive settlement of colonial debt is a different matter. It is a problem for the European debtor before the American creditor. In view of the history of colonialism itself, with its serious legacies, in external questions such as co-operation based on an equal footing regarding peoples rather than States through human rights exigencies, the future of the European Union is at stake, and not only because of internal challenges. Europe's *constituential* fate continues to be linked to that of America through a responsibility that has always been as unevenly matched as it is still shared (156).

Voices will say that this is all mere virtuality. Indeed, I admit this is so. Who could doubt it? I have pointed it out and emphasised it from the start. I am not playing with words or juggling virtues, virtualities and virtualisations. I am taking it all in the utmost seriousness, with all of its implications and possibilities. I have likewise pointed out that for both ordinary normative and extraordinary *constituential* purposes, virtuality itself may be implicated, even operational from the very moment when its correspondence with human rights, and not other standards, is raised, as on the European Union's web site. It is virtuality, nothing more, nothing less.

It is a virtualising virtue. We have begun and we shall finish by assessing and appreciating it as a form of reality in the legal context. In order to foresee a better future, if it is feasible, we must overcome trite understandings such as good legal science is positivist, adjusted

---

rcp.net.pe/CCD/ccd.html) disappeared, for evidently political motives: "We regret that this page no longer exists", is the message you get for now. Even the *cyber library* is capable of censorship that would be difficult in any other support, such as printed documents. The storage of so much information at risk on the web has yet to be solved. The screen switches off while the paper is filed.

(156) At the start, I referred to a reservation à propos de *Civitas*, the *Storia della cittadinaza in Europa* by PIETRO COSTA. Here is my doubt, consciously unfair with a specific piece of research centred on the European issue. I do not know up to what point we may understand historical and present European stances, without at the same time contemplating the dark shadow cast by its longstanding perseverance on external unidirectional projection. But see now how a collective work under his co-direction tackles precisely this dimension: P. COSTA and DANILO ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milan 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to binding law as determined by the State, and correct historical science is realist, limiting itself to verifiable facts through reliable documented testimony, as if this were possible and moreover sufficient. Legal science belongs to the present; historical science, the past, and neither contribute to the future. In contrast, virtuality may hold the key. The key for all normative order, be it state or stateless, is, must be, the body of human rights as the most virtual law. For law, we could foresee some future history. Human rights can plan and shape it. With *human rights standards*, law is not just uncertainly normative, but also definitely performative. They perform reality. They constitute a new and different actuality, apart from the one it represents in itself, previous to and independent from its specific legal effect. It holds more future than may be supposed for any other kind of law, no matter how binding and forcible today.

The very virtuality of present performative and normative international standards is quite recent. Today's human rights are not even exactly the same as the original ones as declared in international law not much more than half a century ago. The Universal Declaration of Human Rights has not only been spread and developed, but also warned and corrected in some vital points, like the need of peoples' rights for individuals' rights. At present, it is tackling the challenge of specifying, recognising and guaranteeing collective rights as a precise requirement on behalf of individual's liberties. In order to appreciate this, it is sufficient to look at *law on the web*, at web sites on human rights with pending projects, at all these present rules and patterns concerning the future provided online especially by the United Nations and its High Commissioner for Human Rights.

The European Union inhabits the virtual world of potential reality, the universe of possibilities where none of its constituent States or alien ones could even have imagined themselves in their beginnings. We know that history, or rather histories, with their virtual images among other realities (all in the plural form, and all real), contribute to constituency. Sooner rather than later, the future will indeed have to provide additional and different histories, images, realities, and briefly constituencies. It will supply both new historical images and renewed constitutional realities. A significant part of today's investment for the future is settled by the variety of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

literature on history that adds more or less imaginative approaches to the past.

9. *Fact and right: vicious geographies and virtuous constituencies.*

Concerning States' identities and their mutual recognition, it may still seem that the mere *fact of our existence*, or *their* existence, was, and continues to be, a good argument. Since their very origins, this has been particularly assumed by an inter-American law as a kind of international rule which stipulates that there are no *res nullius,* i.e. territories outside the reach of inter-State boundaries, and that in addition, these States are demarcated according to the principle of *uti possidetis*, virtual rather than factual possession, as if only they, and not peoples (mainly indigenous in this case concerning the birth of American States), had a territorial existence. Thus, such peoples disappear from the visible map, unable even to argue, in the field of inter-American law, their very evidence, the *fact of our existence*. In this manner, colonial-style claim to dominion is disguised as a regional international law. This is how an imaginary geography is created for imagined constituencies over real ones (157).

Imaginary geography creates law which is not at all imaginary, or rather, a very effective power, the constituent one, that of the constituency exclusively of States and even over peoples. It is not just an American history, but also that of others. Are we to be surprised by such interactive effects between virtual geography and real law when we Europeans inhabit an Asian peninsula that has imagined itself to be a separate continent since time immemorial? Brazil has also imagined itself to be an island amidst rivers and an ocean, which implies not only a self-distinction but also a taking of possession. Mapping boundaries, geography may be the image of state law and the device of political right. Presumed facts may be

(157) JAMES BROWN SCOTT (ed.), *The International Conferences of American States. 1889-1928*, New York 1931, p. 44, a 1890 resolve: "There is, in America, no territory which can be deemed *res nullius*", with the clearly understood implication that the *res nullius* would in fact concern indigenous territory, and thus, leaving them aside, the *uti possidetis* ("the fact of our existence") would only be applicable among States which mutually recognise each other. Due to a lack of up-to-date, i.e. postcolonial studies on American boundaries, I quote directly from a founding father of an inter-American law.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sources of power. Virtuality is a type of reality. All representation, including the geographic variety, is performative. A map of frontiers may confer even the right to wage war for States' conquest of peoples, the epitome of dominion. It is both European and American history (158).

In America as in Europe, for both geographical and juridical scopes, power to imagination has been the true motto of the State conceiving itself as Nation. The political display of constituent fiction has misled and still confuses, to say the least, jurists and other experts on public law belonging to academia and politics, even the apparently most scientific and most pragmatic. Any handbook or treatise on constitutional law can, with imagination as reality, provide confirmation for all that is unconsciously taken as constituted, beginning with the State itself as Nation. The existent State is considered to be the constituent Nation. People's constituency is identified with constituted state population. This does not only occur in Peru.

This is how imagined constituencies are reproduced. Europe at least knows it is virtual. As such, for purposes of constituency, it functions through treaties among bodies that it considers (with certain illusion) as not imagined, Nations equivalent to States. Insofar as all nations, peoples included, have need of imagination and there is the challenge of concurrence among them, it may be that this form of constituency by means of Treaties is more appropriate today for both Europe and America than Constitutions, these sharing the illusion of correspondence between Nation and State,

(158) DEMÉTRIO MAGNOLI, *O Corpo da Pátria. Imaginaçâo geográfica e política externa no Brasil, 1808-1912*, Sâo Paulo 1997. Dealing with the frequent case of State imposed frontier with fragmentation of peoples, specifically the Mam between Guatemala and Mexico, ROSALVA AÍDA HERNÁNDEZ, *La otra frontera. Identidades múltiples en el Chiapas postcolonial*, Mexico 2001. In the same area, and for the Chuj people, JORGE LUIS CRUZ BURGUETE, *Identidades en fronteras, fronteras de identidades. La reconstrucción de la identidad étnica entre los chujes de Chiapas*, Mexico 1998. Studies on other frontiers, such as the Mexican northern frontier are less concerned with their severe effects on indigenous peoples. That is where film stereotypes roam freely. With regard to Peru, to Andean and Amazonic areas, I am not aware of any up-to-date frontier studies concerned with peoples. For the Europe of the past, but with present boundaries that have similarly fragmenting effects, PETER SAHLINS, *Boundaries: The Making of France and Spain in the Pyrenees*, Berkeley 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and thus trailing presumption of constituent powers and consolidation of political institutions. Rights, in that they are fundamental and must be superior to norms as premises for them, are one thing, and institutions, which are conventional, are another. The latter are better controlled by constituencies through Treaties, if these are contracted among Peoples prior to between States. The Constitution, in contrast, is under the power of Nation meaning State's population (159).

The case of America, not only Peru, is especially meaningful regarding all these effects. A virtual inter-American international law is not and has never been considered. The imaginary demarcation of frontiers itself, even without *res nullius*, and yet with *uti possidetis*, could act in favour of, or be taken seriously by, not exactly States but Peoples; indigenous peoples as effective possessors in their case, and with practice in treaties, not only among themselves but also (with the mutual recognition on an equal footing that this involves in principle) with the very States (160). Although a clear consequence of the *fact of our existence*, neither has such a feasible inter-American law been taken into consideration, nor does the actual one query the reason why, in the indigenous case, legal logic does not work. Throughout centuries of colonialism and constitutionalism, the protection of possession has not sought to benefit the possessors (the Peoples), but the party who in fact does not possess and presumes

(159) ENRICO SCODITTI, *La Costituzione senza Popolo. Unione Europea e Nazioni*, Bari 2001, pp. 189-208, who goes into precisely the constituent value of treaties in the European case. For the American, the issue was discussed in a seminar on *Indigenous Peoples, State Constitutions and Treaties and Other Constructive Agreements between Peoples and States*, held in Seville between September 10-14, 2001, whose papers are to be published in *Law and Anthropology. International Yearbook for Legal Anthropology*. My paper is included in *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias ayer y hoy*, Madrid 2002. For the historical background, FRANCIS PAUL PRUCHA, *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly,* Berkeley 1994; R.A. WILLIAMS JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York 1997; ABELARDO LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América*, Madrid 2002.

(160) The idea is considered by PABLO GUTIÉRREZ VEGA, *The domestication of the legal status of indigenous peoples: Timelessness or interpolation in modern international law*, to be published in *Law and Anthropology* within the proceedings of the aforementioned seminar on *Indigenous Peoples, State Constitutions and Treaties*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to do so (the States). This American rule shows no signs of puzzlement at all. It is because of such a make-believe, pretended geography flanking legal fiction, an out-and-out fantasy which could be easily visible otherwise, that the mere fact of existence, even indigenous, can be a right to constituency for States and not for Peoples.

Just like a piece of fiction, though not in the eyes of yesterday's and today's working law, the *fact of our existence* was and is applied, for example, to Peru as a State, just as it may be to all States, including European ones, together with their Unions. From the past, for the present and into the future, in such a way do States preconstitute their own title to constituency over Peoples as if it were moreover a natural, geographic fact, before and more than a conventional, legal one. The virtuality of the former covers the reality of the latter. In fact, if this was and still is the question, let us focus on the touchstone. Although it may not be verifiable for the visible map, in the mid-nineteenth century, indigenous peoples constituted more solid social bodies than the self-empowered American States. Peru's virtual constituency, this presumed Nation, was neither greater nor more self-sustained than the indigenous ones inside state imaginary frontiers. Peru's consistency as a State then was not superior to the current presence of the indigenous peoples that have not suffered extinction. Geographical fantasy, like legal fiction, renders visible what may be insubstantial, and makes invisible what is consistent. Maps record the unfocused vision of *constituential* law (161).

(161) It is not surprising that in more academically expert circles, crass ignorance is to be found as regards indigenous peoples. Just review the present debate, already mentioned, between T.M. FRANCK, *The Empowered Self*, pp. 224-254, and W. KYMLICKA, *Politics in the Vernacular*, pp. 241-253 and 275-289, which is of particular interest as it is not about a new version of the row between individualists and communitarians, but rather the crossroads where I also position myself, between individualisms more or less sensitive towards communitarisms on the shared assumptions of human rights. THOMAS FRANCK, an expert on international law, naively confesses that he imagines the situation of America's indigenous people as being practically the same as that of immigrants, and on this presumption (i.e. this ignorance of the existence of communities with compact cultures which have pre-colonial roots), in opposition to WILL KYMLICKA, he argues in favour of the same legal consideration being given to both (the indigenous and the immigration) cases. Yet see also how KYMLICKA himself, *Politics in the Vernacular*, pp. 120-132, in debate here with J. ANAYA, *Indigenous peoples in International Law*, also

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

So here is another question, which with all of this may already have, if not a solution, an answer; if not a justification, an explanation. As a constituent motive, as the right to claim and recognition of constituency without tutelage, through self-determination, why is it that the aforesaid argument concerning the *fact of our existence*, this synonym of the usual *here we are* from indigenous people, is not so valid or even sound? Why cannot they take responsibility for themselves, beginning with their law on behalf of their rights? States do not fulfil their dues towards indigenous peoples and have even no standing to try, as they, the American States, arise from colonialism. Therefore, indigenous peoples have neither suitable nor sufficient protection nor guarantees concerning their human rights.

Europe agrees with the American States. The European Union and the European States agree on the rightness and virtuosity of concepts and arguments. *International standards*, instead of *human rights*, help towards these purposes. There is nothing new in this complicity with America, namely Euro-America. Between Europe and America, the involvement is part of the historical debt which is not — must not be — among States, but rather with Peoples. States, including American States as far as they are non-indigenous or Afro-American, are debtors, not creditors. The debt is not just financial, but also political. As awareness grows and information increases, as people dare to tread the post-colonial trail, what springs into evidence is the open, hitherto unprecedented and now universal need for plural, diverse, consentient and compound constituencies. With its requirement of liberties, both collective and individual, it appears there is no other legitimate constitutionalism.

For the normative body of human rights, and through their own imperative as sole legitimating principles and ways, we have a need for, and the challenge of, an internal development capable of facing *constituential* law. Complex constituencies, like the European Union itself, may assist no less simple or even more compound States such

---

quoted, endeavours to characterise indigenous peoples without a clear reference to colonialism in order to avoid distinguishing them from *national minorities*. Nevertheless, Kymlicka champions empowerment for them all, both minorities and peoples, inside States. This literature shares a Canadian or United States' (not even all-American) background and scenario for a truly inter and transcontinental issue.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

as the American. This necessary assistance is not achievable via international standards, but through human rights. Through its virtuous commitment to *human rights standards* and vicious involvement with *international* ones, is Europe able to finally escape from the complicity in order to move deeper (in company, not alone of course) into a definitively post-colonial history which is still unresolved, even for the United Nations? In the light of what has been seen, there is still a need to overcome the very culturally biased approach of international standards — not only democracy's political standards but also legal standards for liberties, in other words human rights standards — through their still pending development and improvement (162). The present past and the possible future are equally important (though in different ways of course) both to those who benefited themselves and still take advantage, and those who have suffered and are affected by colonialism. The former are not only to be found in latitudes that were openly colonisers. We Europeans and Euro-Americans, the involved parties with still colonising minds, are also in need of decolonisation. Our law, both constitutional and international, requires it.

We European citizens come finally to our point, European people. If, as the Union shows us, human rights are useful for external action, or at least the co-operative variety which is more virtual as regards the issue of pending improvement, then why are they, human rights, not as sufficient as they are necessary for internal constituency, for the determination appropriated by the States or their cloned Nations? On the other hand, what need is there of a specifically European identity in the constituent area of freedom's rights? Imaginary *Europeanness*, an imagined constituency to be proud of, would be the best way for it to be impossible to conceive their necessary improvement and thus lose sight of the pending debts inside as well as outside. The virtue of co-operation has shown other possibilities more in accordance with human rights to be

(162) Both political utility and literary genre *Aiding Democracy Abroad* will have to bear in mind the questioning of unilateralism in political communication between concurrent cultures which has been raised by F.C. SCHAFFER, *Democracy in Translation*, pp. 86-138, whose research in Senegal includes his participation in the NDI's (the aforementioned National Democratic Institute) electoral observation.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

thinkable and feasible. This is the advantage of being born, like the European Union, in times of virtuality which was unimaginable when the very States were created and began to burden themselves. Today they can be reborn and virtualise themselves as Member States. All of them, Europe together with the States, are improving thanks to rights. They may be saved by virtue of human rights. The challenge thus posed consists of responding to the commitment without dissociation or dissonance between some rights and others, be they States', Union's, broader European, constitutional or international, the same ones after all, or in principle. Rights are human, otherwise, they are not rights.

It is a matter of principle, a matter of right, not fact. It is the *right to our human existence* because of the fact of our existence as people. Here are human rights as effective legal rules, and as such, as suprastate binding norms, open to constituencies not exclusive of the States nor necessarily identified with them. Bearing in mind the development of human rights during the last fifty years and especially after the granting of self-determination to some, not all, colonised peoples, and also what may be foreseen in the new millennium for both suprastate and state areas, are we, Europeans, in need of a European constitutionalism of rights, European rights differentiated from human rights? In the present situation and facing the foreseeable scenario, let me repeat that the fabrication of a European history that might virtualise "the constitutional traditions common to the Member States", as an imagined *constituential* heritage of its own, does not seem either necessary nor even appropriate. The argument speaks also of European constitutional law as it may entail empowerment of institutions over rights (163).

(163) For an approach on the behalf of liberties as a European heritage, ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002. Thus, as we already know, not all the historical founding of the European Union goes in search of Roman and Christian assets more adverse to freedom, but the domain of history always constitutes a terrain mined with excluding traps for alien or even fellow people. We also know the reference to the Union Treaty, current article 6. 2: "constitutional traditions common to the Member States", "traditions constitutionnelles communes aux États membres", "gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten", "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros", "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri"... Here is the literal passage from M. FIORAVANTI, *Sovranità*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Let us compare the bodies politic we have taken into consideration, that is, Peru on the one hand and on the other, Sweden in Europe and Europe, the Union, itself. The former is a characteristic case of State in America. It is unable and often unwilling to guarantee the rights of the whole population existing inside the respective boundaries, as this is partly compounded by peoples not always desirous of belonging to the State. The very State lacks standing for the task. It does not enjoy the confidence of some peoples, namely the indigenous, to recognise, cover and guarantee rights, both individual and collective. Their constituent consent is lacking. In this situation, the trend of political foreign co-operation, like the European Union's as well as the Organisation of American States', is to strengthen Peru as a State through the democratic authorisation of its imagined single constituency, fictitious Peruvian citizenship. This is precisely the meaning of the substitution of *international standards* for *human rights standards*. Electoral observation seeks to strengthen the States irrespective of the character of their constituency. Thus, contrary to the very terms of reference of European political co-operation, democracy is imposed and, accordingly, rights are not always honoured. Is this what you, Peru, truly need from the human rights requirements? Rather, to be democratic, you need the strengthening of indigenous peoples' constituencies through self-determination about their own law, so precisely to identify yourself, Peru, with the rule of human rights. Here we have achieved a conclusion that may be extended to the American continent.

Sweden is not such a different case. As we also know, it lacks standing for recognition, covering and protection of rights, both collective and individual, due to a colonised people, the Saami. In their case, compared with the Swedish population, they are a

---

e Costituzione, p. 891 already quoted: "Si potrebbe dire che le nostre *tradizioni costituzionali* sono in realtà quelle che si sono venute a formare nei diversi paesi europei nella seconda metà del secolo ventesimo, sulla base di communi scelte, effettuate a partire dall'ultimo dopoguerra, per un certo tipo di democrazia, per certi modi di garanzia dei diritti". Add now P. COSTA, *Civitas*, vol. IV, pp. 439-473. In short, common European traditions belong to recent times, those of human rights, and represent particular options within the constitutional field during a post-war and post-totalitarianism situation. *Rien va plus*, either for internal constituency or for export purposes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pronounced minority, but human rights do not depend on arithmetic or statistics, and for peoples' rights, the State cannot be the yardstick. On the other hand, Sweden's law satisfies the coverage of rights for most of its population, the Swedish people (not taking into account either the Aaland Islands, which are part of Finland (164), nor the Swedish migration to America). Here comes the *constituential* question. In this scenario also extendable to the rest of Europe (where state boundaries do not demarcate peoples, where this very demarcation shows itself to be unfeasible and where the national majorities are satisfied by States as regards recognition and protection of rights), who are in need of a Union's constituency formed by the States but the States themselves? Neither citizens nor peoples seem to be in such a need of European Union as States Union. Instead, they, peoples and citizens, may need recognitions and guarantees for the rights insufficiently covered or not considered at all by the States. Here is the virtuality of present and future human rights as the legal identity of the European Union, which is the way traced by its own web page concerning political co-operation, but not by the rest of virtual and actual Europe. It is exactly the reverse scenario of both the current Charter and Convention for a new framework and structure. States, neither peoples nor citizens, are the active constituencies for both the European Charter and Convention (165).

---

(164) As they, the Aalanders, are European people (and not indigenous, like the Saami), they enjoy a more satisfying settlement on their behalf not just between Sweden and Finland, but also in the international domain before and above the European Union: HURST HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination*, already cited, pp. 29-30, 247-262 and 370-375, on the Saami people too; and in his collection of *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Dordrecht 1993, pp. 115-143, where you can hardly find any documentation on indigenous peoples inside American States (for the Nicaragua Atlantic Coast, pp. 381-399). There might be more, although not for the Quechua people; for instance, 1993 *Carta del Pueblo Emberá-Wounaan*, which relies not just on Panamanian law (1983 Statute establishing the *Comarca Emberá de Darién*), but also and above all on the international law of human rights, declaring that "in both the Organisation of the United Nations and the Organisation of American States, drafts on the Human Rights of the Indigenous Peoples are currently being discussed" (*Derechos de los Pueblos Indígenas*, Vitoria 1998, pp. 505-560, which is a more specific collection).

(165) Let us never forget the true touchstone of the meagre reference to the so-called minorities by the European Charter of Fundamental Rights: "The Union shall

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

All we need is human rights as rule of law for States' performance, relationship and grouping together. As rights, they are currently, on the one hand, quite developed and refined concerning individuals; on the other hand however, they are in a somewhat embryonic and even contaminated condition regarding communities. They are still lacking the necessary basis and branch of collective and compound constituencies for the due protection and fostering of the individual liberties themselves. At this point in time, it should not have to be necessary to insist on the fact that they, one and the other kinds of rights, collective and individual, are mutually needed as far as the latter are covered and may be guaranteed by the former. As for constituency, there is no simple human subject with defined boundaries, and neither is there need of one today, even less the presumed ideal of its existence, as States have presumed and tried. All constituencies are compound and every constitutionalism must be equally complex. We are not even accustomed to thinking about it yet, much less to digesting it, yet the fable says that state is not nation, nation is not people, nor constituency is state, nation or even people in the singular. Peoples are constituencies facing the challenge of plurality itself. Peru suffers identification between State and constituency, but so do both the European Union and its Member States. As a witness, I bear testimony; as a scholar, I have questions; as a professional, I had the privilege of being able to combine civic commitment and constitutional research in an exceptional situation.

---

respect the cultural, religious and linguistic diversity", and full stop, without any register of rights. It must be added that the jurisdictional European Convention for the Protection of Human Rights, referred to by the European Union as we know, implements policies for the protection of minorities, which do not represent strict recognition of rights either: *http://www.humanrights.coe.int/minorities/index.htm*. We already know the current patronizing approach from the European Commission: *http://europa.eu.int/comm/external-relations/human-rights/rm/index.htm*. As regards the political European Convention for the proposal of the badly needed renewal of Union structures (web site: *http://european-convention.eu.int*), working since early 2002, is composed by States and Union's representatives accountable not before constituencies or citizenships, but Member States and European institutions themselves. Such was also the case of the previous Convention that produced the Charter of Fundamental Rights, presently located in a normative limbo. No wonder that information and public debate are scant and poor.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Both the 2001 Peruvian general elections and Europe's specific electoral observation were normal events, although their implications were extraordinary. Therefore, Peru has gained explicit and hopefully long-lasting re-incorporation into the States' co-operative community under principles of human rights and democracy. In this kind of universal judgment and acquittal of Peru as a State, the Organisation of American States was counsel for the defence and the European Union *amicus curiae* on behalf of Peru as well. Neither Euro-America nor Europe perform their duties aware of or with the slightest suspicion of the fact that they might not be the bar and the bench, but the defendant, because of colonialism and its aftermath. Pending constituencies, such as the Quechua or others of the indigenous sort, may not be such an alien affair to Europe's own challenging constituencies, also and always in the plural. As psychoanalysts and sometimes anthropologists do, before daring to analyse others, self-analysis is advisable and might be mandatory, if only because the pursuit of knowledge about others comes through the awareness of ignorance about oneself. This could facilitate the communication needed for trustworthy and rewarding co-operation (166).

The exchange of mutual analysis between evenly matched subjects of constituency, not unilateral knowledge, bears its fruits. For every side, American or European, state or stateless, observation experiences may offer a test of human rights and measure of democracy. The resultant gallery of mirrors provides a contrast to

(166) The future is always open. History goes on for Peru, European Union, Quechua people, Sweden, Saami people, and every body state or stateless. As I have pointed out, in providing information concerning the electoral observation which has given us the study case, I closed the documentation (but not the bibliography) in the European summer (and Peruvian winter) of 2001, from July to August, or really October for an annual report, the aforementioned one on human rights, which offers conclusions on electoral operations, including the Peruvian one: *http://europa.eu.int/comm/external-relations/human-rights/d*oc/report-01-en.pdf, pp. 77-78 and appendix 12. There have been novelties, presaging constitutional renewal, for both Peru and Europe face constituency challenges in 2002. Regarding constituent reform, as I mentioned, web pages have been launched by both the Peruvian Congress (*http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate-constitucional/index.htm*) and the European Commission (*http://european-convention.eu.int*). As for self-analysis with post-colonial purposes, I may refer to my *Genocidio y Justicia*, already cited.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

respective self-portraits, including the constitutional variety, fake or frank images to a greater or lesser degree, but showing reality and maintaining virtuality in any case. Thanks to present virtual rather than actual human rights, the future may look towards less misleading and more promising horizons both for Europe and for America, for Sweden and for Peru, for Saami and for Quechua peoples. These last virtual constituencies stretch out, as we know so far, the former across the Nordic frontiers from Norway to Russia, the latter along the Andean highlands, slopes and valleys together with other indigenous and non-indigenous peoples from Colombia to Argentina through Ecuador, Peru, Bolivia and Chile, so to speak from the vicious standpoint of the established geography.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GAETANO RAMETTA

TRA AMERICA E ORIENTE: HEGEL E L'EUROPA

Nelle lezioni di filosofia della storia del 1822/23 (1), Napoleone viene menzionato due volte. La prima, a proposito del rapporto tra Vecchio e Nuovo Mondo; la seconda, a proposito del rapporto tra politica e destino in età moderna. La prima volta, Hegel riporta la notizia secondo cui "Napoleone avrebbe detto che il Vecchio Mondo lo annoiava" (88); la seconda volta, egli riprende un passo dai *Tagebücher* di Goethe, secondo cui Napoleone avrebbe detto al poeta "che l'interesse della tragedia consiste nel destino e che da noi, scomparso il fato degli antichi, al posto del medesimo può subentrare la politica" (414).

In queste due citazioni, il nome di Europa non compare. Eppure, esse risultano altamente significative proprio in rapporto al nostro tema. La prima, abbiamo detto, compare all'interno del celebre confronto tra Vecchio e Nuovo Mondo. Il confronto sembra, a prima vista, tutto sbilanciato a favore del primo. Il Nuovo Mondo è infatti contrassegnato da una strutturale debolezza, che è il risvolto del suo carattere di "novità", e che si estende dagli animali agli uomini. Le conquiste coloniali operate dagli europei, che sfrut-

(1) Citeremo dall'edizione italiana G.W.F. HEGEL, *Filosofia della storia universale. Secondo il corso tenuto nel semestre invernale 1822-23*, a cura di S. Dellavalle, Torino 2001. Alla *Introduzione* del curatore si rimanda per le questioni relative alla pubblicazione dei manoscritti delle lezioni hegeliane, e per le principali indicazioni bibliografiche. Per un ulteriore approfondimento in rapporto alla hegeliana filosofia della storia, da cfr. il volume di M. MONALDI, *Hegel e la storia. Nuove prospettive e vecchie questioni*, Napoli 2000. Per l'orizzonte della questione nel suo complesso, resta imprescindibile il libro di R. BODEI, *Sistema ed epoca in Hegel*, Bologna 1975. È superfluo ricordare che il nostro intento, qui, non è di fornire un'interpretazione della filosofia della storia di Hegel, quanto piuttosto di articolare, a partire da essa, un'interrogazione e una ricerca sull'idea di Europa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tarono il vantaggio loro offerto dal possesso del ferro e del cavallo, testimoniano di una superiorità che non è soltanto quella accidentale legata a un predominio della forza, bensì, attraverso quest'ultima, si afferma come differenza qualitativa di spessore spirituale e di vocazione storico-universale (2). La stessa costituzione politica degli Stati Uniti, che viene spesso citata ad esempio della possibilità di un governo repubblicano anche per Stati di ampie dimensioni, non deve trarre in inganno: l'assetto federale risulta infatti il peggiore di tutti per salvaguardare l'unità dello Stato, e solo la collocazione geografica particolarmente fortunata degli Stati Uniti ha consentito loro di sopravvivere ai conflitti intestini ed alle guerre con l'esterno (3). D'altra parte, anche da questo punto di vista, Hegel ritiene di trovarsi di fronte a un organismo in via di formazione: quando la conquista dei territori sarà completata, diventerà necessario, anche per gli Stati Uniti, adeguare il proprio assetto costituzionale alle esigenze di una società matura, soddisfacendo il bisogno di una guida più salda (4).

In questo contesto, la citazione del detto napoleonico sembra turbare la linearità della posizione hegeliana. La "noia" provata dal vecchio imperatore per il Vecchio Mondo, infatti, impedisce di acquietarsi soddisfatti nella contemplazione di quest'ultimo. O forse, meglio, sembra sottolineare come, in rapporto ad esso, altro

(2) "Il Nuovo Mondo si è mostrato assai più debole del Vecchio; due risorse gli mancavano: il ferro e il cavallo. L'America è un mondo nuovo, debole e impotente. I leoni, le tigri, i coccodrilli sono più deboli che in Africa, e lo stesso vale anche per quanto riguarda gli uomini" (1822/23, 87). Sempre suggestive, al riguardo, le pagine di ORTEGA Y GASSET, *Hegel e l'America*, ne *Lo Spettatore*, trad. it. di Carlo Bo, vol. II, Milano 1949, pp. 207-217.

(3) Gli Stati federali "sono i peggiori Stati in relazione al loro rapporto verso l'esterno. Soltanto la sua particolare collocazione ha impedito che tale circostanza bastasse alla sua totale rovina. Se grandi Stati le fossero più vicini, tale svantaggio emergerebbe nel suo carattere essenziale" (1822/23, 89). Riferendosi al recente conflitto con l'Inghilterra, Hegel prosegue evidenziando la disunione dell'esercito, assieme alla sussistenza di una "tale tensione tra il Sud e il Nord degli Stati che, se la guerra fosse durata più a lungo, si sarebbe arrivati a una completa divisione dello Stato" (*ibid.*).

(4) "L'America del Nord è per ora uno Stato che si sta in sé formando, uno Stato *in fieri*, che non ha ancora il bisogno della monarchia, perché il suo sviluppo non è ancora giunto a tal punto… Ma quando tutte le terre sono occupate, così che la pressione della società si ritorce su se stessa, e sorge il bisogno dell'attività industriale e commerciale, allora lo Stato deve necessariamente essere sviluppato al punto di ottenere una nuova costituzione" (*ibid.*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non resti che contemplarlo: lo sguardo dell'uomo d'azione non sembra più scorgere, all'interno del vecchio orizzonte, nessuna ulteriore possibilità per soddisfare le proprie istanze di nuova creazione. Lo spirito si volge così alla ricerca di nuovi spazi, di nuovi mondi. Ma proprio tale ricerca, notoriamente, è quanto il pensatore si preclude, almeno in Hegel. Nel filosofo, infatti, lo spirito deve trattenere l'impulso a volgersi verso l'ignoto, verso ciò che ancora non esiste e perciò non può neppure essere conosciuto. Nella comprensione di ciò che è storicamente divenuto, il pensatore cerca di ricostruire il filo di una razionalità che non è sempre agevole riconoscere, e che diventa tanto più difficile identificare, proprio laddove lo spirito "è tramontato in sé", cioè nell'Europa propriamente detta (5). Poiché è in quest'ultima che lo spirito si è affermato come principio organizzatore della realtà; poiché d'altra parte, nel pensiero della "scienza", lo spirito comprende sé come spirito mediante lo spirito, ecco che il significato dell'Europa andrà interrogato all'altezza del circolo tra filosofia e storia, pensiero speculativo e dispiegamento effettuale dello spirito in età moderna. (6) A partire da tale circolo, dall'effettualità del proprio esser-divenuto in quanto essersi-prodotto, Hegel può diagnosticare nell'America il paese del futuro, e in pari tempo, con gesto sovranamente contraddittorio rispetto alla propensione, così forte nella modernità, a sporgersi verso il futuro e tutto ciò che è "nuovo", prendere commiato da essa (7). Tra la noia provata dall'ultima individualità di portata storico-universale che Hegel ebbe di fronte, e il rivolgimento

(5) "La storia universale è sorta a sud-est e a nord-ovest è tramontata in sé. Lo spirito è questo creare sé, in quanto mondo suo proprio, da se stesso" (1822/23, 99). Sulla vocazione al tramonto come struttura portante dell'Europa, si è soffermato M. CACCIARI nei due volumi *Geo-filosofia dell'Europa*, Milano 1994², e *L'arcipelago*, Milano 1997².

(6) Su questo aspetto, cfr. F. HESPE, *Geist und Geschichte. Zur Entwicklung zweier Begriffe in Hegels Vorlesungen*, in E. WEISSER-LOHMANN-D. KÖHLER (a cura di), *Hegels Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, "Hegel-Studien", Beiheft 38, Bonn 1998, pp. 71-93.

(7) "L'America nella sua qualità di terra nuova potrebbe apparire come un paese del futuro. Si dice che Napoleone abbia detto che il Vecchio Mondo lo annoiava" (1822/23, 88); ancora: "Gli inizi, che si stanno verificando in America, sono di natura europea. Così, questo paese è oggi un paese del divenire, del futuro, che pertanto ancora non ci riguarda" (ivi, 89).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in senso retrospettivo della "nottola di Minerva", si dipana lo svolgersi della hegeliana filosofia della storia e, al suo interno, vengono a collocarsi posizione e significato peculiari dell'Europa.

L'Europa non costituisce, per Hegel, la totalità del Vecchio Mondo. Di quest'ultimo, infatti, fanno parte anche l'Africa e l'Asia. La prima, tuttavia, nella storia universale svolge una funzione solo per la sua propaggine egiziana. L'Egitto raccoglie l'eredità di tre momenti: il primo è costituito dall'innalzamento dell'uomo a dominatore della natura e del suo elemento più selvaggio, attraverso i Fenici (8); il secondo, dall'approfondimento e dalla manifestazione del proprio dolore, come espressione incipiente del sentimento di sé, attraverso la diffusione del culto di Adone sulle coste orientali del Mediterraneo (9); il terzo, infine, è rappresentato dalla comparsa della religione ebraica, in cui Dio viene inteso come l'Uno assolutamente irrappresentabile (10). In Egitto, questi tre momenti si raccolgono nell'enunciazione di un nuovo compito, nell'idea di una nuova coscienza: ma in esso, il compito di dare compiutezza a tale rinnovata autocoscienza esaurisce la sua realizzazione nel riproporsi come tale: l'interrogazione resta aperta e si riproduce come enigma, in cui la soluzione consiste nella riproposizione di sé come domanda. L'Egitto appare così come l'ostensione di una contraddizione irrisolta, di una soluzione che non risolve. Di qui la necessità con cui lo "storico pensante", per usare un'espressione del giovane Hegel, ricostruisce la necessità di un passaggio ulteriore, in cui la connes-

(8) Con i Fenici, secondo Hegel, "vediamo un tratto che non era finora visibile in Asia: l'uomo che, facendo affidamento su se stesso contro la natura, ne diventa signore, signore della forza più selvaggia, del mare" (1822/23, 299).

(9) Nel "culto di Adone a Biblo", "le donne piangono la morte del loro signore, del loro Dio, e si abbandonano ai lamenti più smodati", mentre "in India gli indù si tormentano senza lamentarsi" (1822/23, 299 s.). Ciò è importante non soltanto perché "nel dolore l'uomo ha la sensazione di se stesso… la sua particolarità, il suo esser-questo", ma anche perché "il lamento contiene il significato che il negativo non deve essere" (ivi, 300). Come si vede, già qui abbiamo la prefigurazione di un movimento che giungerà ad attuarsi compiutamente nel cristianesimo.

(10) Nella religione ebraica, Dio "è soltanto per il pensiero" (1822/23, 301): diversamente che negli *Scritti giovanili*, dunque, ora Hegel ritiene che qui l'uomo abbia con Dio "un rapporto positivo", in cui "conserva se stesso" (*ibid.*). Nella religione ebraica "comincia pertanto il rovesciamento del principio orientale, il rovesciamento dalla natura allo spirito" (*ibid.*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione tra l'Africa e l'Oriente, che in Egitto si annoda in groviglio irrisolto, si riproponga e rilanci in termini nuovi; in cui l'enigma possa risolversi, e lo spirito, in Egitto ancora irretito in incerto connubio con l'animale (11), pervenga infine ad affermazione in indipendente coscienza di sé.

Il mondo greco scioglie ed al tempo stesso riannoda in termini nuovi i legami con l'Oriente, in quanto la "soluzione" dell'enigma lasciato in eredità dagli Egizi non comporta l'espulsione del principio estraneo nell'appiattimento di una pura e semplice identità con sé. Al contrario, ai Greci riesce ciò che non era riuscito all'Oriente, ovvero l'assunzione dell'eterogeneo in quanto eterogeneo. Né l'Uno dell'Oriente, né la contraddizione assunta come principio dagli Egizi hanno potuto emanciparsi dall'oscillazione che rimandava incessantemente dallo spirito alla natura, dall'Uno ai molti, dall'infinito al finito, e viceversa. Con i Greci, l'eterogeneo fa il proprio ingresso nella storia universale, e solo per questo la grecità costituisce lo sfondo a partire da cui si sviluppa qualcosa come l'Europa. Semmai, il limite costituivo del mondo greco è proprio quello di non avere approfondito l'eterogeneo sino alla scissione e alla lacerazione più profonde, sino a ciò che nel cristianesimo sarà la "morte di Dio". E tuttavia, l'eterogeneo che emerge nei Greci come "principio necessario" è sufficiente a staccare un nuovo universo spirituale dallo sfondo dell'Oriente. Da un lato, dunque, abbiamo l'inizio di una possibilità, che nell'ulteriore corso della storia universale si svilupperà come Europa; dall'altro, tuttavia, il carattere "superficiale" dell'eterogeneo proietta ancora sulla grecità la luminosità solare dell'Oriente, fa sì cioè *che il mondo greco non sia ancora, per Hegel, propriamente Europa* (12).

---

(11) In Egitto, "la soluzione del compito sembra piuttosto consistere nella circostanza che nell'individualità di questo popolo l'enigma appare come posto e non risolto" (1822/23, 302); abbiamo "una contemplazione legata alla natura, alla intuizione della natura, e, al contempo, anche rottura di questo legame, passaggio alla contraddizione, rovesciamento dello spirituale nell'animalesco e, viceversa, il compito dello spirito di diventare consapevole di sé" (ivi, 326).

(12) "L'eterogeneità al suo proprio interno è la prima cosa che incontriamo" nel popolo ellenico (1822/23, 348). Tuttavia, benché "l'eterogeneità rappresenti un principio necessario", nei Greci quest'ultima non assume "carattere fondamentale, profondo, giacché altrimenti lo spirito greco sarebbe pervenuto a un livello superiore rispetto a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È forse per questo che il destino della Grecia si compie con l'impresa di Alessandro, che cerca per la prima volta d'invertire il corso della storia "da sud-est a nord-ovest", tentando di riversare le acquisizioni del mondo greco da Occidente di nuovo verso Oriente. Se il mondo greco rappresenta l'età giovanile dello spirito, è del tutto conseguente che lo spirito greco raggiunga la sua massima realizzazione, la sua più alta concentrazione simbolica, nella figura di due giovani, l'uno creato dalla fantasia creatrice del poeta, l'altro esistente nella realtà effettuale della storia. Il primo è Achille, in cui i Greci rappresentarono plasticamente il loro ideale di eroe guerriero, in cui però Hegel sembra sottolineare più l'aspetto della giovinezza come effimera fioritura, ancora immatura per la guida politica, che non quello delle virtù militari del coraggio e dell'abilità guerriera. Hölderlin avrebbe forse aggiunto che la guerra, nella misura in cui espone l'eroe alla possibilità della morte precoce, trasforma per lui nella più dura delle necessità questa morte stessa, cosicché il coraggio altro non è che il risvolto della giovinezza, in quanto tale che essa deve finire precocemente, perché solo così può custodirsi come tale, inalterata, nel ricordo e nel canto. Ad ogni modo, anche per Hegel Achille è l'*alfa*, l'inizio e il principio del mondo greco. Alessandro, invece, ne è l'*omega*, il vertice e il compimento. Ambedue si volgono verso Oriente, il primo nella sfera della rappresentazione, il secondo nella realtà. Il conflitto ricorrente della Grecia con l'Oriente testimonia così di un legame inscindibile, destinato a presentarsi all'inizio, al centro e alla fine della storia greca.

All'inizio, si tratta di riprendere il filo della storia del mondo, a partire dalle più antiche e più sviluppate civiltà dell'Oriente (13). Le

---

quello che ebbe" (*ibid.*). Nonostante ciò, l'avere assunto l'eterogeneo a suo proprio principio fa del mondo greco l'antesignano dell'Europa: "In Europa tutte le nazioni sono sorte da un processo di fusione. L'elemento dell'eterogeneità è quindi proprio dell'essenza di un popolo storico-universale" (ivi, 349): sospendiamo temporaneamente la citazione, per segnalare che qui si trova uno degli elementi di maggiore contatto tra la posizione filosofico-storica di Hegel e quella di Fichte. Ma riprendiamo la lettura: "I Greci, i Romani, i Germani formarono un'unità soltanto a partire dalla molteplicità dell'origine. È questa la condizione necessaria per un popolo che voglia avanzare la pretesa di avere un significato storico-universale" (*ibid.*).

(13) Sull'interpretazione hegeliana dell'Oriente, cfr. il classico M. HULIN, *Hegel et l'Orient*, Paris 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civiltà dell'Asia, non avendo nessuna cultura dietro di sé, avevano come loro sfondo la semplice natura. Nella differenziazione da questa, esse erano perciò sempre condannate a riprodurre al loro interno un'immediatezza non risolta. Sotto il profilo dei rapporti politici, Hegel non si limita a ripetere il *topos* del dispotismo orientale a fronte della libertà dell'Occidente, bensì articola in sequenza i tre "mondi" della Cina, dell'India e della Persia, riconducendo il primo a una forma d'impero patriarcale, il terzo a una forma d'impero che raccoglie al suo interno una molteplicità di popoli lasciati nella loro irrelata eterogeneità, e riservando soltanto all'India il regime propriamente "dispotico". Ma tra Cina ed India, tra l'unità propriamente patriarcale della prima e la differenza per sé irrigidita in caste della seconda, non vi è alcun progresso "reale" sul piano della storia universale: il progresso avviene solamente "in sé", per lo spirito riflettente. È soltanto con la Persia che la storia presenta un progresso "per sé", che lo spirito si risveglia a una dimensione nuova nel triplice senso che abbiamo sopra rapidamente determinato, e che per Hegel conduce al compito che gli Egizi lasciarono da risolvere ai Greci. Questi ultimi non partirono, quindi, dall'immediatezza della natura, ma dovettero confrontarsi con un'immediatezza di matrice già storica e spirituale. Di qui la strutturale eterogeneità dei Greci fin dalla loro origine: anzi, di qui il carattere strutturalmente plurale dell'origine stessa (14). Questo momento iniziale di confronto, nel senso della coappartenenza e del conflitto, del riconoscimento di un'eredità e, proprio per ciò, della necessità di un distacco, è quanto costituisce il nocciolo storico-universale della poesia omerica, ed è simbolicamente rappresentato dal giovane figlio della rappresentazione, che è Achille.

Poiché l'eterogeneo è il principio necessario del mondo greco, inevitabile è che esso si volga verso e contro l'altro. Ma questo altro, per il greco, non può essere che il persiano, poiché solo nel persiano

(14) "Presso gli Asiatici, questo sviluppo spirituale è potuto cominciare soltanto con la natura, con l'immediato. In un popolo con un antecedente che esso presuppone penetra invece, nella fase dei suoi primordi, una cultura straniera. Fin dal principio esso ha in sé una duplice essenza": per lui, si tratta dunque di "assimilare l'elemento straniero ed espellere da sé quanto è destinato a restare estraneo", di raggiungere la propria "reale vigoria interna… la quale si rivolge poi proprio contro il proprio presupposto" (1822/23, 346).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'eterogeneo emerge all'interno dell'Oriente (15): lo scontro tra la Grecia e la Persia è dunque scontro tra eterogenei, ciascuno dei quali si volge contro l'altro al di fuori di sé, perché innanzitutto reca l'altro in sé. Nell'eterogeneo, dunque, Grecia e Persia riconoscono ciò che le unisce: l'Occidente è ancora un unico e medesimo con l'Oriente, da cui per affermarsi come eterogeneo deve ancora propriamente distaccarsi. A ciò concorrono le guerre persiane, l'affermarsi della democrazia come costituzione peculiare delle *poleis* greche, la sconfitta del dispotismo come regime di riduzione forzosa, perché astratta, dell'eterogeneo a "sintesi" basata sul dominio di un "uno" sui molti. Ma d'altra parte, proprio per la vittoria sui Persiani il mondo greco si ripiega in sé, volge contro di sé l'eterogeneo che aveva prima intravisto come minaccia, vittoriosamente affrontata, al di fuori di sé. È l'epoca del tramonto, del supremo compimento; è l'età dominata dal "secondo" giovane, Alessandro (16).

Con lui, la grecità si volge nuovamente verso Oriente, verso la madrepatria da cui si è distaccata, e verso la quale intende ora riversare i tesori che si è conquistata procedendo autonomamente sul suo proprio terreno, a partire tuttavia dallo sfondo e dal distacco nei confronti del principio aurorale, solare e soltanto ancora "naturalmente" spirituale dell'Oriente (17). Ma proprio in questa oscillazione, in questo moto di distacco e di richiamo, di separazione e riunificazione, *la Grecia mostra di non essersi ancora davvero staccata dall'Asia, di non essere ancora, in tutto e per tutto, Occidente*, e dunque di non costituire ancora il "cuore" dell'Europa.

Così come l'Asia, infatti, non va intesa come un "oriente" relativo a qualcos'altro, bensì, in quanto inizio vero e proprio della

(15) "Anche la Persia, l'impero asiatico per eccellenza, è una sintesi di popolazioni eterogenee, di diversa origine" (1822/23, 348).

(16) Alessandro, ovvero "il giovane reale, all'apice di un'età giovanile divenuta compiutamente matura e investita del supremo potere decisionale, rappresenta il vertice della grecità nella sua autenticità" (1822/23, 345).

(17) "Egli ha vincolato… il moto interiore dell'animo della vita greca, e l'ha così rovesciata contro la madrepatria della Grecia, contro l'Est, l'Oriente, mettendo per il momento fine alla vecchia lotta tra Oriente e Occidente… In un sol colpo Alessandro, per un verso, ha vendicato la Grecia per il male ricevuto dall'Oriente, dal Levante [riferimento ai tentativi di conquista da parte della Persia, *n.d.A.*], per l'altro ha però anche restituito, moltiplicato per mille, tutto il bene che la Grecia aveva ricevuto dall'Oriente con i primordi della cultura" (1822/23, 408).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia, "costituisce l'Oriente per sé" (18), allo stesso modo l'Europa può essere considerata in modo duplice: da una parte, in quanto essa è proiettata verso l'esterno, ovvero adagiata sulle coste del Mediterraneo, come nel caso dell'Italia e della Grecia; dall'altro, in quanto essa è "l'Europa per sé": in tale seconda, e unicamente propria accezione, essa si disloca al di là delle Alpi e delle catene montuose balcanico-danubiane, "a Settentrione di queste catene montuose, verso l'Europa vera e propria" (19). Vediamo ancora una volta all'opera il principio dell'eterogeneo come struttura portante dell'Europa, e ancora una volta vediamo intervenire un'individualità di significato storico-universale come protagonista della scoperta di un "nuovo" orizzonte per l'espansione dello spirito. Ma nel caso di quest'ultima, si tratta di un'azione storica dalla portata ben più profonda di quella tentata da Alessandro: l'ideale di unificazione tra la Grecia e l'Oriente, infatti, non rappresentava nulla più che un "sogno", e perciò dovette rimanere privo di effettualità (20). Impossibile era invertire il corso della storia universale, perché troppo diverso era il nuovo principio dell'autonomia e della libertà dello spirito, sviluppato dalla civiltà greca, rispetto al "dispotismo" e all'Uno indifferenziato dell'Oriente. Perciò, se confrontate con l'azione di Alessandro, "che aprì la strada verso Oriente", le imprese attraverso cui Giulio Cesare aprì alle legioni di Roma la via del Settentrione, spingendo il dominio romano verso nord, ebbero una portata incalcolabile dal punto di vista della filosofia della storia: solo così, infatti, fu aperta la via al "cuore dell'Europa", che "è l'Occidente", e più precisamente l'Occidente nella sua declinazione settentrionale (21).

Abbiamo già visto che Hegel parla, a questo proposito, del fatto che la storia, sorta a sud-est, "a nord-ovest è tramontata in sé" (22). Ora, se messo in rapporto alla suddivisione dell'Europa in un "cuore", costituito dall'Occidente settentrionale, e in una proiezione

(18) "L'Asia dà inizio alla storia. Ogni paese rappresenta l'Oriente per un altro, ma l'Asia è la parte del globo terrestre che costituisce l'Oriente per sé, mentre l'Europa in parte è il centro, in parte è il punto finale della storia universale" (1822/23, 94).

(19) Ivi, 98-99.

(20) *Ibid.*

(21) *Ibid.*

(22) *Loc. cit. supra*, n. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mediterranea "verso l'esterno", rappresentata dalle penisole dell'Italia e della Grecia, quell'"andare in sé" comporta una definitiva dislocazione e perdita di centralità di ciò che secondo Hegel aveva costituito, se non il "cuore", comunque il "centro" del mondo antico, ovvero appunto il Mediterraneo (23).

D'altra parte, il carattere intimamente eterogeneo dell'Europa implica non soltanto la presenza di una opposizione, che Hegel definisce "essenziale", tra regioni dell'interno e regioni costiere; ben di più, dal momento in cui il bacino mediterraneo ha lasciato il posto alle regioni settentrionali dell'Occidente come "teatro" principale della storia del mondo, esso sembra implicare, ancora più radicalmente, il venir meno di quella prima opposizione, e l'emergere di un'opposizione ancora più profonda: quella che potremmo definire, in termini schmittiani, come opposizione tra "terra" e "mare". È vero che l'assunzione dell'opposizione in questi termini avrebbe comportato la necessità di proiettare sugli oceani quella stessa definizione che Hegel riserva al Mediterraneo, proprio per distinguerlo da questi ultimi. (24) Ma tale ampliamento non è affatto incompatibile con la filosofia della storia hegeliana, anzi in un certo senso è addirittura richiesto dalle sue implicazioni ultime, ed espressamente attuato da Hegel. Nel celebre passo in cui troviamo detto che "il mondo è per gli europei qualcosa di rotondo" (25), non soltanto sembra inevitabile estendere agli oceani l'affermazione hegeliana secondo cui "il mare scinde le terre, ma unisce gli uomini" (26), ma Hegel non sembra neppure tanto lontano dal trarre la conseguenza che la storia universale si stesse avviando ad una progressiva de-localizzazione dei conflitti politici e delle contese

(23) Sull'importanza delle determinazioni geografiche nell'interpretazione hegeliana della storia universale, cfr. P. Rossi, *La storia universale e il suo quadro geografico*, in *Hegel. Guida storica e critica*, a cura di P. Rossi, Roma-Bari 1992, pp. 169-206.

(24) Il Mediterraneo, riportano gli uditori di Hegel, "non è un oceano, il quale si presenta innanzitutto come un'uscita, vuota e infinita, verso l'ignoto, nei cui confronti gli uomini hanno pertanto un rapporto meramente negativo" (1822/23, 90). Qui bisogna sottolineare, in particolare, l'avverbio "anzitutto". Quanto all'"uscire da sé", esso è ciò che contraddistingue, in Hegel, lo spirito europeo dallo spirito asiatico: tanto più necessariamente, dunque, l'Europa doveva proiettarsi alla conquista degli oceani e delle terre oltremare.

(25) Ivi, 460.

(26) Ivi, 103.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interstatali: non nel senso della perdita d'importanza della dimensione spaziale, bensì al contrario nel senso che, per la prima volta, l'età moderna affacciava il problema di un controllo e di una contesa estesi allo spazio nella sua globalità (27).

D'altra parte, proprio la perdita di rilevanza dell'opposizione interno/esterno, se proiettata su scala temporale, rende quanto mai problematica l'esclusione dell'America dalla filosofia della storia, nella misura in cui quest'ultima venga assunta nell'accezione e nella portata che ad essa attribuisce Hegel. Posto che in Europa lo spirito sia "tramontato in sé", posto che il cuore dell'Europa sia costituto, proprio perciò, dall'Occidente e non viceversa, sembra paradossale sostenere che l'America appartiene al "futuro", ed escluderla quindi dalla filosofia della storia. Se il "futuro" dell'Occidente è ancora l'Occidente, ciò significa che l'America era già ben inclusa nell'orizzonte storico del presente ai tempi di Hegel: a meno di non ritornare ad una lettura che subordini la nozione di Occidente a quella di Europa, col risultato però di entrare in contraddizione con l'asse portante dell'intera filosofia della storia, costruita sull'opposizione e sulla progressiva integrazione di Oriente e di Occidente (28). In estrema sintesi: o la designazione dell'America come "paese del futuro" non poteva comunque legittimare l'esclusione del continente americano dalla considerazione della filosofia della storia, pena l'inversione nella determinazione dei rapporti tra Europa e Occidente; oppure, il "futuro" che annunciava l'America doveva considerarsi già ampiamente incluso nella storia dell'Occidente, doveva già appartenere strutturalmente alla definizione dell'Europa nel suo passato e nel suo presente, e dunque l'America, in quanto "futuro passato" dell'Europa, in quanto Occidente dell'Occidente, non era più soltanto "paese del futuro", bensì altrettanto e più

(27) In questo senso, ci sembra, sono da leggere asserzioni come le seguenti: "La relazione verso l'esterno non contraddistingue più le epoche, non è più l'elemento determinante, e le rivoluzioni fondamentali avvengono all'interno" (1822/23, 460).

(28) Ancora una volta cruciale, a questo riguardo, il ruolo di Roma: "L'unificazione dell'Oriente e dell'Occidente e l'elaborazione dei due principi sono avvenute nel mondo romano" (1822/23, 445).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

radicalmente ancora paese di un presente storicamente effettuale, benché non più compreso entro i confini dell'Europa (29).

Ad ogni modo, anche l'America come "paese del futuro" trova la possibilità di entrare nel corso della storia universale solo a partire dall'Europa: infatti è solo a partire da Roma, e più precisamente da Giulio Cesare, che l'Europa si apre la via verso se stessa, che l'Occidente è dischiuso all'Europa e rivelato a quest'ultima come il suo nocciolo ancora chiuso, che spetterà ai popoli germanici condurre a compiuto sviluppo. Viceversa, se Cesare porta all'apertura di un nuovo spazio, alla scoperta di un nuovo orizzonte, la sua funzione storico-universale non consiste soltanto in una rivoluzione dello spazio, nell'apertura di una nuova direttrice allo sviluppo dello spirito (30). Con Cesare, compare sulla scena del mondo un individuo che finalizza tutta la sua esistenza ad un unico scopo, lo scopo del dominio (31). In lui compare dunque un nuovo tipo di soggettività, la cui possibilità era stata peraltro aperta solo da Alessandro. È con Alessandro, più ancora che con Pericle, che l'individualità diventa chiave di volta di un intero assetto storico-universale; è con Alessandro che l'asse della storia universale non ruota più semplicemente attorno all'interesse dello Stato, bensì all'inverso l'interesse dello Stato viene a dipendere dall'interesse, dall'azione e dal contrasto tra singole individualità di spicco (32). Hegel parla in proposito di una "galleria di colossi", di un'epoca ricca di "straordinarie

(29) Ricordiamo che la cosiddetta "dottrina Monroe" viene formulata nello stesso anno (1823) della *Vorlesung* hegeliana che stiamo commentando.

(30) "Verso l'esterno, al di là delle Alpi", Cesare "aveva dischiuso la Gallia e la Germania, era penetrato nel mondo del nord, scoprendo così un nuovo mondo e aprendo la via verso di esso" (1822/23, 436).

(31) "In conclusione fa finalmente la sua comparsa Cesare, la perfetta immagine della conformità allo scopo propria dei Romani, un uomo ingenuo e semplice, che non vuole altro che essere il dominatore e non trova impedimento in nessuna limitatezza né in alcuna passione" (1822/23, 435).

(32) "Se confrontiamo la condizione precedente di questi Stati con quella più tarda, l'individualità di Alessandro costituisce il momento che sta al centro. L'aspetto più interessante della storia era prima rappresentato dagli Stati greci e gli individui si distinguevano solo nella misura in cui lavoravano per lo Stato… Dopo Alessandro, invece, non sono più i destini degli Stati a rappresentare l'interesse essenziale, bensì è l'interesse degli individui" ciò da cui ora "dipendono questi destini" (1822/23, 410).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individualità" (33). Tra di queste, Cesare è quella che finalizza la direzione verso lo scopo tipica del carattere romano alla conquista del dominio, e prelude così alla fondazione dell'impero e alla sequenza degli imperatori. Così, con la concentrazione di tutto il potere nelle mani di un singolo individuo, il cammino verso l'affermazione dell'individualità come principio storico universale, aperto da Alessandro, raggiunge il proprio culmine e si rovescia, come sempre in Hegel, nel suo opposto. Nell'impero, il "fato" che dominava sugli dei della Grecia fa il proprio ingresso nella storia del mondo (34): ma in quanto esso si riduce all'arbitrio e al capriccio di un singolo "questo", il fato stesso viene liquidato e rovesciato nel suo contrario. L'espressione della necessità viene a coincidere con la più assurda contingenza, e la tragedia, che nel fato trovava la suprema legge ordinatrice degli eventi, viene sostituita dall'incontrastato dominio della politica come mero esercizio della forza.

Ritroviamo così la seconda delle citazioni che abbiamo riferito all'inizio: l'ingresso nella storia della politica come destino del mondo, la liquidazione del fato degli antichi, la sua "luogotenenza" (vera e propria *Stellvertretung*) da parte della politica. Lo sviluppo incondizionato della particolarità si è concentrato nella figura dell'imperatore e si è rovesciato nel suo opposto, cioè nella dominazione di tutti i particolari a partire dall'arbitrio di un unico "questo". Ciò fa sì che Hegel possa identificare l'impero romano con una condizione di universale infelicità, e al tempo stesso possa determinare tale infelicità come necessaria (35). Se la politica subentra al fato e la dimensione dello Stato si contrappone come mera forza alla particolarità dei singoli individui senza potere, tuttavia, a partire da Alessandro e dalla sequenza dei "colossi" seguiti alla sua scomparsa nell'ellenismo e nella romanità, il principio dell'individualità intesa come singolo "questo" ha ormai fatto il suo ingresso sulla scena della

(33) Ivi, 435.

(34) "L'impresa dell'impero romano è questa, la forza come universalità meramente astratta, attraverso cui ha fatto il suo ingresso nel mondo il destino, l'universale astratto. Nell'impero romano la vita della particolarità è stata messa in catene" (1822/23, 414).

(35) Roma ha "spezzato il cuore del mondo", ma "solo da questo cuore infelice del mondo, da questa infelicità della naturalità dello spirito, poteva svilupparsi, emergere lo spirito libero" (1822/23, 415).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia universale. Quest'ultima non può dunque più prevedere soltanto un rapporto di sottomissione tra universale e particolare, tra potere irresistibile dello Stato e molteplicità irrelata di singole individualità dominate: tanto più che in tale dialettica, quell'universale altro non sarebbe che manifestazione illimitata della particolarità del "questo" di volta in volta al potere.

L'estraneazione che lo spirito raggiunge nell'impero è conseguenza dell'affermazione del *questo*, ed è perciò necessaria. D'altra parte, abbiamo già visto che la manifestazione più immediata del "questo" è rappresentata dal dolore e dalla sua espressione come lamento: un mondo come quello dell'impero romano non può dunque mancare del dolore, poiché in questo mondo tutto è ridotto al dominio del singolo "questo" dell'imperatore sugli altri "questi" senza potere. Tuttavia, poiché il lamento contraddice la *gravitas* costitutiva del "carattere" romano, il dolore a Roma può essere sperimentato solo nella sua oggettivazione, ovvero nella forma della *crudeltà* (36). Nella crudeltà, il romano si concede l'esperienza dell'individualità nella sua forma estrema, e al tempo stesso espelle tale esperienza al di fuori, proiettandola di fronte a sé come spettacolo. Ora, è qui che l'Occidente necessita di nuovo dell'integrazione da parte dell'Oriente: il dolore infinito del Sé, che a Roma si produce nella scissione tra imperatore e moltitudine dei "questi", dolore che a Roma, però, non riesce a darsi altra figura che quella della crudeltà, dello spettacolo e dei giochi gladiatori, può ritrovare espressione all'interno del Sé, recuperarsi per così dire nell'interiorità dell'autocoscienza, solo nella misura in cui quest'ultima si tolga dalla dimensione esclusiva dell'esteriorità e dell'oggettivazione, solo nella misura in cui, dunque, non sia solo il particolare a soffrire, ma nella sofferenza del particolare soffra, patisca e "muoia" il principio stesso del mondo, cioè l'Uno come espressione del divino.

Questo è l'apporto di Cristo e del cristianesimo, su cui evidentemente qui non è il caso di soffermarsi, se non per metterne in luce il valore posizionale per la definizione della nozione hegeliana di Europa e di Occidente. Con Cristo, il fato degli antichi viene liquidato una seconda volta, e perciò stesso in via definitiva. All'esperienza della particolarità esteriore, di cui l'elaborazione del

(36) Ivi, 426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto costituisce il mero effetto (37), il cristianesimo apporta l'esperienza di un dolore intimamente vissuto: ma cristianesimo e romanità non possono essere scissi, poiché entrambi sono le forme attraverso cui si consuma la liquidazione dell'esperienza storico-universale dell'antichità, basata sulla coappartenenza di storia, tragedia e destino. A questi principi del mondo antico, all'esperienza della "giovane" individualità del mondo greco, Roma e il cristianesimo sostituiscono l'una il dominio della politica e l'oggettivazione del "questo" a mera esteriorità, la correlazione prosaica di dominio e diritto; l'altro, la riconduzione a "questo", e perciò stesso a rappresentazione, di quell'Uno irrappresentabile che, nella religione ebraica, aveva costituito il culmine — hegelianamente inteso — dell'esperienza religiosa dell'Oriente. Innestata sulla nuova direttrice aperta da Cesare verso il "mondo del nord", ecco così dischiudersi ciò che per Hegel rappresenta l'Occidente in quanto "cuore" dell'Europa: la connessione tra politica, diritto e cristianesimo. Evidentemente, a partire da quest'ultimo si opererà una riqualificazione dei primi due, si attuerà una nuova declinazione nei rapporti tra gli individui (il "questo" come molteplicità di particolari) e lo Stato come principio di organizzazione universale. È questo, notoriamente, il principio del "mondo germanico", ovvero, come ormai sappiamo a sufficienza, dell'Europa propriamente intesa, dell'Europa in quanto si afferma nella modalità del "per sé" (38).

Giungiamo così a ciò che, del pensiero hegeliano, è massimamente noto: la sequenza dei quattro "mondi" o "regni" dello spirito universale; l'attribuzione a ciascuno di un determinato principio costituzionale; la connessione di quest'ultimo con la religione di volta in volta dominante. In realtà, nulla come questi schemi, per

(37) Ivi, 443. L'interpretazione del mondo romano è nel corso del 1822/23 molto più articolata di quanto lascerebbe prevedere la lettura dei *Lineamenti di filosofia del diritto*. In particolare, emerge con particolare nettezza come il diritto sia assolutamente insufficiente ad esprimere in tutta la sua ricchezza il significato di Roma per la storia universale. Ma sull'interpretazione hegeliana di Roma, cfr. G. BONACINA, *Hegel, il mondo romano e la storiografia*, Firenze 1991.

(38) "Il mondo europeo moderno, il principio germanico, presenta la costituzione monarchica, in cui i circoli particolari diventano liberi senza pericolo per il tutto, anzi dove è proprio l'attività della particolarità a produrre il tutto" (1822/23, 76).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto indubbiamente risalenti allo stesso Hegel (39), può contribuire meglio a non far comprendere il pensiero di Hegel nella sua mobilità, concretezza e articolazione. D'altra parte, è inutile negare che in essi, per quanto pallidamente, si riflette senz'altro il nocciolo del pensiero filosofico-storico di Hegel, e per quanto ci riguarda più da vicino, della sua interpretazione del nesso Europa/Occidente. Europa in senso proprio, ormai dovrebbe essere chiaro, è per Hegel soltanto il mondo moderno (40); ma proprio in quanto tale, quest'ultimo è un mondo che si proietta strutturalmente al di là sé, che reca il proprio futuro inscritto nel suo più recondito passato, nella sua "essenza" più profonda. Proprio perciò, proprio perché il futuro è già da sempre ciò che di anteriore vige al "cuore" dell'Europa, non è possibile per quest'ultima recidersi dal suo essersi-prodotta, dalle modalità del suo esser-divenuta. Così, nonostante tutti i distacchi e tutte le separazioni, l'Europa deve di necessità sempre di nuovo riscoprire, nel suo stesso interno, un proprio Oriente: da un lato, come ciò in rapporto a cui essa si è determinata e si determina di volta in volta; dall'altro, come ciò a partire da cui la vita dello spirito risorge dal tramonto in cui lo spirito medesimo declina ad Occidente.

Ma tale Oriente d'Europa sarà a sua volta, necessariamente, storicizzato e temporalmente determinato, a partire dal momento in cui viene in contatto con essa. Allora, come l'Oriente è per l'Europa l'alba che la precede, ma che in realtà essa reca strutturalmente in se stessa come principio e come inizio, da un lato del suo proprio essersi-prodotta, dall'altro del proprio costante "uscire da sé": così l'America, in quanto Occidente del suo Occidente, è il suo futuro più proprio in quanto è già presente in essa, in quanto ha già trovato, in essa, il suo passato. L'Oriente è il passato che trova nell'Europa il suo futuro, perché quest'ultima riproduce in sé il proprio passato come futuro *suo proprio*, come la possibilità, e in pari tempo la

(39) Cfr. *Lineamenti di filosofia del diritto*, §§ 352-358, e lo studio di G. BONACINA, *Storia universale e filosofia del diritto*, Milano 1989.

(40) Ma sulla mobilità presente nell'interpretazione hegeliana della modernità, cfr. K.R. MEIST, *Differenzen in Hegels Deutung der "Neuesten Zeit" innerhalb seiner Konzeption der Weltgeschichte*, in H.C. LUCAS-O. PÖGGELER (a cura di), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart - Bad Cannstatt 1986, pp. 465-501.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necessità, di rinascere sempre di nuovo, ponendo in questione di volta in volta se stessa nel suo proprio esser-divenuta. È insomma un passato destinato a comparire dinnanzi all'Europa come suo proprio "futuro". Di contro l'America, "paese del futuro", in realtà è un futuro che l'Europa reca già in sé come "passato", come esito di quella spinta a "uscire da sé" che dell'Europa costituisce, per Hegel, l'essenza più profonda, il suo intemporale "essere-stato" (41).

L'Europa si dispone come campo di questa tensione, come ciò che tiene nella differenza del rapporto Oriente e Occidente, l'America come Occidente dell'Occidente, e l'Asia in quanto Oriente non relativo, bensì "assoluto" o "per sé". In quanto matrice di questa messa in tensione, in quanto posizionamento e messa in forma di siffatta differenza, l'Europa conferma la "molteplicità dell'origine" che la costituisce fin dal suo inizio nella grecità, quando essa non era ancora propriamente Europa, quando però la sua possibilità si affacciava alla ribalta della storia come principio dell'eterogeneo, come accoglimento dell'altro in sé, e come generazione del proprio altro da sé. In questo senso, ciò verso cui l'Europa tramonta in quanto Occidente, verso cui è sempre in procinto di tramontare, è al tempo stesso il suo futuro e il suo passato, è l'Occidente del suo Occidente, ma è in pari tempo l'inizio, ciò da cui essa ha tratto la forza di distaccarsi: ovvero l'Oriente (42), il quale però, nel risultare dal movimento verso cui si proietta l'Europa, non potrà più essere declinato come un Oriente "in sé": anche l'Oriente, ormai, sarà sempre soltanto un Oriente per l'Europa, sarà per l'Europa il suo proprio Oriente, l'eterogeneo che essa reca in sé come il proprio "passato", ma declinato al futuro.

Ma se le cose stanno così, tale Oriente verso cui l'Europa è sempre in procinto di uscire da sé non potrà restare in Hegel senza nome: e il nome che esso ottiene, è quello stesso che viene agitato come fantasmatico spauracchio al giorno d'oggi, ovvero: Islam (43).

---

(41) Secondo la spiegazione di *Wesen* che troviamo all'inizio della *Logica dell'essenza.*

(42) "Per i Greci e i Romani è sorto il mattino di un mondo bello; così avviene anche per il mondo cristiano, il cui padre naturale è l'imbrunire, l'Occidente d'Europa… Ma il Levante, l'Oriente, è suo padre in senso superiore, è il suo padre spirituale… I Romani hanno ricevuto il cristianesimo dall'Oriente" (1822/23, 477).

(43) "È pertanto l'Islam che, nel suo splendore, nella sua libertà, nell'ampia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'Islam contrappone nuovamente il principio dell'Uno assoluto all'Assoluto dell'Occidente, che in Cristo si è fatto "questo" sensibilmente umano, presenza effettiva di una singolarità esistita in un determinato qui-e-ora. L'Occidente che vuole riappropriarsi del "questo" nella sua figura sensibile è di necessità votato allo scacco, il Santo Sepolcro si scopre come vuoto, ma intanto l'Occidente con le crociate si volge nuovamente a Oriente, ripristina l'oscillazione in senso inverso, mentre a sua volta l'Islam, nella sua irresistibile spinta espansiva, si era già precedentemente incuneato ad Occidente. Duplice movimento, duplice posizione, scontro e conflitto di eterogeneo a eterogeneo, in cui da una parte l'Europa separa da sé l'Islam come il *proprio* Oriente (44), e dall'altra introietta in sé quel "principio dell'eterno ringiovanimento" (476), che dell'Islam costituisce la caratteristica essenziale: ringiovanimento senza di cui l'Europa non sarebbe mai più potuta "uscire da sé", né avrebbe mai più potuto disporre di un nuovo "cuore" e di un nuovo "Occidente" (45).

Ma è evidente, allora, che l'asserzione hegeliana sopra citata, secondo cui ormai "la relazione verso l'esterno non contraddistingue più le epoche, e le rivoluzioni fondamentali avvengono all'interno" (460), qui dev'essere assunta in tutta la pregnanza della sua letteralità: l'interno non sarà più, cioè, semplicemente lo spazio di un mondo che l'Europa ha unificato, di una terra che per essa è ormai divenuta pienamente "rotonda". L'interno andrà inteso come l'interno dello spirito, come la piena affermazione, sul piano dell'effettualità, dello "spirito dell'epoca moderna" (513), che trova la propria espressione nei principi della fede, della partecipazione e della libertà con cui la Riforma di Lutero condusse a compimento il cristianesimo.

Così la storia si avvicina, per Hegel, al suo proprio presente, interpretato come la combinatoria risultante dall'intreccio tra il

---

distensione dei suoi orizzonti e nella sua limpida chiarezza, si contrappone all'approfondimento del mondo cristiano nel particolarismo" (1822/23, 475).

(44) "Al cospetto del Santo Sepolcro, l'Oriente si è allontanato dall'Occidente" (1822/23, 507).

(45) Cfr. il breve ma significativo cenno alla nascita della cultura cavalleresca in Spagna dal contatto tra Arabi e cristiani, e all'apporto dei primi nella diffusione "delle scienze e delle opere classiche degli antichi" (Ivi, 477).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principio luterano della libertà di coscienza; l'affermazione su scala universale del principio giuridico, che la Rivoluzione francese e le guerre napoleoniche ebbero il compito d'imporre a tutta Europa, secondo cui ciascuna singola autocoscienza gode di pari dignità e pari diritto ad essere riconosciuta come libera; e la configurazione dello Stato come "monarchia costituzionale", in cui la libertà e l'attività dei singoli individui e delle cerchie particolari producono l'universale, mentre l'universale impedisce loro di dissolversi nell'anarchia di un'atomistica senza legge e senza unità. Che tale suprema "conciliazione" tra singolarità e universalità sia per principio esposta alla propria "fine" e alla ricerca di un nuovo equilibrio, potrebbe anch'esso far parte, e proprio ascoltando Hegel, dell'eterogenea identità dell'Europa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RICHARD HYLAND

IMAGINE EUROPE

As the sun rose through cloudy streaks, a few rays reached the high clay walls that served as the gateway to the hill country. The camels were up, some kneeling on four legs, others stamping the dirt, as young men in fezzes pitched hay for feed. Camel heads swiveled down, snatched a mouthful, then snaked back up. Cud was chewed. Tails strained and lifted for defecation. Wood scraped against metal as an ancient gate was unbarred and swung open from the inside. Calico goats rushed out through the tall entryway and milled around on the hard packed dirt of the empty marketplace. A young shepherd and his dog coaxed the animals to the wild grass along the side wall.

A few traders spread their heavy carpets along the base of the village walls, but most were still wrapped in their bedrolls against the morning chill. Business would not begin for another hour. Fires crackled under copper pots as water boiled for sweet tea. Young girls sold flatbread still warm from the oven. At midday, older girls in ruby red dresses sparkling with sequins would circulate through the marketplace bearing poles over their shoulders, selling meals from pots laden with couscous and spicy stews, and there'd be more hot bread. The caravan would spend the day at the village and another evening and leave just after moonrise. By the following daybreak it would clear the pass and reach the next river.

Akmut did not buy in the market, at least not for profit. He purchased small items to examine in the evening, then passed them on, usually when parting, to a woman he' d met. Akmut was a scribe. Even the village merchants who could read could not compose a letter, yet letters needed to be written. Births, deaths, and wedding invitations had to be communicated to family members who'd

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moved further along the trade route or into the city. Wills had to be drafted and gift documents and sometimes deeds of title. Akmut had apprenticed at fifteen. For seven years he memorized sentences. For seven more, when his master could not see well enough to write, Akmut recorded letters and legal documents with hand-dipped pen and ink from his master's dictation. A few months ago, his master, too weak to travel, conveyed his writing implements to Akmut and presented him with a tightly-woven silk kilim from the Caucasus that shone even in the shadow of the clay walls.

As their turns came, merchants from the village squatted in front of the carpet, showed Akmut letter they wished to answer or indicated the news they wished to convey. Akmut carried the letters himself and delivered them as the caravan passed. If the messages were to travel in the opposite direction, the merchants waited for a caravan to return. Akmut had accumulated such a store of phrases and situations he didn't think about his work. His clients explained their situation, and the proper letter suggested itself. He entered the minds and felt the emotions of his clients, expressing what they would have expressed had they been able to write.

One of the joys of his profession was following over a lifetime the surprises that fortune prepared for the residents of a remote village on the trade route. This morning Akmut learned that one of his clients had died and the two sons had squabbled over the inheritance. Akmut knew, since he had acted as amanuensis for the will, that the wealth was not divided equally. His master had suggested that equal treatment would assure that both sons honored their father's memory. The elderly client had refused. His first born was a profligate, he was not devoted to the livestock and took his inheritance for granted. Once the bequests became known — a scribe had confirmed the purport of the will a few weeks earlier — the deceased's brothers intervened. They prevailed on the younger son to offer to his sibling livestock and pasture land. Akmut was to draw up the deed of gift.

Another client, a merchant in dates, olive oil, tannic red wine and imported tobacco, wished Akmut to draft a bill of exchange so that he might purchase tools in the city with funds he had on deposit with his brother. His daughter was to be engaged. Announcements were needed, and documents for the dowry.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Those villagers who learned Akmut was carrying mail waited before his carpet, smoking pipes and drinking mint tea. Akmut read the letters aloud and didn't charge for the reading. Since no caravan would head back into the desert for another month, those who received letters did not need to respond. An older woman wanted to write about the grandchildren to a sister she had not seen in years. A boy's father dictated a note praising his son's industry and his talent with his hands. The village had abundant clay but lacked a resident potter. The father wanted his son to apprentice, and asked Akmut to show the note to the potters he encountered on his journey.

After lunch the sun hung over the market and baked the clay walls. The traders strung up awnings of bleached canvas. Akmut finished his work and sat in the shade with his back to the wall. In his long horn pipe he smoked tobacco he'd received from his client. Villagers haggled over the price of combs, metal mirrors, copper pots, and bolts of red fabric.

It was the season of short days and quickly descending evenings. As the sun dipped into a notch in the hills, a young woman knelt before Akmut and bowed. She asked whether he would write a letter for an unmarried woman. Akmut would have remembered if he had met her before. She was an ode to the beauty of the hill people — with heavy black curls, dark tea-stained eyes with thick eyebrows and long silky lashes, soft olive skin pulled taut over high-boned cheeks, a delicate aquiline nose, and thin lips that curved into sinuous shapes and revealed the whitest of teeth with the hint of a smile. Her collarbone was prominent and her shoulders square like a rake. She was about seventeen and, like the other unmarried women of this village, wore a dark red dress adorned with sequins. He may have seen her before as a girl playing in the market or selling bread. Perhaps when she was younger she did not make such an impression. She waited as Akmut observed her. A young woman's affairs were arranged by her father, or, if he had passed, by an uncle or older brother. The young persons were never present. Yet Akmut saw no reason to refuse.

Samadja wished to send a letter to her uncle who lived in the city two weeks journey from the village. Her uncle had married but had no children, and he'd always told Samadja she could look to him for

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

help. Now she needed it. Her father, his brother, had long sought for her a suitable match. He did not seek her happiness, only to extend his holdings. One of the wealthiest merchants in the village had died. Everyone believed the elder son, who had long been engaged, would inherit. Instead, the merchant left almost everything to his younger son. When Samadja's father learned of the inheritance, he offered Samadja to the heir and was accepted. Samadja had known the younger brother since childhood. Like her father, he cared only for money and property. She would not be his wife.

Samadja loved Zadar. Zadar song and wrote verse and composed dance melodies on the nine-stringed qualvar. His father, believing his son a disgrace who would never support himself, had inquired along the trade route where Zadar might apprentice as a potter. If she was engaged, and if he was bound in apprenticeship in a distant village, they would never see each other again. They'd decided to run away. Samadja wished her uncle to help them.

Akmut listened without writing. He always waited until the end before he began to write. Before mentioning the immediate purpose the letter was to serve, his clients usually traced the dispute or difficulty from its imagined origins, often in the exploits of a distant ancestor. What Akmut had learned about life he had learned from these stories, but his master had taught him they were frequently unrelated to the aim the client wished to pursue. The point of the letter was not addressed until the end — partially out of embarrassment at having to request assistance from a relative, but also due to the traditional manner of story telling, still prevalent in the hill country, which, refined as it had been on cold evenings around a fire, passed the time by gradually increasing suspense and then, just before interest gave way to slumber, reached a swift and decisive conclusion. In the letters, usually no more was needed than a sentence of introduction and a simple request. Often it turned out that no letter was needed at all. In those situations, Akmut's master had always counseled his clients against writing, even though he thereby had to forego his fee. At those moments, Akmut took particular pride in his profession.

But that was not the only reason Akmut listened to Samadja. She remained at peace as she spoke, as if her earnestness could conquer fate. She was as cool as the evening that was falling in blues

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and purples over the hills. She knew what she wanted and was prepared to do what was necessary to achieve it.

When Samadja finished, Akmut refilled his pipe and took a puff. Two stars had come out in the dusk. He had come to believe that all stories would be variations on those he had heard, and all letters a combination of phrases he had already written. At that moment he recognized he had never before witnessed how passion is transformed into commitment and then into action. Of course Akmut knew women in the villages along the trade route. He knew servants and bread girls and the young women who sold meals and tended the animals. Those young women knew how to escape from a walled village at night and work on their love-making with the young men in the caravans. They were lustful and curious. But Akmut preferred travel to a life confined for its entire span to a walled village in the midst of date palms and goat herds. He knew the languages spoken along the route, and could compose a decent letter in each of them. But a young woman in love he encountered for the first time.

Samadja asked again whether he would write the letter. Akmut did not yet know, so he simply nodded. She pulled from her sleeve a smooth goatskin purse and, opening it, asked how much it would be. Akmut leaned forward and examined its contents. Even in the failing light he could see it contained only a few coins, not enough for his fee. He leaned back, puffed again, then looked her in the eye and told her the first letter would be free. Samadja glared back at him. She thought he was amusing himself with her. Akmut leaned forward again, removed three heavy copper coins from the purse, and stacked them on the carpet.

Akmut knew Samadja's uncle. Since he could read and write, he didn't use a scribe, but Akmut had on several occasions delivered to him mail collected along the route, including letters from Samadja's father. The uncle would not assist Samadja to escape from her father's control. It was unthinkable. Akmut asked her how they intended to reach the city. They would steal out of the village at night and join a caravan setting out by the moon. Akmut said her father would discover her absence at dawn and borrow a horse. He'd have no trouble catching the caravan by noon. Then they would hide in the mountains by day and travel alone at night. Since

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

they would have to avoid the villages and oases, Akmut asked how they would carry enough food and water.

For the first time, Samadja looked down. She had not abandoned the idea. She was refining her plan. Akmut told her he knew her uncle, not well, but he knew him. If she wished, he would call on him, explain the situation, and ask him to intercede with her father. Perhaps her uncle would offer to let them both live with him in the city, where Zadar could study music. Perhaps that would also satisfy Zadar's father. She looked up and, for the first time, permitted herself a faint smile. Akmut replaced the coins in Samadja's purse. It would be better if there was nothing in writing. Akmut promised to return with an answer before a month had passed.

The goats bleated as they were herded back though the narrow gate. Samadja slipped her purse into her sleeve. She broke into a broad smile, leaned forward and quickly touched her warm lips to Akmut's unrazored cheek, then jumped to her bare feet and, without looking back, slipped inside the gate just before the village was bolted shut for the night.

Akmut puffed on his pipe and leaned back against the clay wall. Far more stars were spread across the clear sky than he would have been able to count. The traders gathered around the fire that crackled from the dry wood. They smoked and finished what was left of their midday meal. Akmut wrapped his writing implements and stowed them in their case. Then he walked over and squatted by the fire. As the smoke curled up toward the stars, he listened as the traders told of caravans past and of brigands, of the adventures they had had in their youth, of the young women in the villages, and of what they would do when they reached the city.

I'm sitting in my law school office in the northwest of Beijing wondering what it means that my imagination spends so much of its time on the Silk Route. It's done so ever since, forty years ago, I first read about Xanadu, its twice five miles of fertile ground, and the walls and towers with which it was girdled round. The ruins of that palace lie somewhere in Mongolia, but, now that I think of it, Khanbalik, Kublai's winter palace, is buried under a hill of rubble only about forty minutes' cab ride from here. I have for years traveled with no other goal but to deprive this part of the world of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

its fascination for me. With regard to much of the world that strategy has succeeded. Once I saw the Grand Canyon and Hoover Dam, I lost all interest in them. London was easy to defeat, as were Berlin, Madrid, and Rome, even Prague. Paris is a little harder to get rid of, probably because it manages to change so quickly and yet remain the same. But some places won't release their grip on me. Though nothing distinguishes Damascus from half a dozen other cities in the Middle East, and though Palmyra is but a Roman provincial capital like any other, I cannot prevent my imagination from sojourning there.

I came to China with the hope of finding a cure. Chinese cities, I knew, are unlivable. Most monuments of any antiquity were destroyed during the Cultural Revolution, or in similar iconoclastic uprisings in centuries past. The sites have been restored over the past two decades, usually in concrete rather than wood, and with less of an eye to historical accuracy than to accommodating the souvenir shops. There is nothing left here that might be called atmosphere, and only those addicted to guidebook descriptions can draw any pleasure from a visit. In Xi'an, the capital of Tang China, the ancient terminus of the Silk Route, the situation, if possible, is even worse. The Tang dynasty palace and its walls have disappeared, leaving not even a line on the map. The only trace that remains of the capital's two famous marketplaces, the Eastern Market and the Western Market, the first for domestic specialties, the other for imported wares, is in "*dongxi*," the name for "thing" in Mandarin, which means "east-west."

Even an awareness of the dangers of Orientalism has not cured me. Like many others, I project onto the Orient a part of life that can't be accommodated within Western rationalism — insights from the wisdom literature, eroticism and a love of opulence, mysticism and inscrutability, poverty that produces wisdom, and the unbroken continuity of tradition. Thanks to Edward Said, I know this projection impoverishes our own culture and relegates Asians to the status of inferiors unworthy as discussion partners. But that knowledge does little to restrain my imagination.

There is yet a further, more personal problem. The imagination of those who write in America, whether law professors or novelists, is usually occupied with American problems. Few (if any) significant

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contributions have been made to the common law by those who work comparatively. As for literature, only a handful of the books that have won the Pulitzer in fiction are set outside the confines of the United States (Hemingway, Hersey, Pearl Buck). The American experience is perhaps unique in its ability to spark the imagination. To many Americans, America symbolizes a land of opportunity, the possibility of living the American dream, with freedoms of all kinds, an ease of existence, a relaxed manner and informality, innocent pleasures, a melting pot of cultures, blindness to all qualities but ability, perseverance, initiative, creativity, a land in which anyone can become anything. America does not live up to this promise — no country could. As with most places, the anticipation of it is more rewarding that the adventure itself. As a result, the Great American Novel typically occupies itself with the interconnected lives of several generations of an American family, and becomes emblematic for how reality conflicts with, and is at times reconciled to, the imagination. An imagination, particularly an American imagination, that does not find itself at home while thinking about home is an anomaly, and probably not a very healthy one.

Europeans, so my hypothesis, would therefore today find their imaginations stirred by the European community and the prospect it opens. They would explore the European quality of daily life, how what is national changes shape and meaning as it becomes integrated into the European context. I have always loved the obsession with the familiar that speaks from every page of Continental fiction, from Balzac to Robbe-Grillet. And I have thus come to ask myself how fiction has changed now that Europe is transforming itself into a union from an agglomeration of different cultural entities.

The only avenue I have to imagine a European quality of life, probably the only approach available to an American, is found in the work of Henry James. James was one of very few American writers ever to have known the Europeans well, and his work conveys a precise understanding of the Continent. He conveyed his vision by means of a technique called "point of view" that he borrowed from Jane Austen and that has since become the standard framework for the American novel. Point of view means recounting the action from the differing standpoints of the story's principal characters. It's taught in writing programs as a mechanism useful in maintaining the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reader's interest. Like perspective, it provides the third dimension that makes an artificial scene appear real.

James, however, was not worried about maintaining his readers' interest. For James, point of view was the only method available to convey the spectrum of specifically European relationships to the world. James, again like Austen, was fascinated by the workings of class society. Of course the English literary tradition did not conceive of social class in Marxian terms. Class for English writers was not, or not principally, a material relationship to the means of production. The word conveyed instead something like the sense in which we today use the word "classy." Members of each class experience the world differently, with different degrees of sensitivity to the subtleties of existence, an interaction with the lived world for which both writers used the concept "sensibility."

Property and titles were conditions of aristocracy, but provided only the legal basis for something much more interesting. In Austen's view, aristocrats, as the word's etymology suggests, were society's best. Their actions were intuitively right — appropriate to the occasion and filled with compassion. She believed that high social class should correspond to an immediate grasp of social situations, insight not available to others, and an ability to rescue difficult situations in an instant.

I myself don't have this talent, but I once witnessed someone who did. At a High Table dinner at Harvard College a couple decades ago, the guest of honor was an important official in the Indian government. At one point he scanned the table, then turned to the student seated beside him. "Please pass the fucking butter," he said casually. Conversation stopped and we turned to stare. The Master's wife, a strapping British woman of impeccable credentials, didn't hesitate. "You heard him," she said. "Please pass the fucking butter."

Immediate intuitive compassion is not available to everyone. In Asia something similar is known as Enlightenment and also seems to be sparsely distributed. Jane Austen believed it to be more or less the exclusive possession of some members of the ruling classes, depending, as it did, on the successful integration of wealth, social connection, and a thorough familiarity with the tradition. Oliver

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wendell Holmes, who would know, once explained that a child's education begins 250 years before its birth.

By the time James wrote, class hierarchies were no longer considered so benevolent. He understood that subtlety could be used to injure as well as to save. Yet he still assumed that, without a shared culture of manners, nothing of value could be accomplished. The culture James explored has since been so definitively abandoned that most students miss the central revelation in *Portrait of a Lady,* since they no longer have a clue what Isabel Archer might have understood as she caught a glimpse of Madame Merle leaning on the fireplace mantle while Gilbert Osmond conversed with her from the sofa. All of James' novels explore the differing perspectives produced by class society, *The Golden Bowl* providing perhaps the most pure and subtle treatment. That novel brings together an Italian prince, at the time the summit of European aristocracy, with a rich American manufacturer, the American's daughter, and an American woman educated in Europe. As the point of view shifts from one character to another, it becomes evident how class and tradition influence perception and define the framework within which the characters act. Notions of right and wrong differ depending on the point of view — what is proper for members of one class is unthinkable for members of another. For James, point of view was the only novelistic approach to the essence of social structure, the only method that could transcend the vulgarity of materialism.

The vision of Austen and James has its limitations. To begin with, their conception of Europe — Continentalism, we might call it — forms a matched pair with Orientalism. The suggestion that class structure is rational—that higher class corresponds to greater insight—is a perfect pendant to the Orientalist vision of arbitrary absolutism, just as the refinement the English novel chronicles contrasts with the violent assertions of will in the *Arabian Nights*, and the classically-trained Western aristocrat contrasts with the impoverished sage of Oriental literature.

An even more serious limitation of Continentalism is its denial of the obvious. Today we have come to associate Europe with racism, exclusion, and arrogance, with bloated bureaucracies, absurd hierarchies, and the banality of bourgeois life. There is a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pettiness that is European, a mindless devotion to unreflected tradition, and an unusual delight caused by the suffering of one's enemies. Moreover, many non-Europeans resent Europe as a continent of brutal colonial powers and ridicule their upper classes as superfluous and decadent.

I am continually amazed, however, at how difficult, impossible really, it is to alter the traditional conception of Europe. Neither resentment nor ridicule have dethroned Europe from the place it occupies in our imagination. In fact, the trappings of European class life have now everywhere become synonymous with the good life itself. Europe remains the center of culture and elegant fashion. We look to Europe for haute cuisine, fine wine, draft beer, distilled spirits. We delight in European political debate and belle lettres, in the Continent's continual reworking of its tradition and its avant-garde architecture. Europe is novelty and fads, revolution and political awareness, the workers' movement and café culture, sexual experimentation and parliamentarism, massive erudition and great art collections.

Like the Orient, Europe represents an aspect of what we non-Europeans aspire to but cannot have, and like the picture we paint of the Orient, it is similarly unattainable, not simply as a practical matter, but because it is structured in such a way that it cannot be attained. For one, we are unwilling to accept the entire package, we want to discriminate with regard to wine and cuisine but not with regard to ethnic origin, we want a sophisticated elite without unthinking masses. The structure is also unobtainable for a reason Henry James already perceived — the attributes are but the appearance of the essence or they are nothing at all. Outsiders who purchase estates in Burgundy or the Veneto and surround themselves with fine art, rare wine, exceptional cuisine, and ancient olive trees do not thereby become aristocrats. They're just outsiders with money. The essential contribution of the European class experience is not connoisseurship but rather the transformation of sensibility and compassion into a natural form of expression.

Europeans today tend to view Europe in different terms. Those of a certain age believe that Europe is a necessity, the only method to guarantee that a continent that twice in half a century engulfed the world in war will no longer bring destruction on its people.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Those, too young to have fought in the war, point to the practical advantages — trains now crisscross Europe without stopping at the borders and without requiring a change of cars or stations. Those younger still mention other advantages — the chance to go to school, to work, to live in a favorite city across the river, the ease of vacations on a sunny coast, and how almost every city in Europe has broadened its taste in shopping, entertainment, food, and drink.

The question I'm left with is whether the prospect of a European community can reconcile the dichotomies in the European imagination. Since I assume such issues are first broached in fiction, I have chosen five contemporary European novels to investigate, five books I selected either because they came highly recommended or because they had won, or almost won, literary prizes. All five are amazing, all gorgeously written. Though they are geographically distributed, I do not pretend they present a comprehensive survey. And yet, since the results of the investigation are so uniform, it is difficult to believe the selection is random — Tim Parks, *Europa* (1997), Juan Manuel de Prada, *La tempestad* (1997), Christian Kracht, *Faserland* (1995), Andreï Makine, *Le testament français* (1995), and Rossana Campo, *L'attore americano* (1997). They all attempt to penetrate the darkness they find at the heart of Europe. Joseph Conrad's spirit presides over each of them.

Only one of these books focuses explicitly on Europe — Tim Parks' *Europa*, a book short-listed for the Booker Prize. Over three days, a multi-national group of foreign-language teachers, together with a few of their students, travel from Milan to Strasbourg to present their employment grievances to the European Parliament. As Parks chronicles this voyage, he presents an unrelenting critique of life within the European Union. He's convinced the project of a united Europe is doomed, "what I should have done, of course, was to laugh in his face, or produce some more polite gesture but of similar subtext, as for example enquiring, Europe? Or just, Where, sorry? As though genuinely unaware that such an entity existed.... We are lost, I reflect, this is the truth about my colleagues and myself in this coach, we are lost in this foreign country that isn't ours, this Europe that may or may not exist... ." Problems within the member states are more likely to be caused by Europe than resolved by it. "So I ask, jokingly, if others present are aware what the divorce rate

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

is in marriages between people from different European countries, and when of course they don't know... I tell them fifty per cent higher than an average of the average in each of the countries concerned." Europe contributes to Continental culture only disorientation and alienation. "We filed into the Chambersee Service Station, built as was to be expected in the ubiquitous Euro-architecture of curved cement-and-glass surfaces, with a generous bristle of flagpoles outside displaying the colours of every nationality the franchise-holders hope to take money from and inside a sense of disorientation generated by flights of steps and walkways and signs that are no longer in any language but just cups and knives-and-forks and wheelchairs and crossed-out dogs all presented in stylized white lines on plastic blue squares...." European culture has disintegrated to the point that it has been overwhelmed by mediocre American products. Throughout the bus trip, *Dead Poets Society* plays on six screens, a movie from which, despite its pedantry and posturing, the travelers cannot unglue their eyes.

Europa also probes the darkness beneath Europe's shiny surface. It suggests that Europe's problems ultimately can be traced to its failure to come to terms with its tradition of violence — the horrors of war that Europe was forged to prevent are at its very foundation. "Squares where people hanged and lynched and guillotined each other and, in general, committed all sorts of irremediable crimes, are now attractive areas of *floodlit public art*...". The brutalities that have occurrend in Europe's past are .... in part to the Continent's perennial fascination with abstraction, "the Revolution had, as it were, discarded men to champion an idea of man, an ideal man, since surely, or at least this was my feeling, it was this shift that lay behind the notion of *égalité* and of a single civil code for all the world. Man should be an incarnation of an idea rather than himself. Man should be a *European*. Or we would discover that Plutarch's picture of Sparta was not unlike stories of Stalinist Russia, not unlike, in other ways, The Reign of Terror, or Nazi Germany-a European specialty, it seemed...". Europe is a straightjacket that attempts to prevent any but predictable change. All optimism about such a project is illusion. "We are overwhelmed by the sophistication of the machinery that propagates our hypocrisy...".

In de Prada's *La tempestad*, which won the Premio Planeta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(Camilo José Cela was accorded the same prize three years earlier), a young Spanish academic sets out for Venice to complete his research on Giorgione's painting "The Tempest." The novel's conceit offers the same possibilities recently harvested by the Philadelphia Art Museum when it rehung its European collection, not by country but instead by periods and schools, thereby suggesting a European perspective on modern painting. I expected from de Prada a plot that would reveal Venice's European roots and would tie together various strands of European culture in the images present in Giorgione's masterwork.

Instead, de Prada envisions Venice as a presence foreign and intimidating, even to a fellow European. "Venice visited on me the curse it reserves for intruders, but until now I had not been aware of having crossed the border into a territory that did not belong to me..." (1). Behind a window, after a murder, the narrator catches a glimpse of everything that is threatening about a foreign place. "For an instant a face of abominable whiteness, with hollow eyes and a nose like the beak of a terrible bird, looked out from one of the windows and then concealed itself in a cape and disappeared in the darkness: it was a nightmarish vision that could not correspond to a human visage, unless the walls of that mansion sheltered a monster drawn from mythology" (2).

Christian Kracht's *Faserland* presents a picaresque journey through contemporary West German culture. Kracht works at transcending Germany's guilt over the last world war by accepting it, defends the avant-garde against philistine materialism, and urges a productive fusion of American and West German pop culture, thereby offering a wonderfully nuanced map of the young German soul. Things European become topical, in a way that links *Faserland* to the vision of Europe Tim Parks offers in *Europa*. "The Middle

(1) "Venecia había volcado sobre mí el maleficio que se reserva a los intrusos, pero hasta ese momento no tuve conciencia de estar infringiendo las fronteras de un territorio que no me pertenecía...".

(2) "A una de ellas se asomó fugazmente un rostro de blancura abominable, con los ojos huecos y una nariz como el pico de un pajarraco, que se embozó con una capa antes de adentrarse otra vez en la tiniebla: fue una visión insensata que no podía corresponderse con una figura humana, salvo que las paredes de aquel caserón custodiasen un monstuo de las mitologías".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ages has always seemed to me West European. Those gruesome events never happened in the East. I mean, when I imagine a blood-red horizon with huge wheels silhouetted against the sky on which the tortured are stretched and above which crows are flying, then it's always somewhere near Liège, or Aachen, or near Ghent" (3).

In *Le testament français*, a Proustian novel that won both the Prix Goncourt and the Prix Médicis, Andreï Makine contrasts Russian culture with French civilization. The narrator, born in Russia, sought to extirpate his French grandmother's influence on him: "I felt a confused anger arise within me. I didn't know against whom. Yes I did: against Charlotte! Against the serenity of her French world. Against the useless refinement of that imaginary past.... Russia, like a bear after a long winter, was awaking within me. A remorseless, beautiful, absurd, unique Russia" (4). He became aware that to be Russian means to accept violence and instinct as necessary features of life. "And if Russia subjugates me, it's because it knows no limits, with regard neither to good nor to evil. Especially not with regard to evil. It allows me to envy that stalker of feminine bodies. And to detest myself.... Yes, I was Russian. I understood now, still very confusingly, what that meant.... To know the resignation of a human flock violated by a satrap" (5). Yet the narrator's love of books continued to draw him to French culture. Torn between France and Russia, he confronted his grandmother. "I wanted her to explain herself, to justify herself. Because she was the

(3) "Das Mittelalter ist für mich immer westeuropäisch. Diese ganzen Grausamkeiten, die haben im Osten alle nicht stattgefunden. Ich meine, wenn ich mir einen blutroten Horizont ausmale, mit so großen Rädern, die sich gegen den Himmel schwarz abzeichnen, und auf diesen Rädern liegen die Gefolterten, und über ihnen sausen die Krähen umher, dann ist das immer irgendwo bei Lüttich oder Aachen oder bei Gent."

(4) "... je sentais monter en moi une colère confuse. Je ne savais pas bien contre qui. Si, je le savais: contre Charlotte! Contre la sérénité de son univers français. Contre le raffinement inutile de ce passé imaginaire... La Russie, tel un ours après un long hiver, se réveillait en moi. Une Russie impitoyable, belle, absurde, unique."

(5) "Et si la Russie me subjugue c'est parce qu' elle ne connaît pas de limites, ni dans le bien ni dans le mal. Surtout dans le mal. Elle me permet d'envier ce chasseur de corps féminins. Et de me détester... Oui, j'étais Russe. Je comprenais maintenant, de façon encore confuse, ce que cela voulait dire... Connaître la résignation d'un troupeau humain violé par un satrape."

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

one who transmitted to me this French sensibility — hers — thereby condemning me to live in a painful limbo... I found in her the Occident personified, that rational and cold Occident against which Russians harbor an incurable grudge. That Europe that, from the fortress of its civilization, observes our barbarian misery with condescension — the wars in which we die by millions, the revolutions for which it has written the screenplay" (6).

Rossana Campo's *L'attore americano* considers Europe's fascination with American culture. To her protagonist, an Italian film enthusiast, the thought of her idol, an American movie star, turns dreary Parisian days to ecstasy. "But Steve's energetic presence cast celestial light into even the deepest crap" (7). She can't get over the way he moves. "In general the guy possesses an optimal grounding, which, for those uninitiated in bioenergy, means an aptitude for being rooted in one's own body and on the ground, well centered in one's own sexual energy. If we imagine a grounding scale that runs, say, from zero to a hundred, Steve Rothman is at about two thousand, I'm telling you" (8). Her attraction is purely carnal, unmediated by thought, "his shoulders are really powerful, his chest nice and broad, his abs vibrate under his white T-shirt, and even his legs know how to move in his black jeans. If you' re interested in a comparison, I can tell you what comes to mind at the moment, I feel like Y did the first time I found myself in the vicinity of a horse" (9).

Her fantasy is realized first in a one-night stand in Paris,

(6) "Je voulais qu'elle s'explique, qu'elle se justifie. Car c'est elle qui m'avait transmis cette sensibilité française — la sienne —, me condamnant à vivre dans un pénible entre-deux-mondes... Je trouvais en elle l'Occident personnifié, cet Occident rationnel et froid contre lequel les Russes gardent une rancune inguérissable. Cette Europe qui, de la forteresse de sa civilisation, observe avec condescendance nos misères de barbares — les guerres où nous mourions par millions, les révolutions dont elle a écrit pour nous les scénarios."

(7) "Ma la presenza energetica dello Steve illumina di luce celeste anche la cagata più nera."

(8) "In generale il tipo possiede un ottimo grounding che per chi non conosce la bioenergia è l'attitudine di stare radicati nel proprio corpo e sulla terra, belli centrati sulla propria energia sessuale. Se immaginiamo una scale di grounding che mettiamo va da zero a cento Steve Rothman è a quota duemila, ve lo dico io."

(9) "... le spalle sone davvero poderose, il petto bello aperto, i muscoli della panza vibrano sotto la t-shirt bianca, e anche le gambe sotto i jeans neri sanno il fatto loro. Se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

then in a brief affair in New York. "I'm with the most incredible male on earth and New York is the most marvelous city in the world. I'm not exaggerating at all" (10). In her ecstasy she loses all interest in returning to an over-civilized Europe. "Damn it, European guys all have a broom up their ass. It's as though they were all anesthetized, do you know what I mean" (11)? In the end, however, animal sexuality reveals itself to be as destructive as it is attractive. "You know in New York it isn't like it is here, no, you know that in America a woman is raped every nine seconds" (12). Though the burden of European civilization dampens the excitement, it makes life livable: "I'm starting to think that experiencing emotion can be so painful that in general I end up putting a muzzle on them, these damned emotions. And then I start pretending it's better that way, that life can work that way, it doesn't hurt too bad and all you have to do is hold on" (13).

These novels fearlessly confront the paradox of the European tradition, its role, on the one hand, as home to reason, beauty, and civilization, its recurrent history, on the other, of a brutality beyond the imagination of an Oriental despot. If I am reading these books correctly, they yearn for Europe to recognize the dialectic of its past — the intimate link between the achievements of which it is most proud and the catastrophes which bring it shame. A connection there has been from the beginning. The Romans, whose legal tradition we continue to celebrate, were brutal masters of conquest — after having defeated Carthage for the third time, they let the city burn for seventeen days, then cursed the site and plowed it under with salt.

---

siete desiderosi di un paragone posso farvene uno che mi scappa da un pezzo, mi sento come la prima volta che mi sono trovata vicino a un cavallo."

(10) "... io sono col maschio più incredibile del globo e New York è la città più meravigliosa della terra. Non esagero niente."

(11) "E che cazzo, qui si stringono tutti le chiappe. Sono tutti anestetizzati, te ne rendi conto?"

(12) "Lo sai che New York non è come qui, eh, lo sai che in America ogni nove secondi stuprano una donna."

(13) "... mi sta venendo come l'idea che provare dei sentimenti può essere così doloroso che in genere si finisce per mettergli la museruola a questi cazzo di sentimenti. Poi si comincia a pretendere che è meglio così, che così funziona, non fa troppo male e bisogna solo tenere duro."

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

These five novels make thear that law alone cannot succeed in constructing a European identity. Despite the sublime accomplishments of European law, it represents the strand of Western rationalism that deals with darkness by repressing it. Europe's writers of contemporary fiction seem to believe that Europe cannot grow as long as it denies what it regrets about its past, but rather can prosper only if it can reconcile that past with its cultural achievements.

These books are exemplary in their pursuit of this reconciliation. Tim Parks states the issue — the brutality is anchored at the foundation of Europe just as solidly as is Reason, and precisely at the same spot. Andreï Makine's narrator recognizes within himself a lust for violence, his identification with both the plunderer and the plundered. De Prada bravely pursues not only the monstrosity he encounters at the heart of Europe, but also the sexual urges he knows he cannot tame. Christian Kracht reaches out to accept the responsibility his generation feels for the horror of the last war. Rossana Campo pursues her animal sensuality until she encounters its destructive power. These authors strive for a constructive dialogue with these forces — in the tradition of Hegel, the original European, who taught the creative power of negativity.

As jurists we therefore find it difficult to believe that any human concern might escape our jurisdiction. It might surprise us, however, to realize that most things worthwhile cannot be limited by law — dreams, imagination, creativity, belief, generosity, friendship, love. To this list, contemporary European fiction adds the categories of instinct, tradition, contradiction, and confusion. That is our shadow. We can't get rid of it and we cant't jump over it. Nor should we want to, for shadow is just another from of the third dimension, the perspective in which the artificial becomes real.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARTA LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (ISBN 84-340-1288-X), 231 pp.

Con apenas tres indicaciones ("Derecho — España — Siglo XIX") podría completarse la descripción de materias de este libro, esmeradamente editado, en la ficha catalográfica de cualquier biblioteca que haya tenido la buena ocurrencia de adquirirlo; pero esa triple determinación de objeto, de lugar y de tiempo sería tan exacta como engañosa. Y no es difícil explicar la paradoja. Cada uno de esos tres términos, en relación con los otros dos, generará ciertas expectativas en el lector potencialmente interesado que emprenda, completa como aquí se razonará que conviene, la lectura de esta obra; no las conservará durante mucho tiempo, pues sucumbirán pulverizadas ante el concienzudo desguace de preconcepciones en el que se empeña la autora desde las consideraciones preliminares hasta el epílogo. En los siete capítulos que median, el "Derecho" del que se escribe no se parece mucho, en cuanto a las condiciones de su establecimiento, al que solemos tener por liberal contemporáneo; la "España" que en ellos se muestra no es, desde luego, la de los códigos y las constituciones; y el "Siglo XIX" sobre el que leemos se nos aparece como notablemente nuevo por resultar, precisamente, bastante más viejo de lo que creíamos. Es ésta, la de la novedad por la vejez, una segunda paradoja que nos sirve para ir entrando de lleno en el argumento principal de esta recensión. Para desarrollarlo adecuadamente, y ya que estamos con planteamientos paradójicos y expectativas sin cumplir, sigamos en esa misma línea. Procedamos, pues, con cierto desorden.

Se transcriben literalmente en la página 171 de este libro unas líneas de Ortiz de Zárate, publicadas en 1844, en las que el jurista presentaba como "perniciosa" la "costumbre" de "nuestros antecesores" consistente en "dejar en vigor y fuerza los Codigos antiguos, no obstante la publicacion de nuevos". Marta Lorente consideró que el párrafo en el que el pasaje se incluye no merecía la pena del pie de página, y decidió sangrarlo entre los suyos. Y con toda razón: que, bastante entrado el siglo XIX, se pudiera contemplar de ese modo la actitud prevalente en tiempos pasados hacia los vetustos y vigentes libros de leyes dice mucho, según creo, de la complejidad de la trama intelectual a la que esta obra se enfrenta. Porque estimar "costumbre" tal actitud, y calificarla de "perniciosa", implica valorarla como una práctica que conviene abandonar, y ello a su vez supone la creencia en la posibilidad de modificar válida y radicalmente los criterios que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

durante siglos rigieron la relación, conflictual o no, entre normas diversas. Tales criterios constituían sólo, desde la atalaya en la que se situaba Ortiz de Zárate, un simple uso, una opción desafortunada, una pintoresca característica de "nuestra legislación" histórica.

Ante tales planteamientos es casi inevitable que nos preguntemos cómo es posible que el discurso jurídico decimonónico parezca a veces tan poco dispuesto a contemplar un pasado a fin de cuentas no tan lejano sin proceder a vaciarlo en medida considerable de sustancialidad. La solitaria y creciente voz del Estado — podemos respondernos, apropiándonos de este expresivo título — parece haber relegado al olvido la polifonía jurisdiccional, y la proclamación de la ley como expresión más o menos mediatizada de la voluntad nacional parece haber sepultado su entendimiento como declaración de equidad en ámbitos corporativos; y es que, ciertamente, la resolución en monodia estatal de un contrapunto como el precontemporáneo, con tan frecuentes y consustanciales episodios de violentas disonancias, y el desplazamiento de la causa de la ley hacia su comprensión en términos más políticos que religiosos, son elementos basilares de una cultura jurídica que, aún en proceso de formación mediado el Ochocientos, no encuentra el modo de definir e imponer el orden normativo que en España habría de serle propio.

Pero sabemos también que sería injusto enjuiciar, desde un punto de vista como el expresado al principio del párrafo anterior, la labor de quienes se esforzaron en tan ímproba tarea de construcción. No es que Ortiz de Zárate, o cualquiera de los que compartieron su tiempo, su profesión y sus preocupaciones, estuviera ciego ante esencias y circunstancias de épocas pretéritas, pudiendo entonces entenderlas sólo superficialmente. No se dirigían sus reflexiones críticas a eruditos y anticuarios, sino a juristas y legisladores, y no era en ellas posible tomar en consideración a las fuentes históricas atendiendo con exclusividad rigurosa al momento de su elaboración, pues estaban incrustadas en un presente incapaz de ofrecerles pacífico acomodo. Tan colosal interferencia, la de la presencia imponente de una inmanejable masa de leyes diversas en las que se contenía todavía nada menos que la casi totalidad del derecho civil de determinación legislativa, venía a agudizar las dificultades propias de la empresa que los tiempos exigían, ya de por sí ardua: la invención y puesta en marcha de instrumentos de integración del ordenamiento más acordes a una cultura jurídica nueva, cuya ajenidad con respecto a la precedente tiene muy significativa manifestación en ese afán de confinar en un definitivo pasado a aquellos incombustibles *monumenta*. Son condicionamientos con los que hay que contar para valorar, como este libro hace, el análisis coetáneo de los operadores y observadores decimonónicos, que así recupera gran parte de su densa y compleja entidad.

Historiográficamente, tal recuperación habría de contribuir al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abandono definitivo de una simplificada imagen tan inexacta como persistente: la de un siglo XIX que arranca, en cuanto a la concepción del orden jurídico se refiere, nuevo, definitivo y entero en Cádiz y en 1812. Parte muy considerable de la obra que desde hace años viene publicando Marta Lorente, insoslayable hoy para quien quiera conocer más allá de tópicos traslaticios la formación del Derecho español contemporáneo, se ha dirigido con un tesón digno de su causa a inquietar dicha imagen, poniendo en evidencia la especificidad del momento doceañista. La extensa labor de reconocimiento de fuentes y la intensa inversión de pensamiento dedicadas a tal empresa han estado a la altura de los resultados: aquellos trascendentales primeros compases de la historia constitucional de España se han devuelto a la historia, enajenados como estaban en un presente continuo que todavía se pretendía fuese el nuestro; a aquel tiempo de primeras realizaciones constitucionales se le ha devuelto su historia, perdida como estaba en superficiales exposiciones de antecedentes; aquel periodo de crisis constitucional comenzó a ser incumbencia también de iushistoriadores, en manos como estaba, a salvo de la muy apreciable pero escasa intervención de historiadores, de juristas por lo general desinteresados en todo aquello que careciese de identificable relevancia en las circunstancias desde las que escribían.

En este libro Marta Lorente sigue fiel al compromiso, pero con una ambiciosa ampliación de cronología. Lo que aparece ante los ojos del lector es un siglo XIX al que la autora ha aplicado el mismo tratamiento que hasta el momento había venido destinando a sus tramos primeros. Y el resultado tiene la misma trascendencia: devolución a la historia, y de su historia propia, de un siglo cuya especificidad había ido quedando oculta tras la familiar imagen presentista que de él se había venido construyendo por juristas que ocupaban un terreno que los historiadores del Derecho, en términos generales, no sabían cómo cultivar. ¿Es eso lo que entonces tenemos, nada menos que un nuevo siglo XIX? ¿Nos situamos en realidad ante una nueva representación historiográfica del siglo, en relación a España y a su Derecho? Creo que sí. Y como también creo que tal juicio es controvertible, intentaré adelantarme a algunas objeciones que podrían esgrimirse para relativizar esa respuesta absoluta.

La primera nos entretendrá muy poco: ochenta años, de 1810 a 1889, son real y exactamente un siglo, todo un Ochocientos al que poco de sustancial se le escatima si se le restan las décadas de entrada y salida; la apertura de las primeras Cortes liberales y la promulgación del Código civil bien pueden enmarcar un periodo cuya coherencia, *ad extra*, resulta reforzada en virtud de la ausencia de momentos cercanos de discontinuidad señalable.

La segunda es que el XIX que aquí se nos presenta había recibido ya algunas visitas. Esto es cierto, pero también lo es que en toda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propuesta historiográfica con cierto grado de radicalidad cabe distinguir un periodo de preparación y un momento de definición. El de preparación no ha sido corto, y en su travesía Marta Lorente no sólo ha estado acompañada, sino que ha tenido guías: los nombres de quienes fueron abriendo camino, Francisco Tomás y Valiente y Bartolomé Clavero, los encuentra el lector bien destacados en el preámbulo. No, no está sola la autora, y es eso lo que precisamente evita que su obra sea una extravagancia. Pero es la suya, esta que comento, la que con mayor extensión, amplitud y ambición sustenta una tesis interpretativa del largo inicio de la contemporaneidad jurídica en España cuya formulación se encuentra todavía en sus comienzos, y que aún ha de mostrarse fecunda.

La tercera objeción posible es la de mayor relevancia, pues tiene que ver con el abismal desajuste que se manifestaría entre unos objetivos limitados (los determinados por el subtítulo), y una conclusión tan desmesurada como la que vengo apuntando. Me apresuro a señalar que el indicado desfase, si como tal se observa, no se produce en el plano de la escritura del libro, sino en todo caso en el de su lectura, o más exactamente en el de la mía personalísima. No hay inadecuación entre medios y fines en el libro de Marta Lorente. La autora fija sus metas, y el lector, por su cuenta, llega a las suyas propias; de aquélla son los equilibrados objetivos, que se señalan, como es de rigor, en las páginas iniciales, y van alcanzándose en las restantes; de éste, de quien escribe estas líneas, es el desbordamiento valorativo, si se estima que en esta recensión lo hay.

Los objetivos, en efecto, son mesurados. Enfoca esta investigación a la ley, en el siglo que la consagra como centro del orden jurídico. Pero ni se centra en su concepto, ni se enfrenta a su problemática significación frente a normas de distinto nombre, ni se detiene en su proceso de elaboración. La autora pretende situarse prudentemente lejos de estos sustanciales asuntos, aunque no ignore que se irán abriendo, como anchos y bien visibles caminos conexos que son, tentadores ante quien inicie la travesía que marca la lectura. No cabe, sin embargo, la posibilidad de que el lector se distraiga contemplando horizontes tan amplios y profundos, obligado como está a concentrar su atención en el seguimiento de la ruta por la que se le conduce. Es ésta una vía de apariencia secundaria. Se trata en ella de tomar en consideración a la ley sólo desde el momento en que, proyectada, elaborada y aprobada, cumplidos los pertinentes trámites de procedimiento y atendidos todos los requerimientos exigibles de fondo y forma, ha de hacerse pública. La elección de ese "momento terminal" del proceso normativo, tan irrelevante para la factura de las leyes como fundamental para su establecimiento, se revela plena de ventajas. En primer lugar, permite a la autora mantener su investigación dentro de límites manejables, consintiendo el uso de una panoplia abarcable de fuentes para una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cronología relativamente amplia; mayor ambición objetiva hubiera convertido la elaboración de este libro en algo parecido a la caída en un pozo sin fondo. Ventajosa es también la opción en el plano expositivo, lográndose un punto de vista que trasciende la estricta acotación de su terreno: en no pocas ocasiones, la senda de modesta apariencia por la que el lector se deja guiar permite contemplar considerables tramos de las que antes señalábamos como primarias, con las que no puede dejar de cruzarse una y otra vez. Así, con la fértil potencialidad de la sugerencia bien fundada, y sin la tantas veces paralizante obligación de agotarlas, se tratan a menudo cuestiones centrales para la comprensión de la cultura jurídica decimonónica.

Pero las ventajas son sobre todo de método. La receta epistemológica es de formulación simple: este libro elige, como punto inicial de la reflexión que conduce, justo aquél que hubiera sido final en un abordaje aparentemente más directo y sustantivo del fenómeno normativo en el siglo XIX. La vía que aquí se emprende no parece, en efecto, la más encaminada a enfrentarse al corazón del orden jurídico en dicha centuria: si, en el momento en el que empieza a buscar a sus destinatarios, la ley ya es plenamente ley, la problemática específica de su publicidad puede manifestarse como accidental frente a la esencial de su concepto y factura; y no es que a lo accidental no haga falta prestarle atención, sino que no parece que pueda ser aislado sin que pierda el anclaje referencial que le da sentido. Frente a argumentos como estos, que la autora hubo de sopesar en la preparación de su monografía, ésta resueltamente comienza su andadura en una línea que hubiéramos esperado más de llegada que de salida. La opción es arriesgada, porque toda la primera parte del libro ha de luchar contra el convencimiento del lector medio, no necesariamente infundado, de que se ha errado tanto el camino como el objetivo; y es que, por mucho que la autora expresamente se comprometa a demostrar lo contrario, es difícil sustraerse a la tentación de pensar que se ha empezado por el final, que se ha elegido un objeto poco relevante, que se buscan los frutos en el huerto más pobre.

No sé hasta qué punto esta eventual previsión de una lectura extrañada o abiertamente desconfiada guía el estilo de la escritura, pero lo cierto es que en estos primeros capítulos (en realidad en toda la sección primera, que cubre algo más de la primera mitad del libro, hasta que se alcanza el importante momento de 1851), la exposición avanza con un empuje poco frecuente en nuestro por lo general más sosegado (y elijo el término con cuidado: no quiero decir ni pacífico, ni anodino, ni poco incisivo) terreno de estudio. Contribuye a este efecto arrollador la brevedad de los epígrafes, la sustantividad de cada párrafo, la ausencia de disgresiones, la preferencia por la nota larga con transcripción del texto que respalda o ilustra la argumentación. Sin que obste el recurso frecuente a las recapitulaciones, que son tributo de cortesía

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hacia quien lee y también en todo caso oportunidades que la autora aprovecha para enriquecer su discurso, la contundencia del relato quintaesenciado desarma. El lector pronto olvidará que la determinación objetiva de la investigación tal vez le pareciera circunscrita a un asunto menor o secundario, porque su evidente trascendencia, y el innegable interés de su tratamiento autónomo, le irá llevando a cuestionarse otra asunción previa con la que, esta vez con toda seguridad, la autora contaba, cual es la de que el Estado liberal, cuando normativamente se expresa, difunde e impone su mensaje con los medios propios y esperables de un Estado liberal.

El bombardeo de datos que ponen en cuestión tan aparentemente sólida premisa es intenso desde los primeros capítulos, y creo que van más allá (desde luego por la cronología, aunque no sólo) de lo que lógicamente cabe esperar de periodos de transición; y eso sin contar, además, con que la identificación de un periodo de transición, para el objeto de esta monografía, suele proyectarse hacia las décadas anteriores a la fecha que aquí abre la exposición: para alimentar presunciones que ahora se descubren tan aventuradas, siempre ha pesado la invención ilustrada de una Gaceta de Madrid que, aunque no desde luego como medio exclusivo, y ni siquiera tampoco principal, publicaba disposiciones legales en sección oficial. Prosiguió su camino la Gaceta en el Ochocientos, en efecto, pero hubo también unos concurrentes Boletines provinciales de caracterización y trayectoria nada simples, sin los que no cabe comprender la problemática de la publicación de leyes en el siglo XIX; y también unos Boletines ministeriales de los que tampoco se puede prescindir para levantar la historia que a este libro interesa; y una continuada presencia de la iniciativa privada, determinante ya en los citados Boletines provinciales pero manifestándose también a través de publicaciones diversas, y modulando así, mientras contribuía a su materialización, la más pública de las voces; y una Colección Legislativa en cuya técnica recopilatoria aquí se insiste, identificando abiertamente sus volúmenes con los de una recopilación, una más, sin calificativo posible tras la nueva y la novísima, siempre inacabada y creciente; y una renuencia tenaz, propia en Cádiz de los constituyentes y viva después en los servidores del aparato estatal, a terminar con la circulación de la ley a las autoridades encargadas de aplicarla o ejecutarla como medio regular de publicidad normativa.

No se trata sólo, pues, de la persistente presencia de instrumentos y representaciones tradicionales; la complejidad fundamental de la realidad ante la que nos situamos no radica tanto en ello, como en la llamativa falta de funcionalidad o de adecuación de los elementos de nueva creación al contexto estatal liberal más genérico en el que el lector se va viendo obligado a situar la información apabullante que la autora, con una muy respetuosa mesura todavía en la valoración, le proporciona. Ese "momento terminal" de la ley, que, por serlo, podía

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reputarse también marginal, secundario o accidental, y cuya relativa insignificancia hacía presagiar un desproporcionadamente escaso fruto del eventual esfuerzo que se invirtiera en su elucidación, se manifiesta al cabo como historiográficamente determinante. El acierto epistemológico de esta monografía se cifra, pues, tanto en la eficacia con la que muestra la especificidad propia del marco histórico al que atiende, como en la facilidad con la que hace ver hasta qué punto son insuficientes las explicaciones globales de curso común con las que contamos para explicarlo. Es precisamente al mover el foco para que la luz se derrame sobre este olvidado rincón del *iter* normativo cuando con más claridad se aprecian los desajustes entre un modelo de interpretación historiográfica y los elementos que habrían de conformarlo, o, dicho de otro modo, la escasa capacidad de previsión y adaptabilidad de dicho modelo, rígido hasta el punto de no poder integrar los resultados de una investigación cuidadosa y sagaz. Como tanta anomalía acumulada no puede sino reventar el paradigma, el lector, inevitablemente, se preguntará si no ha llegado ya el momento de replantearse el que en términos generales asumimos como propio del Estado liberal.

Y eso sucederá, como muy tarde, a mitad del libro. La exposición adquiere desde ese momento un carácter algo distinto: hasta ese concreto punto son protagonistas los hechos, las decisiones, los acontecimientos y las circunstancias; a partir de entonces, cuando se ha alcanzado la mitad también de la cronología prevista, se acentúa el análisis y la valoración. Y es que la estructura básica de esta monografía, dividida en dos cuantitativamente equilibradas secciones, surge de un hábil aprovechamiento de las facilidades que ofrece su propio objeto de estudio. La exposición no deja de avanzar con el siglo, pero al disminuir en su segunda parte el volumen de información relevante que ofrecen las fuentes, la autora aprovecha el remanso y se explaya en valoraciones de mayor profundidad y generalidad; pueden ya dirigirse a un lector bien instruido (conviene, pues, leer el libro entero y en orden) reflexiones que trascienden el "momento terminal", ése en que el Estado emite su potente voz de solista manifestándose el tenor de las normas en el escenario de las publicaciones impresas.

Centrándose abiertamente en la consideración del "orden normativo" decimonónico, sitúa la autora entonces sus reales en ese específico y poco frecuentado siglo XIX al que hacíamos más arriba referencia. No es que se nos muestre por entero, ni siquiera en términos generales, pues ya sabemos que es tarea, al margen de su improbable factibilidad, ni siquiera planteada. Pero sí se vislumbra, y puesto que no cesa el nutriente avituallamiento de aportaciones novedosas, el lector tenderá ya a contemplarlas no como anomalías, sino como elementos configuradores de la hasta ahora bastante escondida faz equívoca de un Estado que ya codifica pero que todavía recopila, que diversifica instrumentos y métodos porque no acaba de pisar firme en el terreno de la publicidad

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativa, que no domina la nueva relación entre tiempo y norma, que cuenta con la presunción de conocimiento, obediencia y cumplimiento universal de sus disposiciones pero que todavía se ve abocado a la sobrecarta (asumo la responsabilidad por el abuso del término; la autora, en su identificación del fascinante fenómeno, habla muy expresivamente de "revitalización", o también de "reposición"), que no es, en fin, capaz de apagar con la afirmación de su voz propia los ecos resonantes de otras ajenas, procedentes de otros ámbitos (expresamente se excluye el tratamiento por extenso de la incidencia de la voz de la Iglesia) o de otros tiempos (me parecen especialmente relevantes las muy sugerentes indicaciones sobre el particular modo en el que el Estado se apropia de la voz normativa de la Monarquía preconstitucional, asunto en cuyo contexto cobra precisamente sentido la cita de Ortiz de Zárate que ya conocemos).

En virtud de todo ello y seguramente sin quererlo, esta monografía puede constituir un presupuesto, y no sólo porque su lectura sugiera un número considerable de nuevas investigaciones, concretas (los Boletines, la Gaceta, la Imprenta Nacional...) o no (cualquiera de los flancos que ofrecen ahora asuntos como la voz "judicial" del Estado, la implantación y organización del aparato administrativo, la misma codificación...), o porque pueda abrir preguntas tal vez fecundas (¿podría acaso identificarse una voz "doctrinal" del Estado?; ¿fue esa voz estatal siempre monólogo o soliloquio, o quiso alguna vez contraste o diálogo?...). Si fuéramos capaces de eliminar todas las adherencias con las que solemos entender los tres términos que pueden definir su adscripción de materia ("Derecho — España — Siglo XIX"), podríamos utilizar este libro como puerta de entrada al segmento del pasado que queda encerrado en esa triple determinación. Lo que aprendemos de ese pasado desnudo, así comenzado a desvelar, nos ha de extrañar mucho más a nosotros, juristas europeos del siglo XXI, que a los que lo vivieron, juristas españoles del XIX. Parece una verdad de perogrullo, pero la curiosa verdad es que en ambos casos se trata de una actitud tan lógica como inesperada: antes de comenzar a leer este libro, no nos imaginamos hasta qué punto nos va a extrañar lo que expone; leyéndolo, nos extrañamos de que la doctrina de la época (hay capítulo específico) no pareciera dar mucha importancia ni prestar mucha atención a una problemática para nosotros tan trascendentemente compleja.

Viven en un país extraño esos juristas, no en el nuestro. Este nuevo, por distinto, siglo XIX que atisbamos parece efectivamente más viejo, por lejano de nuestro presente, por distante. Para visitarlo se requería todavía la exploración pionera, el experimento historiográfico iluminante. Cabe recordar, acudiendo al símil literario, la aventura de aquel arrojado científico que, empeñado en demostrar que el planeta en el que vivimos es un organismo vivo y sensible, perfora en el lugar geológica-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente adecuado la corteza terrestre hasta taladrarla del todo y lanza luego hacia las profundidades un afilado mástil que llega a clavarse en el palpitante núcleo del planeta; el grito de dolor que la Tierra profiere cierra el relato estremeciendo al lector. Profundizando en las fuentes y persiguiendo tercamente lo que se esconde bajo la inerte superficie de las corrientes asunciones historiográficas, Marta Lorente, tras seleccionar cuidadosamente su objeto, alcanza el núcleo más vivo de la historia jurídica española decimonónica y hace oir a sus lectores otro inaudito lamento: la voz del Estado.

JESÚS VALLEJO

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *Historia del Derecho Mercantil. Estudios*, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 1999.

Le raccolte di scritti che talora, con non corretta riduttività si chiamano "minori" (molto più giusto sarebbe chiamarli "sparsi") spesso non facilmente rintracciabili anche per la loro lontananza cronologica e per l'accavallarsi di studi sugli stessi temi, si può rivelare una felice occasione per considerare il valore complessivo dell'opera di un Autore. Nel caso specifico Martínez Gijón, per lunghi anni cattedratico di Storia del diritto nell'Università di Siviglia, ove ha creato una scuola che annovera alcuni tra i più noti storici del diritto spagnolo. Proprio uno di questi allievi, Carlos Petit, si è preso cura di raccogliere e rieditare una serie di contributi del Maestro in tema di storia del diritto mercantile, il campo nel quale, insieme a quello della storia del diritto di famiglia in Castiglia, Martínez Gijón ha ottenuto i risultati scientifici più probanti. L'organizzazione interna che Petit ha dato al volume esplicita anche i temi su cui si è specificamente soffermata l'attenzione e l'interesse scientifico dell'Autore e testimonia una lunga e proficua militanza storiografica.

La prima sezione comprende il contributo più antico (1964), concernente la giurisdizione marittima in Castiglia durante il Basso Medioevo. Il taglio prevalentemente istituzionale pone in rilievo uno dei connotati più costanti della storiografia di Martínez Gijón, cioè la ricchezza di documentazione che, nel caso specifico della giurisdizione marittima, fa emergere le caratteristiche di funzionamento di tribunali che sono speciali per la materia, per i giudici non togati e per la snellezza dei procedimenti.

La seconda sezione ha per tema la commenda nel diritto spagnolo e si compone di tre contributi, la commenda-deposito (1964), la commenda mercantile (1966), la commenda e il trasporto di merci nel basso Medioevo (1974).

Si tratta della articolazione e progressiva attivazione di un disegno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complessivo inteso a colmare una lacuna nella storiografia spagnola carente di una monografia sulla commenda che invece l'Autore ritrovava nella letteratura francese, italiana e tedesca. Prendendo spunto dall'idea del contratto fiduciario, si inizia la storia della commenda in relazione ai suoi collegamenti concettuali e pratici con il deposito e si collegano le origini romane dell'istituto all'emergere dei temi e delle problematiche legate alla banca. Se non è molto lo spazio dedicato alle dottrine giuridiche e teologiche, molta attenzione e cura è data all'evoluzione delle fonti normative spagnole a partire dalla legislazione visigota fino al XVIII secolo e alle formalizzazioni successive di questi contratti nei documenti notarili e in quelli privati (da una non chiara gratuità nei secoli precedenti si passa definitivamente al deposito lucrativo nel XVI secolo). La pratica dei depositi bancari sembra a Martínez Gijón già presente a Barcellona nel XIII secolo, contrariamente a quanto ha ritenuto Sayous, ed il fenomeno si espande in Età moderna quando le grandi compagnie spagnole di commercio si nutrono dei depositi dei privati o delle persone giuridiche. L'evoluzione è quindi nel senso di una progressiva ricerca di spazi operativi al di là dei vincoli canonici pur presenti in Spagna anche se talora più teoricamente che concretamente: anche la nascita dei banchi pubblici procede in questa direzione. La custodia, oggetto essenziale del deposito, fu rimpiazzata dalla possibilità dell'uso delle cose depositate concesse ai depositari e dal carattere lucrativo che i depositi acquisiscono beneficiando i depositanti.

La seconda parte dello studio riguarda la commenda mercantile basata sul commento di documenti spagnoli del XIII e XIV secolo e sul confronto con i testi del Consolato del mare sullo stesso tema, a dimostrazione della esistenza degli stessi problemi di credito e di finanziamento e di una utilizzazione degli stessi strumenti presenti in altri scali del Mediterraneo, e in questa ricostruzione l'Autore mostra di apprezzare le elaborazioni di Astuti. Anche nel diritto spagnolo è predominante la commenda unilaterale, in cui l'accomandatario non apporta capitale. È anche interessante l'esame successivo della utilizzazione della commenda e di altri metodi commerciali nei traffici tra Spagna e America, tutto basato su documenti originali tratti dagli archivi sivigliani, e che offre materiali soprattutto per rilevare l'utilizzazione frequente del contratto di commissione. Questi temi dei rapporti col "derecho indiano" tornano frequentemente nell'opera di Martínez Gijón e Petit ha raccolto in una sezione intitolata "Instituciones del trafico con los Indios" ben cinque contributi scritti tra il 1967 ed il 1987.

Petit sostiene nella premessa che le pagine dedicate da Martínez Gijón al commercio americano sono importanti in quanto consentono di allargare gli studi precedenti sui metodi commerciali sia sulla base di nuove documentazioni sia per prospettive classificatorie che aprono. Credo che Petit si riferisca soprattutto ai contributi relativi al fenomeno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del "comercio por intermediario", il quale propone novità contrattuali o arricchisce figure preesistenti. Oltre alla circostanza che "El comercio a través de intermediarios era economicamente mas lucrativo" perché una buona organizzazione periferica consente di moltiplicare carichi e noleggi, esso si rivela un usatissimo espediente per superare vincoli politici: un intermediario spagnolo consente infatti ai mercanti francesi, olandesi e tedeschi di eludere la proibizione di negoziare e vendere le proprie mercanzie in quei territori.

La quarta sezione del volume è molto corposa ed ha per tema compagnie e società mercantili in Castiglia dal XVI al XIX secolo. La prima parte è in realtà una vera e completa monografia dedicata alla compagnia mercantile castigliana sulla base delle ordinanze del Consolato di Bilbao del 1737. Storia legislativa e dottrinaria, avverte l'Autore, "las fuentes que le sirven de appoyo no sean precisamente las documentales", con l'ulteriore specificazione che si limiterà a "ley y doctrina castellanas, con las unicas exceptiones de las obras de Angel de Periglio, Pedro de Ubaldis y Hector y Angel Felicio". Questi autori non castigliani sono in realtà largamente utilizzati, ma quello che appare evidente è una scelta metodolgica dell'Autore che opta per una ricostruzione pressoché esclusivamente tecnico-giuridica. Non è poco se si pensa che, pochi anni prima, parlando di rapporti tra "derecho mercantil" e "derecho indiano" ammoniva che "siempre si debe procedere aplicando el método historíco-juríco a la fuentes", che sono certo la legislazione nazionale e la consuetudine locale, ma, soprattutto, "la fuente por excelencia en este campo de la investigación historíco-jurícas es el documento", inteso evidentemente in un senso molto lato. "Solo mediante el manejo de los documentos es posible conocer la auténtica realidad de la vida mercantil".

L'ultima sezione del volume comprende un breve contributo del 1994, l'ultimo scritto dell'Autore, in tema di interventismo economico della monarchia spagnola e la retroattività della legge, un po' atipico rispetto al resto della sua produzione.

Nel complesso il contributo di Martínez Gijón alla storia del diritto commerciale appare meritevole almeno per due aspetti: da un lato, come egli stesso sostiene, la storiografia spagnola era carente in questo settore ed è certo commendevole l'avere discusso la letteratura straniera riportandola alla situazione spagnola e ponendo a disposizione di tutti gli esempi documentali tratti dagli archivi e la ricostruzione di normativa e dottrina spagnola. All'opera individuale è da aggiungere la sua opera di Maestro che ha indotto allievi come Clavero, Merchan, Petit, Vallejo tutti capaci di dare impulso, ognuno secondo le proprie visioni, alla storiografia giuscommercialistica spagnola, sicuramente oggi tra le più originali ed interessanti.

VITO PIERGIOVANNI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ABELARDO LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 333 pp.

> "Cada indio es una república libre", integrante de "una muchedumbre de bárbaros dispersos, y sin cabeza", incapaces de cumplir y observar el "sagrado de las capitulaciones".
>
> (Carta de Teodoro de Croix, Comandante General de las Provincias Internas del Virreinato de la Nueva España, dirigida a José Rubio, Comandante Inspector de los Presidios de las Provincias Internas, datada en el Valle de Santa Rosa el 12-II-1778; y conservada en el Archivo General de Indias de Sevilla, Sección Audiencia de Guadalajara, leg. 276, según Levaggi, A., *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América*, pp. 255-260; la cita en la p. 256).

> "El cuartel se encontraba al norte de la ciudad. Delante de él terminaba la carretera, ancha y en buen estado (...). Diríase que el cuartel era un símbolo del poder de los Habsburgo, que el real e imperial ejército había colocado en el país eslavo. El cuartel cerraba el paso a la carretera antiquísima, tan ancha y extensa por las migraciones, siempre repetidas, de los pueblos eslavos. La carretera tenía que ceder ante el cuartel. Daba allí una gran curva. Si uno se situaba en el extremo norte de la ciudad, al final de la carretera, donde las casas se iban haciendo pequeñas hasta convertirse finalmente en chozas campesinas, en los días claros se podía distinguir, en la lejanía, la puerta negra y amarilla del cuartel, puesta allí como un poderoso escudo de los Habsburgo frente a la ciudad, simbolizando, a la vez, amenaza y protección. El regimiento estaba destacado en Moravia. Pero la tropa no estaba formada por checos, como cabría suponer, sino por ucranianos y rumanos (...). Los rayos del sol de los Habsburgo llegaban por el este hasta la frontera del zar de Rusia (...). Y así fue como se le impidió a su hijo, a Carl Joseph, marqués de Trotta y Sipolje, que sirviera en las fronteras del sur. Solamente podía escoger entre pasar a servir en el interior del reino o en sus fronteras orientales. Se decidió por un batallón de cazadores estacionado a dos leguas de la frontera rusa, que se hallaba cerca de Burdlaki(...). Era el país hermano de los campesinos ucranianos, de sus armónicas melancólicas y sus canciones inolvidables: la hermana norteña de Eslovenia".
>
> (Roth, Joseph, *La marcha Radetzky*, trad. al castellano y reedic. en Barcelona, 2000, primera parte, cap. V, p. 68; y segunda parte, cap. IX, pp. 137-138)

Las fronteras, *abiertas* o *clausuradas*, sabido es que, históricamente, han definido y definen los Imperios, desde el Romano hasta el —o los- de nuestros días.

I. En el libro III de su *Política*, que probablemente fue escrita entre el 333 y el 323-322 a.C., y que consiste en un estudio teórico sobre el ciudadano y sobre los diferentes regímenes políticos, Aristóteles ya se planteó la cuestión de cuándo la *polis*, el Estado-ciudad, era uno o eran, en realidad, varios. De aquí derivó la consagración clásica del trípode de elementos constitutivos del Estado, entendido también este término,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genéricamente, en tanto que comunidad política organizada: un territorio, una población, una constitución. A este respecto, *el Estagirita* se preguntaba: "En el caso de las personas que habitan el mismo lugar, ¿cuándo hay que pensar que es una sola su ciudad? No será, desde luego, por las murallas, ya que una sola muralla podría rodear el Peloponeso. Tal es seguramente el caso de Babilonia, y de cualquier población cuya área es más propia de una raza que de una ciudad. De Babilonia cuentan que al tercer día de haber sido tomada, aún no lo sabía una parte de la ciudad" (*Política*, III, 3). En una *Hélade* empobrecida y amenazada por constantes guerras civiles, y desgarrada por revueltas y enfrentamientos entre las clases sociales que imposibilitaban la puesta en práctica del viejo ideal democrático de concordia ciudadana, Aristóteles (384-322 a.C), más que el arquetipo de la *politeia*, la constitución perfecta, buscaba algo más modesto, pero inexcusable: la *seguridad* (*aspháleia*), que entendía sólo alcanzable desde el valor de la moderación.

La solución de erigir murallas, la máxima concreción material del concepto lineal de *frontera*, ha sido, por supuesto, el ideal de todo régimen político mínimamente evolucionado, desde la Gran Muralla China, construida en el siglo III a.C. para detener, con sus 3000 kilómetros de longitud estimados, las invasiones tártaras. Pero, ni siempre ha sido posible levantarlas, ni siempre, desde luego — ni mucho menos-, han tenido éxito a la hora de fijar y mantener la indemnidad de los límites de una comunidad política independiente. Por eso, el ideal geométrico, racional y cartesiano de las *fronteras lineales* ha sido, en la historia, una excepción deseada, aunque sólo esgrimido, como elemento rector de sus respectivas políticas coloniales, por las potencias europeas en el siglo XIX, cuya máxima expresión sería la Conferencia de Berlín de 1884-1885, y que alcanzaría su supremo, y más que dudoso, esplendor, en el proceso de descolonización de África, en la segunda mitad del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial. Por lo tanto, la frontera más frecuente, en el tiempo histórico de los hombres, ha sido la *frontera zonal o marginal*, es decir, un borde más o menos extenso, una tierra de nadie, que separa comunidades u organizaciones políticas enemistadas entre sí (de similar o de dispar evolución cultural, social, económica, política y militar), como resultado de campañas intermitentes, ya ofensivas, ya defensivas, y de victorias inestables que han impedido el sometimiento de una por la otra, o la destrucción de ambas. En el caso concreto de la Península Ibérica, no hace falta recordar, durante la dominación romana, el caso de la resistencia de los astures, cántabros y vascones, que originó una de esas fronteras *marginales* en el *limes* de la República de Roma, entre el 197 a.C., en que fue dividida *Hispania* en dos provincias (la *Citerior* y la *Ulterior*), hasta que, después del 19 a.C., se convirtió en una tierra pacificada (*Hispania pacata*), tras las campañas de los años 29 a 19 a.C., en las que tuvo que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intervenir el propio Augusto, quien, en el 27 a.C., pudo reorganizar la división provincial hispana (*Tarraconensis*, *Baetica* y *Lusitania*). Tampoco la Hispania visigoda careció de fronteras *marginales*, puesto que los suevos, asentados en el noroeste, sólo fueron definitivamente derrotados por Leovigildo en el 585; y los bizantinos dominaron el sureste peninsular desde el 554 hasta el reinado de Suintila, que no logró expulsarlos hasta el año 629. Con posterioridad, no es preciso mencionar la España cristiana medieval, la *sociedad de frontera* con el Islam, por antonomasia, de la Europa occidental, en cuyo seno se forjó la generación de conquistadores del Nuevo Mundo (Hernán Cortés, Francisco Pizarro, Diego de Almagro, Pedro de Alvarado, Vasco Núñez de Balboa, Sebastián de Belalcázar, Bernal Díaz del Castillo), nacida entre 1474 y 1504, y que predominó durante la primera mitad del siglo XVI.

Con estos precedentes, de sociedades peninsulares históricamente fronterizas, como todas las mediterráneas, con el carácter añadido de puente tendido entre Europa y Africa, la España de finales del cuatrocientos y de principios del quinientos se encontró inmersa en la aventura americana. A las Indias, además, llegó una organización política, la *Monarquía Hispana* — con el paso del tiempo, advenida en *Hispánica*, al superar su inicial base de partida, exclusivamente peninsular-, de constitución plural. En efecto, la Monarquía de Carlos I a Carlos II fue una Monarquía de Reinos separados o Monarquía *compuesta*, en la que sus diversas partes integrantes (los Reinos de Castilla, de Aragón, de Portugal, de Navarra, de Sicilia y Nápoles, de Valencia, de Mallorca y de Cerdeña; el Principado de Cataluña, y los Ducados de Milán, Bravante y Borgoña, el Condado de Flandes, y el Señorío de Vizcaya y de Molina, etc.) poseían y conservaban sus peculiares y respectivos rangos políticos, y sus privativos Derechos, público y privado, además de sus correspondientes privilegios fiscales. Pues bien, en aquella Monarquía hispano-indiana de los siglos XVI, XVII y XVIII, como en su matriz y superviviente en la Europa del XIX, la Monarquía austro-húngara que culminaría y se disolvería con Francisco José I (Viena, 1830-*íd.*, 1916), emperador de Austria y rey de Hungría, la frontera, o mejor dicho, *las fronteras*, conformaban constitutivamente su realidad política, en ambos casos, *plural* o *compuesta*. Unas fronteras que, como las aduanas interiores de algunos de sus Reinos y territorios (de la Corona de Aragón, del Reino de Navarra o de las Provincias Vascongadas, por ejemplo), no siempre eran exteriores, ni externas. En el segundo de los textos incluidos en la cita preliminar, la recreación literaria del moribundo Imperio austro-húngaro que llevó a cabo Joseph Roth (Schwabendorf, Galitzia, 1894 - París, 1939) en *La marcha Radetzky* permite comprobar la importancia, y la persistencia, de un *mundo de fronteras*, en el que las supuestamente exteriores se diluyen en la exuberante profusión de las internas: si en la Europa central y oriental, sometida a la Monarquía de los Austrias decimonónicos, los

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

checos, polacos, ucranianos, servios, croatas y eslovenos vivían bajo un lejano poder soberano, lo mismo ocurría, en el Nuevo Mundo integrado en la Monarquía de los Austrias hispanos del quinientos y el seiscientos (*las Indias*), e incorporado a la Corona de Castilla, con los indígenas que habitaban desde el Golfo de México hasta la Tierra de Fuego, desde el Virreinato de la Nueva España hasta el del Perú (desde 1776, hasta el Virreinato del Río de la Plata). En ambos casos, diferentes pueblos indígenas (europeos y americanos), culturalmente dispares, y, en ocasiones, también económica y socialmente, convivían o coexistían congregados en torno al único vínculo común que los ligaba en la unidad política: el de la persona del monarca, el mismo para todos ellos, que articulaba en su mano el gobierno de cada territorio por distinto título (Rey de Castilla, Rey de Navarra, Duque de Milán, Conde de Barcelona y Príncipe de Cataluña, Conde de Flandes, Señor de Vizcaya, etc., en los supuestos que más interesan aquí), una vez que sus diferentes vasallos habían prestado juramento, reconociéndole como tal. Ningún vínculo jurídico unía directamente a las diversas formaciones políticas entre sí, salvo el mencionado de la coincidencia en prestar juramento de obediencia a un mismo soberano, que, eso sí, desarrollaba y dirigía una común acción política sobre todos ellos, por la que quedaban vinculados frente al exterior, pese a conservar su personalidad política propia.

Los cuarteles o fuertes, desde donde patrullaban y vigilaban las fronteras los ejércitos, reales e imperiales, cerraban los caminos (americanos) y las carreteras (europeas) en las Monarquías hispánica y austro-húngara. Eran el poder efectivo, y el símbolo del poder, allí donde éste no era observado u obedecido. También en el Bajo Imperio Romano, con Diocleciano o con Constantino, había ejércitos fronterizos (*limitanei, ripariensis*), cuya principal misión era la de vigilar los movimientos de las tribus bárbaras, y formar la vanguardia que habría de rechazarlas en caso de ataque. Fronteras y fortines explican muchas cosas históricamente, e incluso permiten interpretar el pasado de una nación, como lo hizo Frederick Jackson Turner en 1893, cuando pronunció su conferencia sobre *El significado de la frontera en la historia norteamericana*. En ella, argumentaba que la aparición de una democracia individualista en los Estados Unidos de América era el resultado de las tierras libres que había habido disponibles hasta entonces, vinculadas a las fronteras del oeste del continente. La conquista de esas tierras libres habría creado una sociedad caracterizada por una extraordinaria movilidad, de pioneros independientes y autosuficientes, capaces de crear sus propias instituciones al margen de un gobierno central, y que encontraban en ellas la salida o el escape necesario para huir de los conflictos sociales y económicos, creando una sociedad — aparentemente — más libre que la que dejaban atrás. La *democracia de las praderas* contrastaba, así, con el conservadurismo aristocratizante de Nueva Inglaterra, y, en general, de la costa este de los Estados Unidos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Quizás estas reflexiones — o digresiones — resulten excesivas, y hayan llevado demasiado lejos de la obra aquí recensionada. Probablemente, este largo *excursus* es útil sólo para quien escribe estas líneas, y menos para quien las lea, mas, en todo caso, pueden ser válidas a la hora de abordar el análisis del libro de Abelardo Levaggi, que ha sido editado en la prestigiosa Colección de *Historia de la Sociedad Política* que dirige el profesor Bartolomé Clavero Salvador, y que publica el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

En la *Introducción* (pp. 13-16) de su *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, el profesor Levaggi, haciendo gala de su estilo conciso y de su gran capacidad de síntesis, óptimos ambos para la investigación que se ha propuesto, aborda la presentación de su proyecto de estudio con cautela y con modestia. Entre los españoles y las comunidades indígenas libres de América hubo relaciones de paz y de guerra, entre 1492 y 1810-1821. Su interés se ha centrado en las primeras, y, de ellas, no sobre todas, sino sobre aquellas en las que haya quedado referencia o constancia escrita; es decir, sobre las relaciones *diplomáticas*, enderezadas a la celebración de *tratados*. Por lo tanto, la cautela científica que obligadamente hace pública el autor es la de que ha excluido de su investigación las realidades sociales y económicas hispano-indígenas. Su objeto de estudio es, pues, una parte de la realidad social (la jurídica, en su vertiente diplomática), pero, "realidad al fin". Pese a que se trata de una investigación sistemática, la primera de conjunto sobre una materia tan amplia, que carece casi de bibliografía previa (*), Levaggi declara desde el principio, modestamente, que ha preferido dar a la imprenta una obra con inevitables lagunas — es el riesgo que han de arrostrar los pioneros, incluidos los

(*) Parte de ella ha salido, asimismo, de la pluma de Levaggi, A., "Una institución chilena trasplantada al Río de la Plata: el *capitán de amigos*", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 13 (1989-1990), pp. 99-107; *Id.*, "Derecho de los indios a la autodeterminación", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, 6 (1994), pp. 125-157; *Id.*, "Antecedentes romano-visigóticos e hispano-canarios de los tratados hispano-amerindios", en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, t. III, vol. I, Madrid, 1996, pp. 199-211; *Id.*, "Aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España: el caso de la Florida y tierras adyacentes (1700-1781)", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 8 (1996), pp. 225-241; *Id.*, "Aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines: el caso de la Luisiana y las Floridas (1781-1790)", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, 20 (1996), pp. 371-403; *Id.*, "Aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines: el caso de la Luisiana y las Floridas (1791-1798)", en en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 9 (1997), pp. 449-483; *Id.*, "Los tratados con los indios en la época borbónica. Reafirmación de la política de conquista pacífica", en *Actas y estudios del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, Buenos Aires, 1997, pp. 103-118; e *Id., Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina*, Buenos Aires, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intelectuales —, para así facilitar la labor de futuros investigadores, cubriendo, desde un primer momento, un claro vacío de la historiografía americanista.

Para redactar su monografía, y, previamente, para ordenar su labor investigadora, el profesor Levaggi ha estructurado la materia desde un triple marco de referencia: a) *geográfico*, cuyo protagonista es la *frontera*; b) *jurídico*, cuyo instrumento principal es el *tratado*; y c) *ideológico*, sustentado por la *doctrina indigenista* de la Corona. Sobre el primero ya hemos hecho referencia, *in extenso*, con anterioridad. Ahora sólo cabe añadir que en las *fronteras interiores* de las Indias Occidentales moraban pueblos de cultura primitiva, fundamentalmente nómadas cazadores y recolectores, que fueron los que con más éxito resistieron la empresa de conquista de los españoles, dada la dispersión, número e independencia de sus clanes o tribus, a diferencia de los pueblos de cultura media y de alta cultura (chibchas, mayas, aztecas, incas), sedentarios y agrícolas, cuya estructura social jerarquizada, y más desarrollada y unitaria organización política, facilitaron, precisamente, su sometimiento. Dichos pueblos de cultura inferior o más primitiva son los que el autor recoge en los mapas que proporciona en las pp. 314-315, indicando su ubicación: desde los navajos, apaches y comanches de las praderas del sur de los Estados Unidos (y norte del Virreinato de la Nueva España), o los chactás, chicachás y cheroquis del noreste de la Luisiana y noroeste de la Florida, hasta los araucanos de Chile, o los pehuenches de las pampas argentinas. En estas *fronteras marginales* del Nuevo Mundo, aunque la Corona española consideraba que tales pueblos, de hecho libres e independientes, estaban sujetos a su dominio en virtud de los títulos jurídicos que invocaba (descubrimiento, ocupación, bulas pontificias, evangelización), lo cierto es que no había podido tomar posesión efectiva de ellos, ni ejercer su jurisdicción sobre ellos, ya que se resistían a la penetración hispana. En definitiva, se trataba de territorios no integrados todavía bajo la dependencia de la Monarquía Hispánica.

Para conseguir su integración, dado que la belicosidad extrema de dichos pueblos periféricos impidió — o alargó extraordinariamente en el tiempo — su sometimiento, su *civilización* (es decir, la asunción, impuesta o voluntaria, de la organización política, social y económica, y los cánones culturales, de la que entonces se consideraba como única admisible, la hispana y europea occidental) y su *cristianización*, la Monarquía prefirió aplicarles una política de pacificación concordada o capitulada. De ese modo, la exigencia de la *seguridad* aristótelica, imprescindible cuando existe algún grado de debilidad militar, o de impotencia en la consecución o el mantenimiento del orden público, se impuso también en las Indias, durante los siglos XVII y XVIII. El valor de la moderación, también predicado por Aristóteles en su *Política*, justificaba que los oficiales del rey en el Nuevo Mundo decidiesen acudir

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al *tratado* como instrumento de solventación de sus conflictos con los nativos que resistían su presencia, y su dominio. Paradójicamente, pues, a las organizaciones políticas y sociales más desarrolladas (como la federación de ciudades aztecas o el imperio inca), una vez conquistadas, se les aplicó el principio político de subordinación a la autoridad soberana, propio del vínculo vertical entre gobernante y gobernados, con sometimiento al imperio de la ley como fuente, sino exclusiva — puesto que también fueron admitidas, en ciertos casos, algunas costumbres aborígenes —, sí principal, del Derecho. En cambio, a las comunidades indígenas más primitivas y menos desarrolladas se les reconoció el privilegio de ser regidas por el principio político de coordinación, propio de naciones independientes, cuyo instrumento jurídico y fuente de Derecho era el tratado. En definitiva, los pueblos más débiles — teóricamente — de América, por mor de su resistencia armada, y de su éxito en ella, fueron tratados como iguales por la poderosa Monarquía Hispánica, mientras que los más fuertes, al haberse rendido y reconocido la soberanía del titular de aquélla, fueron tratados como desiguales, como súbditos de ella, y vasallos del rey. Paradojas de la fortuna, de la tenacidad, y de la *marginalidad*.

El *tratado*, además de un instrumento jurídico peculiar, también representa una muestra evidente del particularismo y de la capacidad de adaptación del Derecho Indiano a la realidad social, económica, política y militar del momento, y de la época. Como Derecho singular, distinto del común (Reales Pragmáticas, Provisiones, Cédulas, Órdenes, Instrucciones, Ordenanzas), su fuerza y legitimidad derivaba del Derecho de gentes. Al hacer relación de sus principios generalmente aceptados, en materia pacticia, el profesor Levaggi acude a uno de sus expositores clásicos: en concreto, a *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, que es una obra de Emeric de Vattel, publicada en Londres, en 1758, que fue traducida libremente por José de Olmeda y León, bajo el título de *Elementos del Derecho Público de la Paz y de la Guerra* (Madrid, 1771), e incluida por la Inquisición española en el *Índice de Libros Prohibidos* en 1779. Sólo se destacará aquí que Vattel, por una parte, diferenciaba los *tratados* de los *pactos*, *acuerdos* o *convenciones*. Y ello porque el objeto de estos últimos eran asuntos transitorios, que se cumplían en un acto único, mientras que los primeros eran de ejecución sucesiva, extendiéndose a todo el tiempo de su vigencia. Por otro lado, Vattel admitía la validez -aunque no la conveniencia- de los *tratados desiguales*, esto es, de aquellos en los que la parte débil se sometía a condiciones onerosas impuestas por la más fuerte: no hacer la guerra a terceros sin el consentimiento de ésta, tener los mismos aliados y enemigos, sostener y respetar su majestad, no edificar plazas fuertes en determinados lugares, no comerciar, etc. En consecuencia, las condiciones de desigualdad de las partes, que era algo presente en las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relaciones entre la Monarquía Hispánica y las débiles comunidades indígenas independientes de las fronteras interiores y *marginales* de América, no constituían vicios que afectasen a la validez de sus tratados, como se podría creer, aplicando criterios actuales — y, por ello, anacrónicos —. Otra cosa muy diferente es que, como se lamentaba Teodoro de Croix, comandante general de las Provincias Internas del Virreinato de México, creadas en 1776, según el primero de los textos recogidos en la cita preliminar, los indios se mostrasen incapaces de respetar *el sagrado de las capitulaciones*. Y ello, precisamente, por aquello que explicaba su capacidad para arrancar de la Monarquía Hispánica acuerdos de igual — más o menos — a igual: el hecho de que cada indio se considerase *una República libre*. En este caso, su *incivilidad* y *acristianización* resultaban una indudable ventaja política y militar.

El profesor Levaggi reserva el capítulo I (pp. 17-37) para explanar el contenido del *marco ideológico*, dentro del cual hay que encuadrar las relaciones diplomáticas hispano-indígenas en el Nuevo Mundo. La política oficial de conquista de las Indias pasó, en el siglo XVI, de la dominación, incluso violenta o por la fuerza, de los naturales de aquellas tierras, en su primera mitad, al convencimiento y triunfo de la penetración pacífica en la segunda. El instrumento, y símbolo, de la política compulsiva hacia los nativos fue el *Requerimiento*, de contenido intimidatorio, redactado en 1514 por Juan López de Palacios Rubios, en el que se recogían los títulos que entonces se consideraban prevalentes para justificar el dominio de las *Islas y Tierra Firme de la Mar Océana* (la donación pontificia de las bulas alejandrinas y el descubrimiento). Los estragos que dicha política causó entre los indios obligó a que fuese modificada, en un proceso paulatino que culminó en las *Reales Ordenanzas de nuevos descubrimientos y poblaciones*, promulgadas por Felipe II el 13 de julio de 1573, sobre la base doctrinal previa de incorporación del Derecho natural en la teología escolástica medieval llevada a cabo por la Escuela de Salamanca, y, señeramente, por fray Francisco de Vitoria, en especial, en su famosa primera *Relectio de Indiis* (1539). Era la evangelización de los naturales, y no su destrucción física, sino su salvación espiritual, la misión confiada a los reyes de Castilla por los Sumos Pontífices. Para lo cual, desterrando la fuerza, debían trabar los españoles alianza y amistad con los indígenas, valiéndose para ello de su buen trato, del comercio y de los regalos. De esta forma, en el Derecho Indiano se impuso la política de penetración y de ocupación pacífica — plasmada oficialmente en la *Recopilación de Indias* de 1681 —, para lo sucesivo. Y, a partir de entonces, así como el *requerimiento* había sido el instrumento jurídico por excelencia de la conquista armada, el *tratado* pasó a serlo de la penetración pacífica. Una política de pacificación que sería luego continuada por los Borbones, en el siglo XVIII. A este respecto, José de Gálvez, secretario de Estado y del Despacho de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indias, escribía al mismo comandante general Teodoro de Croix, el 20-II-1779, lo siguiente, que resulta harto significativo de tal continuidad: "Serán a Su Magestad infinitamente más gratas las conquistas, aunque lentas y sin aparato, que se hagan con la dulzura, el buen trato y la beneficencia, que las más grandes, ruidosas y rápidas que se consigan, derramando sangre humana, aunque sea de los más bárbaros enemigos" (p. 35).

La negociación y conclusión de tratados, a lo largo de los más de tres siglos de dominación española en América, revistió formas muy diversas, imposibles de reducir — advierte Levaggi —, dada su múltiple y pintoresca casuística, a un tipo ideal. Hubo acuerdos orales y escritos, y a ambos se les reconoció idéntica fuerza y valor. Obviamente, de los primeros es mucho más difícil que haya quedado constancia o prueba fehaciente; como mucho, algunas referencias ocasionales o accidentales. Problemas añadidos fueron, a la hora de su concertación, la falta de buenos intérpretes (*lenguas*), y la dificultad para los españoles de saber cuál era la autoridad y representación efectivas, entre los suyos, de los caciques e indios principales con los que trataban. En cualquier caso, el autor de la obra que nos ocupa ha reunido, a partir de una minuciosa investigación archivística (en los Archivos General de Indias de Sevilla, General de la Nación de México y General de la Nación de Argentina, General de Santiago del Estero, Nacional de Chile, Histórico de Mendoza) y bibliográfica (de fuentes primarias o directas éditas, y secundarias o indirectas), una multiplicidad de tratados hispano-indígenas, de los siglos XVI, XVII, XVIII, e incluso de los primeros años del XIX. Dado su elevado número, ha procedido a su clasificación y agrupación sistemáticas, y, dentro de ella, a su ordenación cronológica. De este modo, el capítulo II está dedicado a lo que denomina la *Protohistoria de los tratados. Primeros contactos interétnicos* (pp. 39-64); después, son recogidas las paces, capitulaciones, parlamentos y tratados, con noticia de sus negociaciones previas, que tuvieron por escenario el Chile de los siglos XVII (cap. III, pp. 65-88) y XVIII (cap. V, pp. 103-159); luego, conjuntamente, dado su menor número, los del Río de la Plata y la Nueva España en el siglo XVII (cap. IV, pp. 89-101), el Río de la Plata en el XVIII (dividido en dos apartados, ya que, por el contrario, entonces fueron concertados muchos tratados, en los caps. VI, pp. 161-200 y VII, pp. 201-232); seguidos de los de la Nueva España también en el siglo XVIII (igualmente divididos en dos partes, en los caps. VIII, pp. 233-260 y IX, pp. 261-278); para concluir con los de la Florida y la Luisiana en el XVIII (cap. X, pp. 279-300), y los de Costa Rica — aunque mejor sería precisar que corresponden a la Costa de los Mosquitos — y el Darién, también en el XVIII (cap. XI, pp. 301-309).

Aunque sólo en la segunda mitad del quinientos se impuso la política de penetración pacífica en las Indias, impulsada por la Corona,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que adoptaría, en lo que aquí concierne, el tratado como expresión jurídica, el primer pacto interétnico, entre los españoles y los indígenas (entre europeos y americanos), fue concertado por Cristóbal Colón y un cacique taíno de la isla Española, llamado Guacanagnarí, el 30 de diciembre de 1492. En realidad, más que una capitulación o tratado europeo, era un pacto de naturaleza aborigen: un pacto de *guatiao*. Consistía éste en un intercambio de nombres y regalos, entregando los indígenas mujeres o esclavos, con reconocimiento de la autoridad y soberanía de los reyes de Castilla, y aceptación del cristianismo. El intercambio de nombres constituía la esencia de tal clase de pactos, como explica fray Bartolomé de las Casas: "Este trueque de nombres, en la lengua común desta isla, se llamaba ser yo y fulano, que trocamos los nombres, *guatiaos*, y así se llamaba el uno al otro *guatiao*; teníase por gran parentesco, y como liga de perpetua amistad y confederación, y así el capitán general y aquel señor quedaron *guatiaos*, como perpetuos amigos y hermanos en armas" (*Historia de las Indias*, lib. II, cap. 8). La siguiente noticia de un convenio en La Española, y, por tanto, en el Nuevo Mundo — que también proporciona Las Casas —, se demoró hasta el mes de mayo del año 1533, cuando el capitán Francisco de Barnuevo logró que depusiese las armas el cacique Enrique o Enriquillo, de San Juan de la Maguana, que se había sublevado en 1519. Se sabe que Vasco Núñez de Balboa, hasta su ajusticiamiento por Pedrarias Dávila, también en 1519, celebró paces y alianzas con los naturales del Darién, pero, sólo constan de ellas referencias indirectas. En la conquista de México, Hernán Cortés supo combinar acertadamente las ofertas de amistad, el terror y la religión para imponer su voluntad y dominio, mas, no concertó formalmente tratados con los indígenas. Para encontrar el primer convenio — empleando este término, y otros equivalentes, como sinónimo de tratado, sin seguir la distinción, antes aludida, que hacía constar Vattel en su época — con nativos del Virreinato de México, hay que esperar al año 1591. Durante la guerra chichimeca, que se desarrolló al norte de la Nueva España en la segunda mitad del XVI, hubo varios intentos de atraer a sus jefes a la paz mediante la persuasión. Dentro de esta política de concordia, el virrey Luis de Velasco *el joven* suscribió capitulaciones, el 14 de marzo de dicho año, con los indios principales de la ciudad de Tlaxcala, comprometiéndose éstos a hacer poblaciones en tierra de los chichimecas, y a conseguir que se fuesen pacificando. Hay referencias, igualmente, de diversos pactos o tratados verbales concertados por Álvar Núñez Cabeza de Vaca, en la ciudad de la Asunción del Paraguay, entre 1542 y 1544, como segundo adelantado del Río de la Plata, con los indios payaguaes y guaycurúes. Finalmente, como en la conquista de México, tampoco en la del Perú hay indicios de que se hubiesen celebrado tratados. El primero de ellos, comprobado, fue formalizado el 24-VIII-1566, en nombre del gobernador licenciado Lope García de Castro, con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el Inca Tito Cusi Yupangui, quien, refugiado en las montañas de Vilcabamba, se resistía a las autoridades españolas.

Cada frontera era un mundo distinto, pero, de todas ellas, quizá la más singular fue la de Chile, al sur del río Bío-Bío. Conocida es su calificación de *Flandes indiano*, por la belicosidad y prolongadísima resistencia de los indómitos aracaunos, con los que fracasaron todas las medidas de fuerza, incluida su esclavización a título de *indios de guerra*. Aunque hubo algunas iniciativas de paz en el siglo XVI, lo cierto es que hay que esperar a los inicios de la centuria siguiente para que éstas fructificasen, al menos, en parte y temporalmente. Con el auxilio del jesuita Luis de Valdivia, contrario a la guerra ofensiva y a la esclavitud indígena, el gobernador Alonso García Ramón logró reunir un importante parlamento el 7 de octubre de 1608, al que acudieron los caciques de las tribus vecinas a la Concepción. La institución indígena (araucana) del *parlamento* o *coyactun* jugó un papel muy importante en las relaciones diplomáticas mantenidas con los españoles. Era un acto público en el que, por ejemplo, al tomar posesión los gobernadores de su cargo en el Reino de Chile, los naturales ratificaban su obediencia y lealtad al monarca, exponían sus quejas y reclamaciones, recibían regalos y presentes, etc. Pues bien, en 1608, los caciques de varias parcialidades pidieron la paz, y prometieron vasallaje al rey de Castilla, escarmentados como estaban por las muertes y daños que les venían infligiendo los españoles. Con posterioridad, el jesuita Valdivia consiguió que fuese expedida una Real Cédula, el 8-XII-1610, que ordenaba la suspensión temporal (durante tres o cuatro años) de la guerra ofensiva en Chile. No fue más que un espejismo. Los indios volvieron a efectuar sus *malocas* o *malones* (invasiones para el pillaje), y otra Real Cédula, ahora de 13-IV-1625, dispuso que se reanudase la guerra ofensiva, y permitió, de nuevo, la esclavitud de los indígenas. Luego, los sucesivos decenios del siglo XVII, como también los del XVIII, fueron una serie apenas interrumpida de períodos de guerra, con breves interludios de precaria paz: tratados del gobernador Francisco López de Zúñiga, marqués de Baides y conde de Pedrosa, en Quillín, de 6-I-1641; del gobernador Ángel de Peredo, en Santa María de Guadalupe y Benavídez, de 3-XII-1662, y en San Felipe de Austria y Nuestra Señora de la Almudena, de 11-I-1663; del gobernador Tomás Marín de Poveda, en el parlamento general efectuado en Yumbel, de 16-XII-1692; del gobernador Gabriel Cano de Aponte, en el parlamento general de Negrete, de 13-II-1726; del gobernador José Manso de Velasco, en el parlamento general de Tapihue, de 8-XII-1738; de Domingo Ortiz de Rozas, también en Tapihue, de 27-XII-1746; de Antonio Guill y Gonzaga, en la plaza del Nacimiento, en la ribera sur del Bío-Bío, de 8-XII-1764; del presidente interino de la Real Audiencia de Chile, Francisco Javier de Morales y Castejón, en el campo de Negrete, de 28-II-1771; del presidente Agustín de Jáuregui y Aldecoa, en Tapihue, de 24-XII-1774;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del maestre de campo de la frontera de la Concepción, Ambrosio Higgins (O'Higgins) Vallenar, en la isla de la Laja, junto a la laguna de Lonquilmo, de 7-I-1784; nuevamente de Ambrosio Higgins, esta vez, ya como capitán general y presidente de la Audiencia Real de Chile, en Negrete, de 6-III-1793; y de los brigadieres Pedro Quijada y Pedro Nolasco del Río, en nombre y representación del teniente general Luis Muñoz de Guzmán, también en el campo de Negrete, de 3-III-1803.

Como se puede observar, los tratados chilenos, en particular los del setecientos, formaron una serie o cadena: es más, un sistema, puesto que los posteriores solían confirmar los anteriores, agregando simplemente alguno o algunos artículos nuevos. Con el paso del tiempo, al afianzarse la fuerza militar de los españoles, los indígenas chilenos comenzaron a ser tratados como vasallos rebeldes, y no como comunidades o tribus independientes. Los tratados tendieron, entonces, a "convertirse en un estatuto" (p. 159), en el que la parte dominante, representada por el gobernador o el presidente de la Audiencia, proponía formalmente, y la débil, la de los caciques, se tenía que limitar a adherirse. El predominio creciente de un trato *vertical* (como vasallos) hacia los indígenas, y no ya *horizontal* (como comunidades políticas independientes), comienza a observarse desde el parlamento general de Yumbel, en 1692. Estos parlamentos generales, para tener tal carácter, debían estar presididos por el gobernador o por el presidente. Con carácter previo a su celebración, las autoridades españolas solían convocar *Juntas generales de guerra*, a las que asistían los oficiales de la Real Hacienda, el obispo de La Concepción, etc., a fin de debatir en ellas las condiciones de paz que luego serían propuestas, en el parlamento general, a los caciques mapuches. En ocasiones, los parlamentos generales eran suspendidos, en tiempos de paz, por dos razones principales: bien porque no existían fondos suficientes en la caja de la Real Hacienda para regalar y agasajar a los caciques, o bien porque éstos pretendían que se celebrasen en sus tierras. Por tal motivo, en el parlamento general de Tapihue, de 1774, Ambrosio Higgins consiguió que las diferentes parcialidades indígenas enviasen a uno de sus caciques a la capital, a la ciudad de Santiago, con el título de embajadores o personeros. En realidad, las autoridades españolas, más que tenerlos como interlocutores, querían retenerlos como rehenes, garantizando así que los suyos no se rebelarían. Esta novedad, sin embargo, no duró más de una década, ya que los indios dejaron de enviar embajadores. No obstante, su presencia se convirtió, durante el tiempo en que existieron, en un problema para los españoles, ya que los caciques-embajadores no sólo representaban los intereses de sus parcialidades, sino también los de los indios encomendados y que residían en territorio español, al norte del Bío-Bío.

En cualquier caso, pese a la tremenda resistencia de los mapuches o araucanos a someterse a la Corona, lo cierto es que se puede comprobar que, paulatinamente, iban siendo cristianizados, aunque

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fuese parcial o superficialmente. Por ejemplo, en la ceremonia de capitulación de Quillín, en 1641, los indígenas portaron ramas de canelo, en señal de paz, y sacrificaron hasta veintiocho llamas, pues entendían que lo tratado quedaba, de este modo, más fijo y asentado. Para ello, cada cacique las mataba, con un bastón de dos varas de alto, de un golpe, y "si tal vez no caía la oveja (de la tierra) del primero, se levantaba otro cacique con mucha ligereza, y le daba el segundo, con que la tendía en el suelo, y las que se quejaban o con las ansias de la muerte agonizaban, las acababan los circunstantes de matar, y después de muertas llegaban todos a sacarles los corazones, y rociar con su sangre el canelo que tenían en la mano" (p. 76). Un siglo después, en las capitulaciones de la plaza del Nacimiento de 1764, estas bárbaras costumbres habían cedido ante un explícito sincretismo religioso: para ratificar entonces las paces, los caciques "se pusieron todos de rodillas, haciendo la señal de la Cruz, y juraron por ella, y después, según su estilo, por el sol, cumplir los tratados" (p. 118). A pesar de todo, no faltó entre los mismos españoles fuertes críticas hacia la política de paz y acuerdos que se seguía con los mapuches, que llegaba incluso a postergar dos exigencias previas que se reclamaban, en todas las Indias, a la hora de pacificar a los indígenas, como eran la enseñanza inmediata de la religión a los naturales, y la obligación de vivir en poblados, esto es, de *congregarse* o *reducirse* en pueblos, abandonando su vivir disperso por los montes y valles. En cambio, como se quejaba el gobernador Jerónimo de Quiroga, "de estas paces que hacen los gobernadores mandan grandes informes al rey, pero nunca dan cuenta de lo que deshacen o dejan de hacer" (p. 78). En cada nuevo tratado se les perdonaban las rebeliones anteriores, y se les dejaba en posesión de sus tierras, permitiéndoles recuperarse para futuras correrías, muertes y robos. Y tenazmente se resistían a cumplir dos de los principales artículos de dichas convenciones o tratados: los de desarmarse, y poblar (en *reducciones* o pueblos grandes).

Desde principios del siglo XVII se produjo un fenómeno de *araucanización* de la Pampa. El territorio que se extendía más allá del paralelo 34 de latitud sur estaba poblado por las tribus indígenas de los pampas y puelches, pero, por entonces, comenzaron a atravesar la cordillera, procedentes de Chile, los pehuenches y, sobre todo, los huilliches o ranqueles, que llegaron a dominar la mayor parte de la Pampa, desplazando hacia la costa a los primitivos pobladores puelches y pampas. No obstante, pese a las *malocas* dirigidas contra las estancias de Buenos Aires y Cuyo, también estos indígenas mantuvieron relaciones diplomáticas con las autoridades del Río de la Plata. Con anterioridad, se cuenta con el precedente del tratado concertado por Alonso de Mercado y Villacorta, gobernador primero de la provincia del Tucumán, y después del Río de la Plata, en Buenos Aires, el 13-XII-1662, con los indios tocagües y vilos, representados por un jesuita de la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciudad de Santa Fe, llamado Nicolás de Carvajal. En este primer tratado rioplatense, las mayores obligaciones pesaron sobre los naturales de aquellas tierras, ya que tuvieron que someterse al dominio de la Corona, admitir ser desnaturalizados (es decir, salir de sus tierras del valle de Calchaquí para poblar cerca de la ciudad de Santa Fe), reducirse a una vida cristiana, y comprometerse a pagar tributo. A cambio, fueron eximidos de encomienda y de cualquier otra clase de servidumbre, y puestos bajo la jurisdicción del gobernador en garantía de buen trato. Condiciones parecidas -más o menos duras, según las circunstancias- fueron impuestas a los indígenas del Río de la Plata durante el siglo XVIII, en los numerosos tratados que, al igual que en Chile, fueron ajustados: los del gobernador del Tucumán, Esteban de Urízar y Arespacochaga, en Salta, el 27-VIII-1710, con los indios malbalaes, ojotaes y lules; el del teniente de gobernador de Santa Fe, Francisco Javier de Echagüe y Andía, y los mocobíes, en 1734, y el de su sucesor en el cargo, Francisco Antonio de Vera Mújica, en Añapiré, el 5-VI-1748, con los abipones; el de Juan de Santiso y Moscoso, también gobernador del Tucumán, con los tobas, de 12-VI-1742; el de Francisco de Paula Bucareli, gobernador de Buenos Aires, con los indios pampas, de 20-V-1770; el de otro gobernador de Tucumán, el licenciado Jerónimo Matorras, con el cacique mocobí Paikín, de 29-VII-1774, que fue grabado en el tronco de un árbol de vinal o visnal (una especie de algarrobo); el convenido por Juan Antonio Hernández Gándara, capitán del cuerpo veterano de caballería de Blandengues (que había sido creada en el Virreinato de la Plata, específicamente, para vigilar la frontera india), en representación del virrey marqués de Loreto, con el cacique de los pampas Callfilqui o Calpisquis, conocido por los españoles como *Lorenzo*, de 3-V-1790, que incluía una cláusula en la que aludía a aquellos "indios de los amigos que bajan a esta capital *(Buenos Aires)* a hacer sus tratos, y se fingen caciques para obtener de esta Superioridad algún regalo, que suele hacerse a los que verdaderamente lo son", y que inauguró un largo período de paz en la frontera, de hecho, hasta la Independencia, entre 1790 y 1810-1816; el de Rafael de la Luz, gobernador-intendente de Salta del Tucumán, con el cacique principal Napognarí, reconocido como tal por diversas naciones del Chaco, de 22-IX-1801; o el de Miguel Telis Meneses, comandante de las milicias urbanas de Mendoza, concertado con los pehuenches el 2-IV-1805, durante el virreinato del marqués de Sobre Monte. Se advertirá por esta relación de paces o tratados, que no incluye todas las acordadas, que la reiteración y la multiplicidad denuncian, implícitamente, su inobservancia en no pocas ocasiones, en el Río de la Plata al igual que acontecía en el Reino de Chile. En este sentido, por ejemplo, José Joaquín de Viana, gobernador político y militar de Montevideo, informaba al rey, Fernando VI, y a su Consejo de Indias, el 20-IV-1751, sobre su poco provecho, en ciertos casos, pese a haber procurado

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"atraerlos con suavidad al verdadero conocimiento y vasallaje, mediante la buena correspondencia y trato que se les ha hecho, no obstante el cual han proseguido en hacer continuadas hostilidades" (p. 176). Carentes de los necesarios conocimientos antropológicos, las autoridades reales, tanto del siglo XVII como del XVIII, no comprendían el tremendo salto cultural e histórico (del Paleolítico al Neolítico) que para aquellas tribus nómadas, cazadoras y recolectoras, suponía obligarles, en pocos años, a hacerse sedentarias y agricultoras.

A diferencia de las fronteras meridionales de las Indias (Chile y Río de la Plata), en las septentrionales (la Nueva España), asegura el profesor Levaggi que se carece de fuentes que informen sobre si se celebraron allí tratados durante los siglos XVI y XVII. Sólo se tienen algunas noticias indirectas: por ejemplo, los indios mayos, que vivían en la provincia de Sonora, al este del golfo de California, pidieron la paz, a principios del seiscientos, al capitán y justicia mayor, Diego Martínez de Hurdaide; los yaquis concertaron un tratado en 1610; y, también en la provincia de Sonora, los indios janos acordaron verbalmente la paz, en las proximidades del presidio de San Felipe y Santiago de Janos, con el capitán Juan Fernández de la Fuente. Pero, la mayor amenaza para la Corona española procedía, en el norte de la Nueva España, de las acciones hostiles que provenían de las diversas parcialidades de la gran familia indígena de los apaches (los lipanes, los mescaleros, los gileños, los jicarillas). Estos *apaches de guerra* se extendían por los territorios de Texas, Nuevo México, la Nueva Vizcaya, Sonora, Coahuila y Arizona, pero, afortunadamente, se caracterizaban por formar, no una comunidad, ni siquiera una confederación, sino ramas separadas y, a menudo, enfrentadas entre sí, de una misma gran familia, la atapascana del sur o apache. Casi toda la estrategia ofensiva y defensiva en el norte del Virreinato de México giró en torno a estas parcialidades de los apaches, siendo empleadas diversas fórmulas para su reducción y pacificación: el cerco económico, el fomento de sus rivalidades internas, las expediciones de conquista, y los tratados. En cualquier caso, España persiguió su integración y asimilación, a diferencia de los anglomericanos, que prefirieron excluirlos de su sociedad. En 1723, fueron concertadas paces con los apaches jicarillas, que se habían visto compelidos a ellas por los asaltos y muertes que les infligían sus enemigos, los comanches. Entre 1749 y 1799 se sucedieron una serie de capitulaciones con los apaches lipanes, utilizados por los españoles para contrarrestar la influencia de los franceses de la Luisiana sobre otras tribus indias del norte del río Grande. Temerosos los apaches mescaleros de la Nueva Vizcaya de que los lipanes, auxiliados por los españoles, les declarasen la guerra, accedieron a tratar con estos últimos en 1781. Como comandante general de las Provincias Internas del Virreinato de México, Teodoro de Croix comisionó para gestionar la paz al capitán Domingo Díaz, al que recomendó, en sus instrucciones, que tuviese cuidado en no

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ofrecer nada a los indios que luego no pudiera cumplir. Otra rama apache, la de los gileños, emplazada en la parte suroccidental de Nuevo México, fue trabajosamente atraída a la vida pacífica entre 1775 y 1789. Y lo fue con dificultad porque los apaches, en general, amaban la libertad, y no querían establecerse en un lugar, ni cultivar la tierra, incumpliendo casi siempre las cláusulas de sus tratados en las que se comprometían a "hacer sus siembras, recoger sus cosechas, criar sus ganados, y fabricar sus casas para vivir como racionales, a expensas de su sudor y trabajo" (p. 257). Era el programa *ilustrado* que se les quería imponer, a fin de que fuesen — se decía — *felices*. Hay que subrayar, en todo caso, que en varias ocasiones se exceptuó a los adultos, en estos tratados, de la obligación de ser evangelizados, consintiendo el que conservasen su religión tradicional, a fin de no hacerles demasiado onerosa la paz. Finalmente, incluso los enemigos declarados de los apaches, los comanches, que les disputaban la posesión de las llanuras de Texas y Nuevo México, concertaron tratados de amistad con los españoles (enterrando el *hacha de la guerra*) en 1771 y 1786; al igual que los semisedentarios navajos, en 1786 y 1805.

Ahora bien, la amenaza última para la supervivencia del Virreinato de la Nueva España procedía, más que de estas *marginales* tribus indias independientes, primero de las trece colonias inglesas de la América del Norte, y, tras su independencia, declarada en 1776 y reconocida por el Tratado de Versalles de 1783, de los nacientes Estados Unidos de América. Esta nueva nación pronto emprendió su expansión hacia el sur, en busca de tierras fértiles y de una salida al Golfo de México, favorecida por su mayor población, sobre todo, con respecto a la despoblada Luisiana. Mientras tanto, la Corona española, poseedora de la Florida y de la Luisiana, quería que el Golfo de México fuese plenamente español, al margen de la amenaza militar y del contrabando de las Bahamas inglesas. Por otra parte, Inglaterra introdujo la semilla de la futura discordia entre España y los Estados Unidos al reconocer a estos últimos, en 1783, su derecho a la libre navegación por el río Mississippi, del que gozaba desde la Paz de París de 1763, olvidando interesadamente que Bernardo de Gálvez, gobernador de la Luisiana (1777-1782), durante la guerra había conquistado ya todo el valle del Mississippi, junto con otras plazas fuertes británicas (Baton Rouge, Natchez, Mobila, Panzacola), pasando a ser todo él enteramente español por derecho de conquista. En cualquier caso, para contener la emigración y las ansias expansionistas de los granjeros, comerciantes y especuladores de tierras establecidos en Kentucky y Tennessee, la política de los sucesivos gobernadores españoles de la Luisiana (Esteban Rodríguez Miró de 1782 a 1791, Francisco Luis Héctor, barón de Carondelet, de 1791 a 1797, y Manuel Gayoso de Lemos desde 1797 hasta 1799) frente a los Estados Unidos fue la de establecer alianzas con los indios de aquellas tierras, a fin de que sirviesen de antemural de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

defensa. Comprensiblemente, los Estados Unidos desarrollaron una política consistente en destruir esa barrera de alianzas indígenas creada por España, y asentar sus granjeros en las tierras de aquellos nativos. De ahí que los tratados que se mencionarán a continuación, dados sus fines, no incluyesen en la Luisiana y la Florida las cláusulas comunes en otros lugares de las Indias, de que los naturales tenían que ser cristianizados, o de que estaban obligados a reconocerse como vasallos del rey de España, puesto que era el comercio — que les ofrecían los cazadores de pieles y los granjeros de Kentucky o Tennessee, y con el que tenían que competir los españoles- lo que más atraía a las tribus creeks o talapuches de los cheroquis, los chactás y los chicachás. Dichos tratados fueron los siguientes: del gobernador interino de Panzacola, teniente coronel Arturo O'Neill, con los talapuches el 14-VI-1781; del gobernador de la Luisiana, Esteban Miró, también con los talapuches, el 1-VI-1784; otro de Miró, en el fuerte de La Mobila, el 23-VI-1784, con los chicachás y los alibamones, y con los chactás el 14-VII-1784; del gobernador de la plaza de Natchez, Manuel Gayoso de Lemos, en representación del gobernador de la Luisiana, barón de Carondelet, con los chicachás y chactás, el 14-V-1792; seguido de otro de Gayoso de Lemos, en el fuerte de Los Nogales, el 28-X-1793, nuevamente con los chactás, los chicachás, los talapuches y los alibamones. Sin embargo, a la postre, todos estos esfuerzos resultaron inútiles, ya que Manuel Godoy, secretario del Despacho de Estado o primer secretario de Estado y del Despacho (ministro de Asuntos Exteriores) de Carlos IV, en el Tratado de San Lorenzo de El Escorial de 27 de octubre de 1795, concedió a los Estados Unidos el derecho de libre navegación por el Mississippi, un depósito de comercio en la ciudad de Nueva Orleans, y el territorio comprendido entre los paralelos 31 y 33 de latitud norte, desde el mencionado río hasta las fronteras orientales del país. Ello supuso anular, de un plumazo, el sistema defensivo español en el Mississippi, tan concienzudamente erigido por los mencionados gobernadores de la Luisiana, y dejar a las tribus indias aliadas a merced de los Estados Unidos, traicionando así los tratados de amistad suscritos con ellas en su día. Era el fin del dominio colonial español en aquellos parajes. El 1 de octubre de 1800, por el Tratado de San Ildefonso, Godoy cedió a Napoleón Bonaparte la provincia de la Luisiana, que luego vendería a los Estados Unidos, en diciembre de 1803, por un precio irrisorio, lo mismo que haría Fernando VII, algunos años después, en 1820, con la Florida Occidental.

Concluye el profesor Levaggi este largo recorrido por la diplomacia hispano-indígena de las fronteras americanas, del Norte y Sur del continente, con una breve referencia a las negociaciones de paz llevadas a cabo, desde la gobernación de Panamá, con los indios mosquitos o miskitos de las costas de Honduras, Nicaragua y Costa Rica, que culminaron en un tratado el 16-VI-1778; y con unas capitulaciones

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

similares, igualmente concertadas bajo la amenaza de la presencia e influencia de los ingleses en aquellas tierras, del arzobispo Antonio Caballero y Góngora, virrey de Nueva Granada, con diversas parcialidades indígenas del Darién (tratado de Tubarco, de 20-VII-1787).

III. Desde las Reales Ordenanzas de *nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones* promulgadas por Felipe II en 1573, el triunfo — total en teoría, trabajoso en la práctica, según quién, cómo y dónde se aplicaba — de la política de penetración pacífica en las Indias trajo consigo importantes consecuencias para aquellos pueblos y tribus aborígenes que seguían resistiéndose a ser dominados por los españoles. Certeramente, el profesor Levaggi, en su sintética *Conclusión* (pp. 311-313), hace hincapié en el hecho, que ha podido comprobar fundada y documentalmente tras su exhaustiva investigación, de que la Corona de España reconoció a las comunidades indígenas que vivían allende las fronteras interiores de la Monarquía en el Nuevo Mundo, y que tenían cierta consistencia como organizaciones políticas y sociales, la condición de *sujetos del Derecho de gentes*. De este modo, pudo mantener relaciones diplomáticas con ellas, plasmadas en diversos tratados, paces y capitulaciones, muchos de ellos escritos, y también otros varios verbales u orales — que por su misma condición, difícilmente tenemos constancia de ellos hoy día —. Uno de los principales méritos del libro que aquí se comenta es el de que la profusión de los casos traídos a colación permite afirmar, sin temor a equivocarse, que tal política de concertación con los pueblos nativos, rebeldes o renuentes a aceptar la soberanía española, no fue ocasional, ni se limitó a una frontera o a una época determinada, ni imitó los modelos de otras potencias europeas (salvo el caso, en la Luisiana y la Florida, por las circunstancias aludidas, de las casi exclusivas cláusulas comerciales introducidas entonces, para contrarrestar las que incluían en sus tratados los ingleses y los estadounidenses). Por el contrario, al objetivo primario de obtener la amistad y la alianza de los naturales, se añadió casi constantemente — lo que constituye una peculiaridad distintiva de los tratados españoles — la pretensión de que aquéllos, tanto los adultos como los niños, o, al menos, los segundos, se instruyesen en los principios de la fe católica, y que se congregasen en pueblos, abandonando su hábitat disperso por montes y valles, que dificultaba su evangelización y *civilización*.

Con las Reales Ordenanzas de 1573 se impuso el reconocimiento de que los derechos mayestáticos, fundados en los títulos del descubrimiento, la conquista y la donación pontificia, recaían, en las Indias, sobre el territorio, y no sobre sus habitantes, que tenían libertad plena para decidir y elegir a su soberano. Era el triunfo, en cierto modo, del eco de las tesis lascasianas, sobre el fondo de las más aceptables, para la Corona, de Francisco de Vitoria, al tiempo que se ponía en práctica la bula *Sublimis Deus* de Paulo III, expedida el 9 de junio de 1537. En

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esta bula pontificia se había definido y declarado que los indios debían ser convertidos pacíficamente, puesto que eran seres libres, que no podían ser esclavizados, pudiendo y debiendo gozar libremente de su libertad y de sus propiedades. Aunque, con posterioridad, al no haber sido previamente examinada y autorizada por el Consejo de las Indias, esta bula de 1537 no tuvo vigencia dentro de la Monarquía Hispánica, siendo revocada por un breve del mismo Paulo III, de 19 de junio de 1538, lo cierto es que la *Sublimis Deus* informó, en la práctica, los principios rectores de las trascendentales Ordenanzas de *nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones* de 1573. En definitiva, desde entonces, en aquellos territorios que todavía no reconocían la soberanía de los reyes de Castilla, que a aquellas alturas del siglo ya eran únicamente las llamadas *fronteras interiores*, la política de dominación tuvo que orientarse hacia la procura de unas relaciones amistosas con aquellos indios rebeldes, que no eran vasallos del rey, puesto que no habían aceptado ser tales, sino comunidades políticas independientes. Cierto es que tal política de atracción por medios no coactivos, en la práctica, estuvo trufada de acciones de fuerza y de campañas militares. La prohibición de la guerra ofensiva no fue respetada siempre, quizás ni siquiera frecuentemente, sobre todo, en los primeros decenios de aplicación de dichas Reales Ordenanzas. En cualquier caso, las instrucciones despachadas por el Consejo de Indias, en nombre de los monarcas, siempre insistieron en la utilización de los medios pacíficos (buen trato, buen ejemplo, y evangelización previa).

La política de penetración pacífica, y el empleo de su principal instrumento jurídico, el *tratado*, es evidente que fue seguida con un carácter e impronta de continuidad. Sobre todo, obviamente, en aquellos lugares fronterizos donde se concentraban los indios más rebeldes, y más aguerridos: Chile, el Río de la Plata y la Nueva España. Los diferentes tratados no poseyeron un contenido rígidamente establecido, sino que se adaptaron a las circunstancias de cada momento, y de cada lugar: debilidad o fortaleza de las fuerzas militares españolas y de las tribus indígenas; resultado, de diferente signo, de una batalla o de una serie de escaramuzas o enfrentamientos previos; la amenaza de potencias europeas rivales (Inglaterra, luego los Estados Unidos); la conciencia o convicción de que resultaba imposible — o, por el contrario, factible — doblegar la resistencia indígena, etc. En cualquier caso, la reiteración de los tratados denota su inobservancia continuada, o, al menos, su frecuente incumplimiento por parte de los nativos, y, a veces, de los propios españoles. Tales rupturas de paz llevaron a que, con el transcurso de los años, la Corona estimase que aquellos rebeldes no constituían comunidades políticas independientes, sino vasallos insumisos, puesto que habían incumplido dichos tratados, en los que reconocían — más o menos genéricamente — la soberanía de los monarcas castellanos. En ellos, sus cláusulas más habituales fueron, ante

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

todo, las de la evangelización y reducción a poblados, y, además, las siguientes: la de establecimiento de paz, amistad y alianza entre las partes; la unión de ambas partes contra los enemigos comunes; la delimitación de los respectivos territorios; el establecimiento de comisarios españoles en las comunidades indias, a título, por ejemplo en Chile, de *capitanes de amigos*, o de gobernadores, y la aceptación de misioneros, que podrían erigir iglesias y conventos; la abstención de los naturales de llevar a cabo *malocas* o *malones*; el indulto de los delitos cometidos en el pasado, el rescate de los prisioneros, la devolución de los fugitivos, y el castigo de los delincuentes, correspondiendo el de los que fuesen cristianos exclusivamente a las justicias españolas; la libertad de comercio, caza y pesca, recibiendo regalos y víveres los indígenas, etc. Desde luego, ningún tratado — precisa Levaggi — contuvo todas estas cláusulas, siendo unas más frecuentes que otras: por ejemplo, "la admisión del cristianismo se repite en los documentos chilenos, pero está ausente en los de la Florida y Luisiana, en los que cobran mayor importancia las cláusulas económicas" (pp. 312-313).

Los tratados hispano-indígenas posibilitaron el que las fronteras interiores de la América Hispana conociesen períodos de paz más o menos prolongados, constituyendo un freno a la violencia, e imponiendo un orden jurídico que el profesor Levaggi estima compatible con un concepto *moderno* de comunidad internacional. Desde luego, como en los suscritos coetáneamente entre las potencias europeas occidentales, en las Indias hubo tratados desiguales y otros más igualitarios, con superioridad española como consecuencia de una victoria militar o de un inminente ataque que se presagiaba con éxito, o más equilibrados entre las partes, sobre todo, en la frontera chilena en el XVII o en la de la Florida y la Luisiana a finales del XVIII. No hay que presuponer una inferioridad en los indígenas a la hora de entablar conversaciones de paz y relaciones de amistad, ya que, con frecuencia "sus jefes se revelaron prácticos en el arte de la diplomacia, y capaces de discutir de igual a igual con los europeos, siempre que las circunstancias se lo permitieron" (p. 313). En definitiva, hay que coincidir a la hora de constatar la flexibilidad del Derecho Indiano, del Derecho castellano aplicado en América, con sus peculiaridades adaptativas, y su capacidad de producción y desarrollo propios (el llamado *Derecho Indiano criollo*), que, en unos casos, acogió e impuso relaciones jurídicas de coordinación (caso del Derecho concordatario que nos ocupa), y, en otras, en la mayor parte de los casos, impuso relaciones jurídicas de subordinación (a la inmensa mayoría de los indígenas de todos los distritos audienciales, desde los de la Nueva Galicia o México hasta los de Lima o Charcas, en los Virreinatos de la Nueva España, el Perú, la Nueva Granada o el Río de la Plata). Y es que, quizás disintiendo, sólo parcialmente, del optimismo del profesor Levaggi, cuando afirma rotundamente que se construyó un orden jurídico compatible con un concepto *moderno* de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunidad internacional, creo que la política de las autoridades españolas no fue la de considerar, indefinidamente, a las tribus indígenas rebeldes de sus fronteras interiores como sociedades u organizaciones políticas independientes.

Entre otras cosas, porque no lo eran. Recordemos las expresivas palabras del Caballero De Croix, recogidas en el primer texto de la cita liminar: *cada indio era una república libre*, integrante de una *muchedumbre de bárbaros dispersos y sin cabeza*, incapaces de ponerse de acuerdo, ni de respetar el *sagrado de las capitulaciones*. La política de penetración pacífica había sido concebida como un aplazamiento temporal en el proceso de dominación, que se quería gradual por más beneficioso, de los últimos pueblos indígenas rebeldes a la autoridad de la Corona española. De ahí la inclusión en los tratados, siempre que fue posible, de la cláusulas de *evangelización* y *reducción*. Una vez cristianizados, hasta Las Casas admitía que, voluntariamente, podían ser considerados vasallos del rey; y, una vez congregados en pueblos, es decir, convertidos en sedentarios y agricultores, la dependencia económica y comercial les impediría seguir manteniéndose — ni siquiera desearlo — independientes. Quien *civiliza* al *menor*, al *incapaz*, al *menesteroso*, se convierte en su progenitor, en su tutor, en su patrono, o en su mentor, más o menos indefinidamente. Las *Reales Ordenanzas de nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones* de 1573, que no afectaban para nada a los territorios adquiridos y a las poblaciones sometidas por la fuerza, y la conquista militar, que eran la inmensa mayor parte de las Indias para esas fechas, podían implantar entonces aquella favorable política *paternalista* (característica de la sociedad estamental y corporativa del Antiguo Régimen). Porque, en efecto, el monarca, *pater familias* de la comunidad de pueblos que integraban la Monarquía Universal Hispánica, podía permitirse — ya casi mediado el reinado de Felipe II — dispensar magnanimidad y paciencia a la hora de adquirir nuevas tierras y hombres, desde su consolidada posición de fuerza: aquellos indígenas *fronterizos* y *extraños*, que vivían en los confines del Imperio cristiano, podían pasar de su desamparada *exposición* a disfrutar de la condición de *filiifamilias* por adopción. Una *adoptio* que, como la del Derecho romano clásico, suponía que el adoptado, al quedar bajo la *potestas* del *paterfamilias*, se desligaba de su familia *(gens*, tribu) originaria para unirse y someterse, en nombre, agnación y religión, a la del nuevo *pater*, en este caso, político y soberano. El problema, particular o general, individual o moral, público o político, es siempre el mismo, temporalmente eterno: ¿se le pregunta al menor, y, en su caso, se respeta siempre su respuesta, si quiere ser adoptado? ¿O sabe siquiera qué es la adopción, y qué ocurrirá cuando despierte cruelmente del sueño de la infancia?

José María Vallejo García-Hevia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

REALINO MARRA, *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber. Storia di Roma e sociologia del diritto nella genesi dell'opera weberiana*, Bologna, Il Mulino, 2002

In *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber. Storia di Roma e sociologia del diritto nella genesi dell'opera weberiana*, Realino Marra ricostruisce l'orizzonte politico-culturale dell'opera di Weber a partire da una rilettura della *Storia agraria romana* e più in generale degli studi weberiani sul mondo antico e sulla questione agraria tedesca. Si tratta di una prima fase dell'opera di Weber fino ad anni recenti relativamente poco studiata, ma di cui è oggi ampiamente riconosciuta l'importanza per chi vuole avvicinarsi ai temi, agli strumenti e alle tensioni etico-politiche comuni alla successiva produzione scientifica. Dalla ricerca di Marra risulta un'analisi approfondita della *Storia agraria*, che prelude ad una biografia intellettuale di Weber e al confronto con alcune delle tematiche più complesse e discusse del suo pensiero: l'analisi dello sviluppo del capitalismo e delle trasformazioni sociali che esso produce, il "liberalismo anomalo" di Weber, la sua concezione dell'avalutatività della conoscenza storico-sociale — in sintesi, il tema del rapporto fra modernità, libertà e responsabilità in Max Weber, qui affrontato a partire dai motivi romantici, organicistici e storicistici del suo contesto di formazione.

La prima parte del libro, "Capitalismo agrario. Dalle piantagioni romane alle tenute prussiane", valorizza e sviluppa la tesi, già avanzata da Deininger, della *Storia agraria romana* come "storia agraria tedesca rovesciata" (p. 166). Si tratta di una tesi che Marra argomenta in modo convincente, attraverso una lettura ravvicinata della produzione scientifica weberiana sul mondo antico e sulla questione agraria tedesca. Secondo questa ipotesi interpretativa, la principale "fonte" della *Storia agraria romana* è la storia agraria germanica più recente: le vicende della costituzione agraria germanica offrono a Weber un termine di confronto e una chiave di lettura della storia romana, il punto da cui partire per delineare un quadro della genesi di un'economia di tipo capitalistico nel mondo antico. La dissoluzione di un'antica costituzione agraria tendenzialmente egualitaria e cooperativa attraverso la trasformazione dell'*ager publicus* in proprietà privata, la mobilizzazione della terra (che è anche mobilizzazione dei contadini e strumento di profonde trasformazioni sociali) deliberata attraverso riforme legislative, la liberazione delle ricchezze necessarie per lo sviluppo di un'economia di tipo capitalistico a vantaggio dei ceti agrari più forti, la conseguente pauperizzazione dei contadini, sono processi che Weber ritrova nel mondo antico secondo le linee ben leggibili della storia agraria germanica più recente. La ricerca di parallelismi con la storia tedesca costringe Weber ad alcune forzature interpretative, prime fra tutte la tesi che, assimilando le XII Tavole alle riforme liberali nella Prussia del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1807-1821, vede nelle tavole decemvirali una radicale riforma legislativa, una sorta di "rivoluzione liberale" nel V secolo a.C.

Marra mostra che la *Storia agraria* può interessare per i suoi limiti, oltre che per il valore intrinseco. Il valore è quello di una ricerca di storia costituzionale romana che espone tesi brillanti, a volte ardite, e che già manifesta a pieno l'indipendenza intellettuale del giovane studioso. Ma motivi di interesse specifico sono anche in quella tensione al "realismo" che già aveva allontanato Weber dalla dogmatica giuridica dominante, orientandolo verso la Scuola germanistica e verso lo studio storico del diritto, e che qui lo porta ad affrontare la storia del diritto romano attraverso l'analisi complessiva dei rapporti agrari e attraverso il riferimento costante alla costituzione politica e sociale nelle sue tendenze evolutive: lo studio della storia economica e sociale si affianca così alla storiografia del diritto, anzi la storia del diritto è qui soprattutto uno strumento per interpretare i rapporti regolati dal diritto nella loro trasformazione; la ricerca diviene in un senso più complessa e più concreta, in altro senso più astratta e tipizzante, attraverso un "metodo costruttivo" che già cerca analogie e differenze specifiche per delineare modelli di trasformazione economica e sociale. La distruzione dell'economia comunitaria, le tavole decemvirali come riforma legislativa che prelude ad un capitalismo di tipo agrario nel mondo antico, la liberazione della proprietà fondiaria che gioca in ultima istanza a favore degli interessi agrari medio-grandi, le tendenze alla burocratizzazione e alla formazione della signoria fondiaria: l'interpretazione fortemente attualizzante della storia romana sembra spingere Weber ai confini di un ambito disciplinare strettamente storico-giuridico e prefigurare le direzioni della ricerca successiva.

Marra valorizza la *Storia agraria* come momento significativo nella genesi del metodo della sociologia comprendente e rileva, a questo proposito, l'impiego dei giudizi di possibilità teorizzati negli scritti metodologici (p. 96) — ricordiamo, "quadri fantastici" la cui formulazione "è in primo luogo condizionata dal tipo del nostro *interesse* storico" —, nonché l'uso di una terminologia, nella descrizione degli effetti sociali ed economici delle XII Tavole, "tratta di peso dalla legislazione prussiana" (p. 73): Weber parla di "separazione e riaggregazione" dei fondi, di "liberazione" e "mobilizzazione" della terra, di "economia individualistica", di "libertà contrattuale", di "libertà di circolazione", ecc. Marra ritrova, nella storiografia soggettiva, nel "modernismo" della *Storia agraria*, l'influenza di Meyer e di Mommsen (pp. 267 ss., p. 290), ma si potrebbe azzardare, con una battuta, che Weber inizi a fare sociologia proprio facendo cattiva storiografia: non stupisce la relativa freddezza con cui la comunità scientifica accoglie una ricerca pure importante come la *Storia agraria romana*.

Marra assume questi limiti della *Storia agraria romana* in quanto ricerca puramente storiografica come chiave di accesso al contesto della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formazione di Weber e ai motivi politico-culturali che ne orientano la ricerca. Attraverso il filo rosso del confronto fra storia romana e realtà politico-sociale tedesca, dalla *Storia agraria* emerge un'urgenza politica. La tesi è suggestiva e sembra convincente: un problema politico, o etico-politico, animerebbe la prima ricerca di Weber, esprimendosi nella vocazione al realismo come nelle forzature interpretative, nell'ampliamento del campo di indagine ai rapporti politici e sociali come nella tendenza ad un'interpretazione attualizzante. Nei saggi metodologici Weber scriverà che la ricerca storico-sociale è necessariamente filtrata dagli occhiali del ricercatore, perché l'evidenza di oggi spiega, per approssimazione, il meno evidente di ieri, ma anche perché nel meno evidente di ieri troviamo ciò che ci appare dotato di senso a partire dalle esperienze e dalle domande di oggi. Nella *Storia agraria romana* le "lenti" della storia germanica sembrano a volte troppo spesse, a volte la storia tedesca più recente surcodifica quella romana: di qui l'interrogativo su quale sia la ricerca di senso che anima la *Storia agraria*, quali le esperienze e le domande contemporanee che orientano il giovane ricercatore.

Alla risposta a quest'ordine di interrogativi e, quindi, all'indagine della "relazione al valore" alla base della ricerca weberiana sul mondo antico e sulla costituzione agraria, è dedicata la seconda parte del libro, "Capitalismo e anticapitalismo. Max Weber tra politica e scienza". Qui Marra propone una ricostruzione del contesto di formazione di Weber e ritrova influenze e motivi della sua ricerca successiva. Ne emerge un Weber pienamente collocato nella cultura tedesca dell'Ottocento, un Weber che riprende temi del romanticismo politico di Müller e dell'illuminismo cetuale di Möser e che si mostra nel complesso vicino alla Scuola storica dell'economia, al "socialismo di Stato" o "della cattedra" di Rodbertus, al movimento germanista, al liberalismo moderato e organico dei funzionari e dei professori prussiani.

Nel romanticismo politico di Adam Müller troviamo una critica all'economia classica di Adam Smith incentrata sulla sua astrattezza e mancanza di profondità storica e sulla distinzione costitutiva fra postulati della teoria economica e interessi della comunità nazionale, che, anche attraverso la mediazione della vecchia Scuola storica dell'economia, è destinata ad influenzare stabilmente l'opera di Weber. Secondo Marra, Weber riprende da Müller pure il tema "della personalità e della separazione della sfera privata, quella dei sentimenti e dei prìncipi, da quella materiale, della professione e degli interessi" (p. 210), cioè una declinazione del problema dell'individualità nell'epoca della trasformazione capitalistica del mondo. Il punto emerge dall'accostamento degli scritti di Weber sulle questioni agrarie al "vero e proprio manifesto dell'opposizione controrivoluzionaria alle riforme", le *Lettere agronomiche* di Müller (p. 206): la nuova libertà, la libertà del mercato, recide la nobile libertà cetuale dell'obbligazione reciproca di contadino e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

padrone, distruggendo "i legami naturali dell'amore, della libera sottomissione, della comunità"; dal confronto con Müller risulta un Weber vicino alla sensibilità romantica, che sulla questione del "valore spirituale" dell'antica costituzione agraria tende alla "trasfigurazione degli oggetti assenti" tipica del romanticismo (p. 210).

Marra individua punti di contatto anche con l'illuminismo cetuale di Justus Möser, con la sua valorizzazione dei liberi contadini come espressione più autentica del popolo e dei suoi valori e con la sua immagine ideale dell'antica libertà germanica (p. 196). Attraverso l'influenza di Möser e Müller emerge così un Weber che si confronta ancora con "il problema di una terza via — per così dire — rispettosa dell'identità nazionale tedesca, tra l'assolutismo da una parte ed il razionalismo rivoluzionario dell'illuminismo francese dall'altra" (p. 199). Un Weber che si è formato assorbendo la critica romantica alle riforme liberali di inizio secolo e, in generale, alle tendenze riformatrici dell'Illuminismo, e che si mostra sensibile, se non ad un'immagine organicistica della società per ceti, quanto meno ai temi della pubblicistica tradizionalista sulle antiche libertà dei sassoni e sul carattere individualistico della rivoluzione francese. Un Weber che fra "capitalismo" e "anticapitalismo" propende affettivamente per l'anti- o precapitalismo della vecchia costituzione agraria, salvo accettare il capitalismo e le trasformazioni sociali del capitalismo come fatto ormai irresistibile e orizzonte di senso dell'agire politico responsabile. Un Weber a tratti romanticamente nostalgico della piena umanità e del carattere personale delle relazioni personali del vecchio mondo agrario: per Weber il capitalismo è invece "servitù senza padrone", dominio delle leggi impersonali del mercato e dello Stato, sradicamento e frantumazione dei rapporti tradizionali di solidarietà organica.

L'opera di Weber sull'antica costituzione agraria romana e sulle questioni agrarie tedesche è quindi valorizzata come punto di convergenza nient'affatto atipico di liberalismo moderato e romanticismo politico nella cultura dell'Ottocento tedesco (pp. 225 ss.). In particolare, la prima ricerca storiografica di Weber e la tensione politica che la anima sono ricondotte a temi propri del liberalismo organico e moderato prevalente nel nord della Germania — un liberalismo di funzionari e professori, i cui tratti salienti sono "l'influenza dello storicismo, la tradizione delle libertà germaniche, il contatto diretto o mediato con il movimento germanista (…), la valorizzazione delle comunità rurali, lo scetticismo sui diritti, l'assenza di qualsiasi pregiudizio "liberale" nei confronti dell'intervento dello Stato" (p. 222). Nel quadro di una relativa arretratezza del processo di industrializzazione, il liberalismo della Germania del *Vormärz* non è espressione immediata degli interessi di una borghesia emergente, quanto piuttosto un orientamento politico-culturale promosso da *élites* di intellettuali e funzionari: di qui l'organicismo e l'anti-individualismo che caratterizzano alcune espressioni del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liberalismo tedesco anche nella seconda metà dell'Ottocento, quindi negli anni della formazione di Weber, la loro natura moderata e continuista, l'assenza di riserve in linea di principio nei confronti di un intervento pubblico in ambito economico e sociale.

A questo punto si impone una domanda non già relativa a quali siano gli elementi genuinamente liberali del pensiero politico di Weber — al di là del fatto che Weber si considerasse un liberale in anni in cui questa scelta politica non era scontata. Come Marra giustamente rileva, non si può trattare né di perimetrare un orientamento così composito e contraddittorio, né di cercare rassicuranti patenti di legittimità culturale per un classico come Max Weber. Piuttosto, si impone l'interrogativo, di gran lunga più interessante, relativo alla concezione weberiana della libertà. La risposta di Marra è chiara: libertà come responsabilità. Se Weber, per formazione, fra capitalismo e anticapitalismo, fra liberalismo e solidarietà organica, fra individualismo e comunità, originariamente tende all'anticapitalismo e al tradizionalismo, l'accettazione del capitalismo e della modernità nelle opere della maturità è frutto di una scelta "eroica o disperata o paradossale": "la ricerca della libertà proprio nella responsabilità, la sfida col destino del tempo, la sublimazione del lavoro specialistico, l'assolvimento del dovere con "passione e discernimento" come unica possibilità di far valere la propria persona, la propria vocazione, all'interno della gabbia di acciaio e degli altri reclusori della modernità" (p. 188). In Weber non troviamo "diritti umani, Stato di diritto, centralità del mercato e della concorrenza" (p. 181); la sua principale preoccupazione non è la libertà del singolo (p. 321). Al contrario, "la libertà weberiana è parte di un ideale antropologico originale", in cui "le finalità humboldtiane di formazione e sviluppo della personalità sono riconsiderate, in rapporto alle condizioni imposte dal mondo del capitalismo e degli apparati, alla luce di un'idea di esistenza vicina piuttosto a Kirkegaard, progetto di una vita inevitabilmente segnato dai dilemmi evocati dalla possibilità e dalla scelta" (pp. 321-2).

Marra si confronta infine con il problema della *Wertfreiheit.* La concezione weberiana della scienza è individuata come tema fondamentale non solo per correggere interpretazioni che vi ritrovano una presa di distanza dai motivi culturali e politici propri del contesto di formazione (interpretazioni semplicistiche nella misura in cui risolvono l'avalutatività in una riedizione della fiducia positivistica in una scienza senza presupposti), ma anche per illustrare questa concezione della libertà come responsabilità: la libertà di ricerca e di insegnamento, infatti, in Weber si tradurrebbe immediatamente in un'assunzione di responsabilità. Una vera e propria scelta etica sarebbe alla base dell'ideale dell'avalutatività, un'esigenza di sobrietà e compostezza, una massima deontologica, ma anche l'espressione di una "vocazione pedagogica" della scienza, che Weber deriverebbe da Theodor Mommsen e che si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esprimerebbe nell'obiettivo di contribuire all'educazione politica della nazione tedesca: la scienza "promuove la chiarezza e il senso di responsabilità, aiuta a prendere posizione secondo i *propri* supremi ideali, e soprattutto costringe il singolo a rendersi conto del significato ultimo del suo operare"; "liberi dai valori non vuol dire allora indifferenti ai valori, bensì imparziali, vigili nei confronti delle ideologie, diffidenti verso le facili illusioni, disponibili come mai nel passato al mercato delle idee" (p. 303 e p. 301). In questo modo si chiarisce ulteriormente l'affermazione di Marra (e di W. Mommsen e di Hennis), secondo cui in Weber "scienza e politica non sono separate" (p. 8).

Il punto è assolutamente convincente e Marra mostra appunto come il tema politico sotteso agli studi di storia del diritto romano possa essere un'utile chiave di lettura della ricerca del giovane Weber. Ma, sia detto per inciso, questo non esclude che Weber — forse proprio perché personalmente percepiva acutamente il conflitto insolubile fra le logiche interne alla politica e alla scienza — con la sua opera pone chiaramente il problema della separazione strutturale di queste sfere di agire ed esperire sociale. Ricordiamo: nella modernità, la politica è arte di influire sulla direzione dello Stato, è arte di Stato governata da una specifica ragion di Stato; la scienza è, invece, conoscenza tendenzialmente avalutativa. Entrambe presuppongono la validità delle proprie procedure o assumono presupposti di carattere formale o genericamente valutativo. Ma questi presupposti nella modernità sono distinti. Nel caso della scienza, per Weber il presupposto (etico o formale?) è appunto la tensione verso l'avalutatività della ricerca. La ricerca è guidata da un metodo proprio o, quantomeno, da un imperativo deontologico di opacità politica — *sine ira ac studio*, ecc. Nel caso della politica, per Weber l'imperativo è invece la vocazione alla potenza dello Stato. Scienza e politica nella modernità elaborano una propria legittimità interna per affermare verità/decisioni sempre modificabili e rivedibili, in questo senso contingenti: per questo motivo conoscenza scientifica e decisione politica sono e devono restare strutturalmente distinte. Alla politica la scienza può al più offrire la conoscenza dei mezzi per raggiungere gli scopi che la politica dà a se stessa — può offrire la tecnica. Ma dalla scienza è impossibile derivare una direzione di senso dell'agire politico. Reciprocamente, alla politica è preclusa una conoscenza avalutativa. La scienza, se vuole pensarsi come "scienza", non può essere una scienza di Stato o dell'anti-Stato — per Weber i professori cortigiani e i militanti dell'accademia fanno una cattiva scienza quando usano la cattedra per lanciare proclami politici. La scienza non è politica e la politica è scienza solo nella misura in cui è conoscenza delle forze, degli interessi, dei problemi politici. La consapevolezza dell'autonomia e della libertà reciproca di scienza e politica fa sì che Weber — da "liberale" — si schieri contro ogni tentativo di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

surcodificare la ricerca scientifica dall'esterno, sulla base di considerazioni meramente politiche o di opportunità istituzionale.

Alcune osservazioni conclusive. Nel libro di Marra, l'approfondimento della biografia intellettuale di Weber avviene attraverso una ricognizione dei temi e dei motivi romantici, organicistici e storicistici che possono essere rintracciati a partire dalla produzione giovanile. Demolita l'immagine accomodante di un Weber "tardo esponente del liberalismo classico, continuatore d'una grande tradizione di pensiero e al tempo stesso testimone della sua crisi in un mondo in trasformazione" (p. 9), il carattere "anomalo" del liberalismo del Weber maturo in gran parte si chiarisce e si stempera in considerazione del carattere anomalo del liberalismo dell'Ottocento tedesco.

È convincente la collocazione della formazione di Weber in un contesto che si rivolge nostalgicamente a certi passi di Tacito sui germani, un liberalismo che in pieno Ottocento ancora ripensa, trasfigurandole, immagini della cultura e delle istituzioni della società per ceti e del vecchio mondo agrario. Certo, a costruire l'idea di una "piena e bella umanità" travolta dal processo di modernizzazione in Weber contribuiscono non solo la rielaborazione di motivi romantici e di un'immagine della costituzione agraria tradizionale, ma anche un ideale goethiano della *Bildung*, quindi la valorizzazione di una borghesia mercantile positivamente proiettata al dominio del mondo attraverso l'esperienza concreta della varietà delle sue forme e del suo divenire. Ma il punto che merita qui di essere soprattutto sottolineato è che in Weber non c'è nessun eudemonismo e, di conseguenza, almeno nell'opera della maturità, non c'è alcuna tensione verso la felice compattezza immaginata dai contemporanei per il mondo che fu. La condizione moderna per Weber non è né la "sazietà" di Abramo, né il "corso organico della semplice vita contadina", né il carattere armonico e immediatamente etico dei rapporti sociali governati dall'autorità dell'"eterno ieri". La condizione moderna non è né la felicità, né l'integrazione, ma al contrario la libertà e il conflitto, quindi anche sofferenza. La storia delle religioni mostra ciò che nella modernità è evidente: il processo generale di razionalizzazione ha separato sfere di agire e di pensiero, ha creato razionalità specifiche e forme di vita autonome. I conflitti che in conseguenza di tale separazione si originano sono i dilemmi insolubili che dilaniano l'uomo moderno, i demoni che egli non può più esorcizzare, ma che aprono anche lo spazio della sua libertà — cioè, per Weber, lo spazio dell'agire responsabile, capace di calcolare i mezzi e di ponderare i fini.

L'aspetto problematico della rilettura di Marra non è di spingere l'interpretazione dell'opera weberiana della maturità verso la stigmate per molti versi infamante o forviante di "modernismo reazionario". In realtà, affinità con quella costellazione di pensiero possono anche essere presenti e meritare di essere rilevate accanto alle importanti divergenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(motivi anticapitalistici e tardo-romantici sopravvivono nell'accettazione tragica della modernità come sradicamento e dominio della tecnica; ma ricorderei anche l'automatismo impersonale degli apparati che si apre alla potenza del carisma nella democrazia plebiscitaria della società di massa). Piuttosto, il punto problematico è in che misura l'opera della maturità sia stabilmente impostata dagli orientamenti politico-culturali del contesto di formazione, in particolare dalla tensione politica che è possibile rintracciare negli scritti del giovane Weber sulla storia romana e sulla questione agraria.

Se, ad esempio, è assolutamente convincente la collocazione della formazione di Weber in un contesto culturale intriso di storicismo e di motivi romantici, pure è opportuno ricordare che la resa dei conti con lo storicismo è uno dei punti centrali dei saggi metodologici. Già nel saggio su Roscher e Knies (1903-6) Weber demolisce lo "spirito del popolo", la categoria-feticcio della Scuola storica del diritto e della Scuola storica dell'economia. Nel libro *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber. 1882-1889*, Torino, Giappichelli, 1992, Realino Marra ha mostrato Weber, studente e giovane ricercatore, che in reazione all'astrattezza e al carattere fortemente costruttivo del metodo giuridico dominante nelle facoltà di giurisprudenza manifesta un'affinità elettiva con la Scuola germanistica. Ma la formazione nell'ambito della Scuola germanista non gli impedirà, già nel saggio "Diritto romano e diritto germanico" (1895), di frustare la "non piccola schiera di germanisti da strapazzo, difensori dei prati e dei boschi nostrani, le cui mene sono quasi altrettanto infruttuose della filisteistica e francamente ripugnante pedanteria dei puristi della lingua"; l'affinità del giovane Weber con la Scuola germanistica non impedirà al Weber della *Sociologia del diritto* di ritrovare nel metodo sistematico della *Begriffsjurisprudenz* "il più alto grado di razionalità logico-metodologica". Non sembra allora del tutto corretto affermare che in Weber non c'è un pensiero dello Stato di diritto. Il Weber della *Sociologia del diritto* e della *Sociologia del potere* sembra aver assorbito la lettura di giuristi come Laband, Gerber, Jehring e Jellinek e in questo senso troviamo in Weber un pensiero del diritto come ambito compiutamente differenziato dalla politica (e forse ritroviamo anche motivi hegeliani, ad esempio a proposito dell'autocoscienza dello Stato). Insomma, il taglio degli studi agrari non può illuminare completamente il contesto della formazione di Weber, perché esso ospita autori che Weber conosce ma che non possono emergere nell'ambito di uno studio sulla costituzione agraria romana. Soprattutto, il contesto di formazione non può definitivamente risolvere la complessità della ricerca weberiana successiva, se non altro perché questa si sviluppa anche in rottura, se non in polemica, con tale contesto.

Ma proprio per questo un'indagine approfondita sulla formazione di Weber e sulla sua biografia intellettuale offre spunti importanti per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'interpretazione dell'opera complessiva. È chiaro, ad esempio, che la metafora minacciosa dello Stato moderno come macchina impersonale in Weber si riempie di senso nell'opposizione con la metafora dello Stato come organismo vivente e nell'opposizione con la società contadina come armonico cosmo di valori governato dalla semplicità dei bisogni, degli istinti e dei ritmi naturali. Il pregio del lavoro di Marra è non solo di sottrarre Weber ad una certa tradizione interpretativa che ne aveva costretto l'immagine entro i confini di un liberalismo classico di cui Weber sarebbe stato uno degli ultimi esponenti prima della dittatura nazionalsocialista; il merito è anche quello di integrare ricostruzioni del pensiero politico di Weber certo ricche e problematiche, come quella di Wolfgang Mommsen, e che però ritrovano in Weber soprattutto l'interprete dei problemi della democrazia di massa e della Repubblica di Weimar, così trascurando quegli elementi del suo pensiero che si lasciano piuttosto ricondurre alla formazione nel contesto della cultura germanistica, tardo-romantica e organicistica, della seconda metà dell'Ottocento. In questo modo Marra si colloca sulla linea di ricerca inaugurata da Hennis, integrandone e in parte correggendone i risultati alla luce del carattere composito del liberalismo tedesco e soprattutto alla luce di temi che Weber mostra di avere già assorbito nei suoi studi giuridici. L'individuazione dei legami con la cultura organicistica, romantica o genericamente tradizionalistica dell'Ottocento tedesco offre un'immagine più ricca dell'ambiente politico-culturale di formazione e quindi anche uno strumento critico importante per avvicinare i motivi che — fra continuità e discontinuità — riemergono nell'opera della maturità.

GIULIO ITZCOVICH

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di…

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GUSTAVO ZAGREBELSKY

DIRITTO PER: VALORI, PRINCIPI O REGOLE?

(a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin) (*)

1. La dottrina dei principi e il positivismo. — 2. La disputa sui principi. — 3. Adesione, distinzioni e diversificazioni. — 4. Lo status concettuale dei principi di diritto rispetto a quello dei valori e delle regole. — 5. Lo status funzionale dei principi di diritto. — 6. La matrice dei principi. — 7. Il contenuto dei principi. — 8. Conseguenze e difficoltà. — 9. Conclusione: perché difendere una dottrina indifendibile?

1. *La dottrina dei principi e il positivismo.*

La materia di questo scritto è l'attacco portato al positivismo giuridico dalla dottrina dei principi di Ronald Dworkin. La discussione della questione ha caratteri eminentemente teorici. Cercherò tuttavia di mettere a frutto, per qualche considerazione generale, qualcosa dell'esperienza di "giurisprudenza in pratica" che mi è toccato e mi tocca di fare come giudice della Corte costituzionale italiana che svolge quotidianamente il compito di *enforce* la costituzione, in un sistema giuridico di tipo europeo-continentale, parzialmente diverso dunque da quello che fa da sfondo a *Taking Rights Seriously*, *Law's Empire* e *A Matter of Principle*. Con questo ancoraggio all'esperienza, spero che le valutazioni di questa dottrina risultino fondate non (esclusivamente) sulle preferenze teoriche e i punti di vista soggettivi di chi le formula, ma anche sull'incontrovertibile argomento dei caratteri obbiettivi e necessari della pratica giurisprudenziale. La prassi giurisdizionale è infatti determinata per una parte dalle inclinazioni soggettive dei giudici; ma per una parte soltanto, poiché esistono condizioni alle quali non si sfugge, se non al costo di rinunciare addirittura a esercitare la giurisdizione (1).

La dottrina dei principi di Dworkin, in Italia, circola negli studi di

(*) La versione in lingua inglese del presente saggio è destinata al fascicolo di I·CON *The International Journal of Constitutional Law* contenente una discussione con Ronald Dworkin della sua dottrina della costituzione e della giurisdizione.

(1) Le tre opere di Dworkin ora citate esistono in edizione italiana: rispettivamente *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Bologna 1982; *L'impero del diritto*, a cura di S. Frega, Milano 1989 e *Questioni di principio*, a cura di S. Maffettone, Milano, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoria generale del diritto ma non direi che la giurisprudenza ne sia influenzata consapevolmente. Inconsapevolmente, però, essa è all'opera — almeno per la parte che sarà precisata in seguito — e proprio in questa circostanza si manifesta la sua perspicuità nell'afferrare problemi reali e nello spiegare teoricamente tendenze effettive dell'esercizio attuale della giurisdizione anche nei sistemi giuridici di tradizione europeo-continentale, basati prevalentemente su leggi scritte (2).

È tuttora corrente nel ceto dei giuristi, giudici e avvocati, la concezione del diritto come insieme di norme di condotta poste dal legislatore (costituzionale e ordinario) in regime di monopolio, e della giurisdizione (*adjudication*) come attività logico-deduttiva rivolta all'applicazione della norma obbiettivamente vigente al caso regolato, secondo lo schema del cosiddetto sillogismo normativo e senza alcuna necessità di integrazioni extra-legislative. I postulati minimi essenziali del positivismo legalista — un vetero-positivismo, senza dubbio — quale si è sviluppato sul continente europeo, sono così perfettamente

(2) All'esame critico della dottrina dei principi di Dworkin sono dedicati, nella letteratura in lingua italiana: S. BARTOLE, *In margine a "Taking Rights Seriously" di Dworkin*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", X, 1980, pp. 185 ss.; G. REBUFFA, *Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale*, ivi, pp. 209 ss.; G.R. CARRIÓ, *Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico*, ivi, pp. 143 ss.; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano 1982; R. GUASTINI, *Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XII, 1983, p. 454 ss.; B. PASTORE, *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Palermo, 1985; P. CHIASSONI, *L'antiscetticismo panglossiano di Ronald Dworkin*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XVII, 1987, p. 224 ss.; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 202-211; B. PASTORE, *Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin*, in "Rivista di diritto civile", 1992, pp. 423 ss.; G. ZACCARIA, *Diritto come interpretazione. Sul rapporto tra Ronald Dworkin e l'ermeneutica*, *ibidem*, 1994, pp. 303 ss.; A. SCHIAVELLO, *Riflessione sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1995, pp. 159 ss.; C. BONVECCHIO, *La tautologia del dubbio: Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, in "Il Politico", 1996, pp. 223-230; I. S. PAPADOPOULOS, *Interpretazione artistica ed ermeneutica giuridica*, in "Rivista di diritto civile", 1998, pp. 211 ss. (sintesi di *Pratiques juridiques interprétatives et herméneutique littéraire. Variations autour d'un thème de Ronald Dworkin*, ed. Yvon Balis, Cowansville, 1998); G. BONGIOVANNI, *Teorie 'costituzionalistiche' del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, CLUEB, Bologna, 2000; S. Bozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

Numerosi accenni alla medesima teoria si trovano poi in scritti di impianto generale, di dottrina del diritto, come G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, 2000, 296 s.; A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, Laterza, 1998, pp. 122-125; P. COMANDUCCI, *Su Dworkin*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (ed.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 356 ss.

Per terminare questi cenni bibliografici indicativi, si può ricordare che la dottrina di Dworkin è alla base del capitolo VI (dal titolo: "Il diritto per principi") del mio *Il diritto mite*, Torino, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispecchiati nella considerazione che i giuristi hanno della propria attività: un'autocomprensione che indubitabilmente è contraddetta dalla realtà ma che, sfidando l'evidenza dei fatti, continua ad alimentarsi per ragioni che meritano di essere esaminate con attenzione particolare (e lo saranno, per accenni, al termine di queste pagine) (3).

L'impossibilità pratica di una giurisprudenza dedotta esclusivamente dalla legge non scuote questa convinzione ma alimenta semmai il risentimento nei confronti del legislatore e la denuncia dei difetti della legislazione. Resta ferma, infatti, l'aspirazione razionalistica verso una giurisprudenza meccanica non creativa, un'aspirazione figlia dell'esigenza di certezza; un'aspirazione che si considera realizzabile se solo e solo se il legislatore esercitasse bene il suo compito: se per ogni caso fosse posta una specifica norma, se ogni norma fosse chiara e distinta e se il suo contenuto si accordasse sempre armoniosamente con quello di tutte le altre norme che formano il diritto come insieme. È comprensibile che i caratteri della legislazione sono ben lontani dall'essere questi. Nell'odierna inflazione legislativa, infatti, abbondano le norme lacunose, ambigue, generiche, contraddittorie, irragionevoli e incoerenti e le qualità auree della legge razionale, la generalità e l'astrattezza, hanno ceduto il passo alle leggi dettate da interessi particolari e concreti. Sarebbe così dunque il "cattivo legislatore" a impedire al giudice di essere un "buon giudice", fedele applicatore della legge. Per essere tale, egli dovrebbe poter maneggiare "buone leggi"; in mancanza, invece, è costretto dalla necessità a far una parte che non dovrebbe essere la sua, cercando diversi criteri di decisione per integrare la legge, correggerla e perfino, in casi estremi, metterla da parte.

La "giurisprudenza in teoria", invece, non è su questa linea. Gli studi sulla natura del discorso normativo, le indagini sul linguaggio e i concetti del legislatore e la giurisprudenza analitica hanno anche in

(3) Un luogo comune afferma essere impossibile cogliere con una definizione tutti gli orientamenti che si definiscono positivisti. Chiunque si richiami al positivismo giuridico pretende di aderire a una propria versione, maggiormente affinata di quella originaria risalente a John Austin: il diritto come un comando posto da superiori politici a inferiori. (*The Province of Jurisprudence Determined and the Study of Jurisprudence*, Lesson I (1832), trad. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 81). In questo modo, i positivisti si assicurano un argomento preliminare per ribattere alle critiche: i critici si creerebbero arbitrariamente un falso bersaglio nella polemica, per poterlo meglio distruggere. Anche Dworkin è incappato in questa diffusa contro-critica. Nel testo, mi attengo a quelli che mi paiono gli elementi minimi necessari di ogni positivismo legalista, dai quali altri derivano, ad esempio l'idea del diritto come fatto e non come valore e della separazione diritto-morale, il rigetto di ogni presupposto metafisico (dove per fisica si intende la disposizione legislativa), l'oggettività o neutralità della conoscenza giuridica, ecc. Naturalmente, lo stesso atteggiamento di autodifesa vale anche sul fronte opposto, quello del diritto naturale. Nessun giusnaturalista odierno ammette mai di essere definito con precisione da chi intende criticarlo. Giuspositivisti e giusnaturalisti odierni manifestano una certa qual tendenza ad occultarsi sfuggendo alle classificazioni, anche se gli schieramenti militanti risultano facilmente identificabili.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Italia superato l'idea del positivismo delle origini: l'idea cioè del diritto come insieme di atti di volontà, perduranti nel tempo, di un legislatore personale che dispone del potere di comando. L'interpretazione del diritto è stata collocata in una dimensione obbiettiva, con la nascosta aspirazione, risalente nei secoli (JEAN GERSON nel *De vita spirituali animae* del 1402 parla del giudice come "geometer vel arithmeticus"; Gottfried W. Leibniz mirava a una giurisprudenza "more mathematico demonstata", ma già dei giuristi romani si disse che "calcolavano con i concetti" giuridici), a gareggiare in esattezza e formalizzazione con le scienze teoretiche e in primo luogo, per l'appunto, con la geometria o l'aritmetica. Così facendo, sono stati superati gli aspetti più rozzi della "concezione imperativa" del diritto. Ma, sganciando il diritto dalla volontà personalizzata del legislatore, si è confermata, anzi accentuata, la centralità del postulato positivista fondamentale: *il diritto come artefatto, oggettivamente esistente*, di fronte al quale il giudice deve essere un puro e semplice specchio che riflette la realtà, per darne un'immagine chiara e fedele.

Fermo questo postulato, la giurisprudenza teorica ha però rigettato, ha anzi ridicolizzato l'idea del giudizio come esclusiva applicazione della legge, tramite 'deduzioni' relative a fatti 'sussunti' nella descrizione normativa. Lo schema logico del sillogismo normativo non è affatto abbandonato, ma da gran tempo ormai si è fatta strada l'idea che la premessa maggiore (la norma da applicare) non sia quasi mai integralmente determinata dalla legge e che quindi, per la parte carente, le decisioni dei giudici contengano elementi creativi ed esprimano perciò non il diritto ma una "politica del diritto". Questa "*discretion*" del giudice (per usare il linguaggio di Dworkin) è ammessa in linea di principio e non soltanto come conseguenza del deplorevole stato in cui versa la legislazione, come fanno i giuristi pratici. È invece oggetto di teorie dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto che si richiamano per lo più a Hans Kelsen o a Herbert Hart, rimanendo perciò nell'ambito del positivismo ortodosso, sia pure un positivismo non ingenuo ma, come si dice, "critico".

Per Kelsen, ogni attuazione del diritto è al tempo stesso, in parte, applicazione vincolata di norme esistenti e, in altra parte, creazione discrezionale di norme nuove. Nello sviluppo "a gradi" dell'ordine giuridico, il vincolo inizialmente generico derivante dalla costituzione si fa via via più stringente, fino alla determinazione, in tutto e per tutto vincolante, dell'ordine contenuto nella sentenza del giudice o nel provvedimento dell'amministrazione. Le norme giuridiche diventano progressivamente sempre più dettagliate e la discrezionalità dell'interprete viene parallelamente ridotta, fino a scomparire, man mano che dal vertice dell'ordinamento ci si avvicina alla sua applicazione al singolo caso concreto. Il carattere creativo della giurisprudenza, secondo questo modo di vedere, dipende dal linguaggio utilizzato nei diversi "gradi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di sviluppo" dell'ordinamento giuridico: dipende cioè strutturalmente dal diritto stesso. Struttura del diritto e discrezionalità del giudice si tengono l'una con l'altra. Presso i filosofi del diritto di impronta analitica, particolarmente interessati ai problemi del linguaggio normativo, la spiegazione della discrezionalità del giudice più popolare è invece quella di Hart. La radice della discrezionalità starebbe in "ragioni comunicative" connesse alla naturale *open texture* del linguaggio, in generale, e del linguaggio giuridico, in particolare. Quest'ultimo, essendo costruito da nozioni di genere, presenterebbe, attorno a un nucleo linguistico "duro" al quale il giudice non può sfuggire, un "alone di incertezza ai margini". Questo sarebbe il prezzo da pagare all'uso di termini classificatori generali e astratti, un uso inevitabile in ogni forma di comunicazione riguardante questioni relative a fatti considerati come classi e non come eventi particolari, storicamente individuati.

Non importa che l'indeterminatezza delle norme giuridiche sia ascritta a ragioni strutturali dell'ordinamento giuridico, come fa Kelsen, ovvero a caratteri del linguaggio giuridico, come fa Hart: entrambe le concezioni convergono nel sostenere (*a*) l'esistenza di una discrezionalità del giudice che si eserciterebbe (*b*) "dopo" le norme poste dal legislatore, (c) nello spazio che esse lasciano "vuoto di diritto".

Queste proposizioni sono combattute dalla dottrina dei principi di Ronald Dworkin, che possiamo riassumere nelle seguenti proposizioni, alternative a quelle or ora formulate: (*c*) può esistere uno "spazio vuoto" di leggi, ma non di diritto, che si manifesta nei sempre più numerosi "casi difficili" (per "casi difficili" si intendano quelli che non si prestano a essere decisi in applicazione di una regola riconosciuta, essendo inesistente, non chiara, non del tutto pertinente, contraddittoria rispetto ad altre: con l'avvertenza che l'ordine dei fattori può rovesciarsi e i casi possono iniziare ad apparire difficili, da "facili" che erano, quando ragioni di conflitto sociale, ideologico o culturale intorbidano le acque in cui nuotano le regole e le rendono difficilmente riconoscibili); (*b*) questo diritto, consistente in principi giuridici, si colloca "prima" delle norme poste dal legislatore e (*a*) circoscrive, orientandole, le decisioni dei giudici. Su questa base, l'idea della discrezionalità del giudice può essere contestata ma, per fare questo, occorre una nozione ampia del diritto, una nozione che trascende i "fatti normativi" (o, nel linguaggio europeo, le "fonti del diritto", o "sources du droit", o "Rechtsquellen") formalmente previsti da ciò che Hart stesso denomina la "norma di riconoscimento" o che altri denominano "diritto sul diritto" o "fonti sulla produzione del diritto". Nel rifiuto di considerare solo le norme scritte in un pubblico libro di regole ufficiali si manifesta il carattere antipositivistico di questa dottrina e la sua apertura a uno strato di diritto più profondo di quello posto da qualsivoglia legislatore. Uno strato più profondo, si deve aggiungere, confrontandosi col quale non tutte le risposte ai problemi giuridici lasciati irrisolti dalla legge

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risultano equivalenti e nel quale, quindi, può essere cercata e trovata la risposta migliore (il che non vuol dire anche la risposta più semplice, chiara e certa) al dubbio del giudice (4).

2. *La disputa sui principi.*

Nella dottrina di Ronald Dworkin, i principi occupano una posizione centrale [nel punto *b*), sopra enunciato]. Di essi si afferma l'appartenenza al campo del diritto e, ciò non di meno, anche una differenza concettuale rispetto alle regole.

Questi due punti sono difficilmente concepibili congiuntamente da parte dei positivisti delle regole e, in primo luogo, da parte dei filosofi analitici. Infatti, essi sono portati a negare o l'uno o l'altro. Considerando la formulazione non analitica dei principi un difetto essenziale rispetto al compito regolativo delle condotte umane che è proprio del diritto, alcuni sono disposti — come è accaduto in Italia per vari anni dopo l'entrata in vigore, nel 1948, di una Costituzione ricca di disposizioni di principio — a degradarli, se non a pura retorica costituzionale, a mere affermazioni di ideali o di ideologie, influenti forse nel dibattito politico ma ininfluenti sull'attività delle Corti. Considerando i principi come regole imperfette ma assumendo invece l'imperfezione come un difetto perdonabile, altri assimilano i principi alle regole, quali regole che abbracciano un elevato grado di casi e, negando quindi l'esistenza di una differenza concettuale, assoggettano i principi allo stesso regime delle regole (per esempio, con riguardo all'interpretazione e alla soluzione dei casi di collisioni).

Si tratta di atteggiamenti liquidatori inaccettabili che, in omaggio a

(4) Sebbene la dottrina di Dworkin sia formulata esplicitamente per contrastare la dominante dottrina positivistica, in contrapposizione agli assunti di uno dei prìncipi del positivismo contemporaneo, H. Hart, si è negata la loro inconciliabilità sostenendo che esse trattano, in realtà, di cose diverse (C.S. Nino, *Dworkin and Legal Positivism*, in "Mind", LXXXIX, 1980, p. 519 ss. e B. Pastore, *Dworkin giusnaturalista?*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXI, 1, 1984). Con le parole di L. Prieto Sanchís, *Quattro domande sulla teoria del diritto di Dworkin*, in *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 277 (il quale afferma al contrario la contraddizione, insieme a G. Carrió, *Una reciente propuesta de conciliatión entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, pp. 361 ss.): "il positivismo sarebbe un approccio descrittivo, che confida di poter definire le regole d'uso della parola 'diritto' mediante criteri puramente fattuali; la teoria interpretativa difesa da Dworkin, al contrario, sarebbe un approccio normativo, impegnato a mettere in luce le chiavi morali e politiche di un sistema giuridico particolare allo scopo di facilitarne un'applicazione ottimale". Su questa distinzione, che è un'applicazione di un'altra distinzione — cavallo di battaglia del positivismo —, quella tra "punto di vista interno" al diritto e "punto di vista esterno", si dirà qualcosa successivamente, al § 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concezioni ormai anacronistiche, disconoscono una dimensione essenziale e qualificante il diritto attuale, con riferimento alla quale è stata perfino coniata l'espressione "principialismo giuridico", in antitesi a "normativismo" classico (L. Prieto Sanchís). Si è anzi sostenuto che il "diritto per principi" soverchia ormai come una necessità il "diritto per regole", tutte le volte in cui ci si trovi di fronte a casi controversi. Quando, rispetto a determinate materie "scottanti", si scontrano esigenze di regolazione plurali e punti di vista tutti degni di riconoscimento, il diritto per regole non è idoneo a governare la complessità e soccorre il diritto per principi. Non è casuale il fatto che esso si sviluppi particolarmente nelle cosiddette società pluraliste e rispetto a questioni in cui si intrecciano diritti, interessi, ideologie e aspirazioni confliggenti, legittimati dalle odierne costituzioni rigide del pluralismo (questa è, per l'appunto, la caratteristica fondamentale degli odierni "stati costituzionali": una nozione recente, creata in Europa con l'intenzione di riflettere queste caratteristiche, di cui qualcosa si dirà in seguito) (5).

3. *Adesione, distinzioni e diversificazioni.*

È mia convinzione che la dottrina dei principi di Ronald Dworkin riesca effettivamente a dare un resoconto teorico della realtà del giudicare e del diritto che essa implica, non solo rispetto agli ordinamenti di *common law*, in considerazione dei quali è stata formulata, ma anche, in generale, rispetto allo "stato costituzionale" odierno. La possibilità di trarre insegnamenti per la comprensione dei caratteri della giurisdizione in sistemi giuridici originariamente tanto distanti è il segno, oltre che del particolare acume che muove quella dottrina, dell'avvicinamento in corso di tali sistemi.

Sono semmai le concezioni positiviste, con la loro chiusura verso la comprensione o verso la comprensione in termini giuridici di ciò che non è formalmente posto in regole, ad alterare la realtà e, contro le loro pretese di obbiettività, ad apparire false coscienze e quindi, in definitiva, ideologie giuridiche.

Vi sono tuttavia parti di questa dottrina dei principi, riguardanti particolarmente gli aspetti normativi che accompagnano quelli descrittivi, che, se si giustificano con riferimento ai caratteri degli ordinamenti presi a riferimento dal suo Autore, comprensibilmente pongono pro-

(5) L'espressione "principialismo", in opposizione a "normativismo" (come sinonimo di diritto costituito da regole), è usata da L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, Madrid, 1997, p. 65: un saggio chiarificatore di molte questioni, il quale prende sul serio la sfida che il diritto per principi porta al positivismo giuridico. Prieto ritiene giustamente che il positivismo giuridico abbia tuttora delle buone e permanenti ragioni da giocare, ma — aggiungo — a condizione di rinunciare a quello che, per secoli (o millenni: Creonte contro Antigone), è stato il suo punto di forza: l'ancoraggio alla regola posta dal legislatore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blemi ed esigono differenziazioni con riguardo a ordinamenti basati su "principi" diversi.

In breve: circa lo *status* concettuale dei principi (*a*), cioè la loro struttura in rapporto alle regole di diritto e circa il loro *status* funzionale (*b*), cioè le prestazioni al fine del decidere, il consenso mi pare possa essere assai ampio. Circa la loro matrice (*c*), una diversificazione è necessaria. Circa il contenuto dei principi (*d*), dove la dottrina di Dworkin diventa ideologica, il contesto costituzionale italiano, e forse europeo continentale, impone discorsi diversi.

4. *Lo status concettuale dei principi di diritto rispetto a quello dei valori e delle regole.*

I principi si collocano tra i valori e le regole, quali criteri di azione o di giudizio. Sullo sfondo della trattazione analitica di queste nozioni, sono in gioco questioni capitali come il fondamento di legittimità della giurisdizione e della giurisdizione costituzionale in particolare; la separazione dei poteri; la democrazia e la concezione del diritto.

a) *Valori e principi.*

Il valore, in quanto criterio di azione e non soltanto risultato di una valutazione, è un *bene finale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *teleologicamente orientate* (seguo qui Jürgen Habermas). Esso vale come autorizzazione all'azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di azione e di giudizio legittimi. Il criterio di validità dell'azione o del giudizio è l'efficienza al fine. Ogni mezzo è autorizzato in quanto sia funzionale. Il valore-fine giustifica qualunque mezzo e tutti i mezzi possono, nelle diverse circostanze, essere (spacciati per) utili. Tra l'inizio e la fine dell'agire "per valori", può esserci di tutto, perché il valore copre di sé qualsiasi azione e interesse corrispondente. Il più nobile valore può giustificare la più abietta delle azioni; il dritto può nobilitare il rovescio: la pace, la guerra; la libertà, gli stermini di massa. Perciò chi, nel diritto, troppo sbandiera valori è spesso un lestofante. La massima dei valori è: giudica e agisci come ti pare congruo rispetto al fine che vuoi raggiungere. L'agire e il giudicare "per valori" sono infatti refrattari a criteri regolativi e delimitativi oggettivi, non essendo riconducibili a ragioni razionalmente controllabili. Questo punto è stato chiarito nel famoso scritto di Ernst Forsthoff su "la trasformazione della legge costituzionale" del 1959: i valori, come tali (indipendentemente quindi dai loro contenuti), sono incompatibili con le esigenze dello stato di diritto perché contengono implicitamente una propensione totalitaria ed esprimono un'incontenibile e incontrollabile concezione vitalistica dell'esistenza individuale e collettiva. Quando Carl Schmitt

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel 1967 scriveva della "tirannia dei valori", intendeva non solo indicare esangui fantasmi, in lotta per porsi come l'unico supremo tiranno, ma anche denunciare l'uso illimitato, non mediato da alcun potere oggettivo, di qualsiasi mezzo per (farli) prevalere (6).

Il principio, al contrario, è un *bene iniziale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente orientate*. Esso ha contenuto normativo rispetto all'azione o al giudizio. Il criterio di validità dell'azione e del giudizio è la riconducibilità logica al principio. L'agire e il giudicare "per principi" sono intrinsecamente regolati e delimitati dal principio medesimo di cui sono conseguenza: *ex principiis derivationes*. La massima del principio è: agisci in ogni situazione concreta che ti si presenta in modo che nella tua azione si trovi all'opera un riflesso del principio stesso. È come un blocco di ghiaccio che, a contatto con le circostanze concrete della vita, si spezza in molti frammenti, in ciascuno dei quali si trova la stessa sostanza del blocco originario. Tra il principio e l'azione c'è un calcolo di adeguatezza nel caso concreto che rende la seconda prevedibile, almeno nella sua direzione. I principi ben possono attecchire nello stato di diritto; anzi, la nozione stessa di stato di diritto è la sintesi di numerosi principi che esprimono una concezione moderata e razionale dell'esistenza individuale e collettiva.

Valore e principio sono dunque nozioni per diversi aspetti antitetiche. Eppure hanno però in comune il nucleo: entrambi si riferiscono a beni, come ad esempio, la persona umana, la vita, la natura, la cultura, l'arte, oppure la sicurezza, l'espansione economica, il benessere, la potenza dello stato, la nazione e perfino la razza. Ciò spiega la confusione dei due concetti, l'uso quasi sempre promiscuo dei due termini e la critica che spesso viene impropriamente rivolta al secondo (il principio) con argomenti propriamente riferibili al primo (il valore).

Riguardando entrambi beni, anzi spesso gli stessi beni, questi possono essere incorporati in proposizioni di valore o in proposizioni di principio, sia pure con formule non coincidenti. I valori (positivi o negativi) si esprimono attraverso predicati che fanno appello all'agire "sentito" soggettivamente (buono o cattivo; giusto o ingiusto, utile o inutile); i principi, attraverso predicati orientati alla prassi che fanno appello all'agire "ragionato" obbiettivamente (intangibile, inviolabile, responsabile, punibile, ecc.) e anche in questa differenza espressiva si

(6) I riferimenti contenuti in questo capoverso sono a E. FORSTHOFF, *Das Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959, pp. 35 ss.; ID., *Zur Problematik des Verfassungsauslegung*, in *Beiträge zum öffentlichen Recht*, Bd. 7, Stuttgart 1961; C. SCHMITT, *Die Tyrannie der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, Stuttgart 1960, pp. 16 ss.; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main, 1992, pp. 309 ss. (trad. it., *Fatti e norme*, Guerini, Milano, 1996, pp. 302 ss.). Una trattazione dei medesimi temi in J.J. GOMES CANOTILHO, *Conctituição dirigente e vinculação do legislator. Contributo para a comprensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra ed., 1982, pp. 279 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

manifesta la radicale differenza. In sintesi: un ethos nietzscheiano, nel primo caso; kantiano, nel secondo.

E tuttavia, sotto un altro aspetto è ben vero che si tratta di una differenza sottile e, soprattutto, che lo stesso bene può essere trattato come valore o come principio, con esiti diametralmente opposti. Ad esempio, il richiamo al bene della vita, *come valore*, vale per i fanatici a giustificare le azioni violente contro le *équipes* mediche delle cliniche che operano aborti; la protezione della vita *come principio*, invece, apre la discussione sulle conseguenze che razionalmente il principio implica rispetto a un fatto come l'interruzione volontaria della gravidanza, nelle diverse circostanze della vita in cui può presentarsi come possibilità o necessità. Molte delle critiche rivolte alla "giurisprudenza per valori" non si dovrebbero applicare alla "giurisprudenza per principi". Il fatto che ciò accada, si spiega o in base all'improprio scambio tra principi e valori o in base all'indebita confusione dei primi con i secondi.

b) *Principi e regole.*

Principi e regole valgono a orientare azioni e decisioni in circostanze determinate ma cambia il carattere dell'orientamento che ne deriva. Le regole, secondo la formula ormai celebre di Dworkin, valgono nella logica del o-tutto-o-niente: esse sono immediatamente cogenti e o le si rispetta integralmente o le si viola altrettanto integralmente. Dati certi fatti che esse prevedono ne devono derivare le conseguenze predeterminate. È, in altri termini, il modello di regola giuridica che Hans Kelsen esprime con l'altrettanto celebre formula imperativa ipotetica: se è *a*, deve essere *b*, senza margini di discussione.

I principi operano in modo diverso. Essi non indicano conseguenze giuridiche che devono seguire necessariamente quando si diano le condizioni previste ma, come assiomi dell'ordine giuridico, affermano una ragione che, nei casi che chiamano in causa il principio, spinge in una direzione, senza indicare precisamente verso quale specifica azione o decisione. Se un certo principio fa parte di un certo sistema giuridico, è necessario che lo si prenda in considerazione come criterio dell'agire o del decidere, ma non sappiamo ancora quale sarà l'azione o la decisione che ne deriverà, anche se possiamo prevedere con quale linea argomentativa le si giustificherà.

I principi, come le regole, sono norme, perché imprimono un orientamento all'azione o alla decisione (adotto qui la terminologia di R. Alexy: *norme,* termine di genere; *principi* e *regole*, termini di specie). I principi tuttavia, a differenza delle regole, sono norme senza fattispecie (o determinazione del fatto: "Tatbestand") predeterminata e a prescrizione generica. Non sono di per sé esprimibili nella formula dell'imperativo ipotetico di Kelsen. Posta ad esempio la tutela della dignità personale (art. 2 e 3 della Costituzione italiana) come principio, non si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dice in quali circostanze, in presenza di quali comportamenti, si deve ritenere che essa sia in pericolo o violata, e dunque se e quali misure conseguenti di protezione debbano essere messe in atto. La legge che impone agli immigrati da Paesi extraeuropei di depositare la loro impronta digitale agli uffici di polizia viola la loro dignità? Deve dunque essere annullata? Oppure, posto il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13 della Costituzione), recarsi allo stadio per assistere a una partita di football rientra nel concetto di quella libertà e la misura con la quale la polizia vieta la frequentazione degli stadi di calcio ai tifosi violenti è una limitazione rilevante? Se sì (come ha ritenuto la Corte costituzionale), essa deve essere presa con le garanzie che la Costituzione impone per le limitazioni della libertà personale (7).

Il principio non è semplicemente una regola molto generale. Se così fosse, avrebbero ragione i positivisti che riducono le norme giuridiche a regole. Da questo punto di vista, non tutti gli esempi di principi che vengono addotti sembrano perciò pertinenti. Dworkin ragiona sulla proposizione secondo cui nessuno deve poter trarre vantaggio giuridico (per esempio, ereditando) da un proprio illecito (per esempio, l'omicidio del *de cuius*), un "principio" di civiltà giuridica che vale in tutti gli ordinamenti e che anche la Corte costituzionale ha espressamente affermato in una sentenza del 1995, in tema di condono di illeciti edilizi. Un simile "principio" può fornire argomento a favore di coloro che negano l'esistenza di quella differenza concettuale tra principi e regole che Dworkin va cercando e su cui basa la sua dottrina della *adjudication*. Il vero "principio" che sorregge questo sedicente principio potrebbe esprimersi così: "il diritto non può consentire che si traggano vantaggi da azioni riprovevoli". Se la proposizione: "nessuno deve poter trarre vantaggio giuridico da un proprio illecito" fosse un principio, allora i principi sarebbero soltanto regole molto generali. Tale proposizione infatti contiene sinteticamente una somma di regole semplici, corrispondenti al numero di atti definiti illeciti in un certo sistema giuridico e ai beni della vita oggetto di protezione giuridica come diritti, pretese e interessi legittimi. La circostanza, poi, che quella proposizione sia in certi casi smentita da regole diverse (ad esempio, quella che riconosce l'acquisto della proprietà per usucapione a vantaggio del possessore anche in mala fede), non significa affatto ch'essa non sia una regola. È una regola generale che cede il passo a una regola speciale, secondo la massima *lex specialis derogat generali*.

La differenza logica che interessa dal punto di vista pratico è questa. Affinché il principio possa operare effettivamente, si richiede la sua "concretizzazione", cioè la sua riduzione a una formula che contenga una fattispecie riferibile a un accadimento storico e la conse-

(7) Il riferimento alla terminologia di R. ALEXY riguarda il III capitolo, § 1 (*Regeln und Prinzipien*) di *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 71 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guenza che ne deve derivare. La concretizzazione del principio avviene a opera o del legislatore per mezzo di una regola che guarda agli accadimenti futuri, o dal giudice per mezzo di una decisione che guarda agli accadimenti passati. In determinate materie, questa seconda ipotesi viene espressamente esclusa. È il caso, normalmente, del diritto penale dove si preferisce che sia sempre il legislatore tramite regole preventive e il più possibile certe a prevedere reati e pene. Ma, al di là di questa eccezione, regole e principi operano spesso congiuntamente o parallelamente.

Parlare (*a*) di interpretazione del principio (da parte del legislatore o del giudice) o (*b*) di creazione di nuovo diritto (legislativo o giurisprudenziale) con riguardo alla "concretizzazione" dei principi sarebbe improprio.

(*a*) Non è interpretazione — nel senso in cui questo termine è impiegato dai giuristi —, perché le formule che esprimono i principi giuridici contengono ben poco da interpretare. Esse sono spesso espressioni "basate su sempre nuove ricezioni di terza o quarta mano" (Rudolf Smend), ma non per questo meno venerabili, che richiamano tradizioni storiche (ad es., l'*habeas corpus*) o contesti filosofici di significato (ad es., la persona umana) che, più che essere interpretate attraverso l'analisi del linguaggio contenuto in un testo, come è per le regole, devono essere intese nel loro *ethos.* Tante volte è stato ormai notato che il diritto per principi ne comporta inevitabilmente una "eticizzazione". Perciò, si può dire in breve che, mentre alle regole si ubbidisce, ai principi si aderisce.

(b) La concretizzazione del principio non è nemmeno creazione di diritto nuovo, nel senso di una estensione del campo di azione del diritto a materie, rapporti, situazioni nuove. Il caso ricade già sotto il diritto. In presenza di un principio pertinente, il giudice non può trincerarsi dietro la carenza di diritto per rigettare una domanda per irrilevanza giuridica. Egli deve invece ragionare costruttivamente sul caso, alla luce del principio, e da qui dare una risposta. Non sarà un ragionamento sillogistico, ma un ragionamento non formalizzabile, fatto di inferenze e deduzioni di varia natura. Ma sarebbe una forzatura dire che i principi sono regole incomplete, cioè regole difettose, come se l'ideale sistema giuridico dovesse ritenersi quello composto da sole regole. In realtà principi e regole sono modi di normazione che sollecitano diversi atteggiamenti pratici. Se l'ordinamento giuridico fosse composto solo di regole, sarebbe un orario ferroviario e i giuristi sarebbero manovratori di scambi nei tempi e luoghi stabiliti. Per fortuna, il diritto non corrisponde a quest'ideale dei positivisti delle regole e il lavoro dei giudici e dei giuristi non è quello di un impiegato delle ferrovie.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c) *Valori, principi e regole.*

È possibile collocare regola, principio e valore in una sequenza di inferenze. La regola che vieta la tortura presuppone il principio dell'intangibilità della dignità della persona e quest'ultimo rinvia alla persona umana come valore. La regola che punisce il sequestro di persona presuppone il principio dell'inviolabilità della libertà personale e ciò rinvia alla libertà come valore. La regola che stabilisce una pena per l'omicida, rimanda al principio dell'indisponibilità della vita umana da parte di altri esseri umani e questo principio rinvia alla vita come valore. La regola che prescrive la punizione del ladro presuppone il principio della garanzia della proprietà che a sua volta rinvia alla proprietà come valore. Anche per le regole apparentemente solo tecniche, come quelle della circolazione del traffico automobilistico — un *topos* in queste discussioni — si può ripetere la stessa cosa. La regola che impone il lato destro (o, eventualmente, il sinistro) nella circolazione delle automobili presuppone il principio della necessaria disciplina uniforme del traffico, in vista dell'incolumità delle persone come valore.

In astratto, si può dire che non c'è regola che non risponda a un principio e non c'è principio che non si colleghi a un valore. Il principio è il *medium* nel quale troviamo un'apertura "morale" al valore e un'apertura "pratica" alla regola.

In concreto — cioè in relazione a una particolare situazione storica di un ordinamento giuridico — si può determinare la rottura di questa catena: per esempio, un regola può contraddire un principio vigente o potrebbe non esserci principio che la giustifichi, oppure un principio potrebbe essere incompatibile con valori vigenti. In questi casi, la regola è priva di giustificazione e, ancor prima che incostituzionale (quando esista una norma della Costituzione che incorpora il principio o il valore violati), è intrinsecamente irragionevole, arbitraria, o manifestamente ingiusta: tutte espressioni che si rinvengono in sentenze della Corte costituzionale italiana che non esita, per questo motivo, ad annullare la legge che la contiene. Il che sta a dire che il nesso di congruenza tra valori-principi-regole è costitutivo della validità del diritto, è un assioma che precede addirittura il diritto costituzionale posto; è qualcosa che viene prima dello stesso potere di fare una costituzione. Questa può fare molte cose ma non disporre l'assurdo, affermando contemporaneamente che una norma è arbitraria e ciò non di meno è valida (R. Alexy) (8).

Il positivismo delle regole pretende di oscurare questi legami fondativi materiali o contenutistici del diritto. Vorrebbe il giudice posto esclusivamente di fronte alla regola, tenuto ad applicarla per l'esclusivo

(8) Il riferimento è ai saggi di ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, (1992), trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997 e *On Necessary Relations Between Law and Morality*, in *Ratio Juris*, 1989, pp. 167 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatto di essere stata prodotta secondo un'altra regola di riconoscimento. Il tentativo di assimilare l'invalidità materiale delle leggi all'invalidità formale, tentativo che della "normologia positiva" di Hans Kelsen costituisce un dato caratteristico e sorprendente per chi non riduce il diritto a regola, si spiega per le implicazioni che la dimensione materiale della validità del diritto comporta. E, allo stesso modo, si spiega la disponibilità a riconoscere al giudice stesso, in caso di ambiguità delle regole positive, un potere discrezionale che egli può riempire liberamente, cioè arbitrariamente: risultato paradossale e schizofrenico per una dottrina che, in origine, mirava a ridurre la giurisprudenza a funzione meccanica e i giudici a burocrati.

Il positivismo è così costretto a smentire le sue stesse premesse per non volere rinunciare a ignorare questa dimensione pre-positiva del diritto che esso considera una dimensione "morale", tale da intorbidare le acque in cui opera la scienza del diritto e contraddire l'esigenza politica e culturale che sta all'origine stessa delle sue formulazioni:l'esigenza che già John Austin indicava con le parole "distinguere le leggi umane propriamente dette da quelle che impropriamente sono dette le leggi della moralità positiva"; l'esigenza di distinguere, ad esempio, il giudice dal confessore o il delinquente dal peccatore. Questa necessità di distinzione è il cavallo di battaglia del positivismo e la sua affermazione teorica è il suo maggiore titolo di merito. Ma non è affatto detto — indipendentemente da quello che alcuni passi di Dworkin stesso possono indurre a credere — che la critica al positivismo faccia precipitare in questa pericolosa commistione. Come si dirà (§ 6), la dottrina dei principi non è né un tentativo di "moralizzazione del diritto" né di "legalizzazione della morale", secondo un'accusa corrente ma piuttosto un tentativo di stabilire un ponte tra diritto e cultura (9).

5. *Lo status funzionale dei principi di diritto.*

Dal o-tutto-o-niente, che caratterizza le regole, deriva che esse pretendono di valere "assolutamente". I principi, invece, possiedono un carattere diverso, avendo un peso, un'importanza che deriva loro dal valore di cui sono espressione. In più, essendo beni che pretendono di essere realizzati, difesi, promossi, ecc., sono sottoposti alla logica del possibile. Tra i condizionamenti che derivano dalla possibilità, c'è l'esistenza di altri principi confliggenti, con i quali si devono determinare rapporti combinatori che necessariamente richiedono una reciproca "relativizzazione". I principi si relativizzano, senza con questo cessare di essere principi validi. Le regole, al contrario, o sono integralmente applicate o sono violate: non esiste una via di mezzo. Nella

(9) L'accusa di "moralizzazione del diritto" e "legalizzazione della morale" è, per esempio, in L. Prieto Sanchís, *Quattro domande*, cit., p. 287.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina di Dworkin questo punto cruciale è messo in risalto e costituisce una spiegazione del successo del "diritto per principi".

Le nostre società non si accontentano di principi semplici che possano produrre non problematicamente un "diritto per regole". Sono società complesse anche dal punto di vista dei propri postulati morali. Essi si traducono in assiomi giuridici plurimi e perfino confliggenti. È difficile che i principi possano produrre regole unilateralmente ispirate. Anche se il peso dei singoli "ingredienti", per ciascuno di noi, può essere diverso a seconda delle nostre propensioni ideali, tutti (o molti di noi) vogliamo (o vogliono) una società libera, ma anche le riforme sociali; l'uguaglianza di fronte alla legge, ma anche l'uguaglianza rispetto a determinate situazioni di base; quindi norme giuridiche generali ma anche particolari; diritti negativi di protezione contro le interferenze di poteri pubblici e privati, ma anche diritti positivi a prestazioni di tali poteri; i diritti degli individui, ma anche quelli dei gruppi; la coscienza con le sue pretese (per esempio, all'uso delle risorse offerte dalla biotecnologia in materia di procreazione assistita, o al suicidio assistito-eutanasia), ma anche la stabilità delle strutture sociali e la protezione dei soggetti deboli; la difesa delle identità collettive, come quelle nazionali, ma anche la propensione a integrare senza distruggere identità culturali diverse; la protezione di forme di vita sociale santificate dalla tradizione (anche al di là della loro ridotta funzione economico-sociale), come la famiglia, ma anche il riconoscimento di altri modi di convivenza; la valorizzazione delle energie materiali e spirituali degli individui ma anche la protezione dalla loro forza distruttrice dei beni collettivi, come quelli naturali; il rigore nell'applicazione della legge ma anche la pietà nei confronti delle sue conseguenze più rigide; la responsabilità individuale nella costruzione della propria esistenza ma anche l'intervento collettivo a sostegno dei più deboli, l'ordine ma anche la spontaneità sociali, ecc. ecc. Non credo che in queste simultaneità possano vedersi sintomi di "disordine morale", come vorrebbero i fautori di un'etica pubblica forte per comunità umane ben temprate (ad esempio, A. MacIntyre). Ci vedrei piuttosto l'influenza di una ricca storia millenaria sullo spirito degli individui e delle società che cerca di esprimersi coerentemente nei modi di organizzare la convivenza tra gli esseri umani. In ogni caso, si tratta di dati di fatto che possono essere rifiutati ideologicamente ma che, se li si volesse rifiutare anche praticamente, richiederebbero politiche del diritto unilateralmente semplificatrici e perciò autoritarie (10).

I principi giuridici, con la loro flessibile capacità di interagire tra loro, adempiono a quella funzione integratrice che le regole, data la loro logica di reciproca esclusione, non possiedono. Essi sono la forma in cui

(10) Il riferimento è ad A. MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory* (1981), trad. it., *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano, Feltrinelli², 1993, 22-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si esprimono giuridicamente le società plurali del nostro tempo, le società organizzate nelle forme dello "stato costituzionale". I principi appartengono allo stato costituzionale e lo stato costituzionale non può fare a meno dei principi. Anzi: perfino norme costituzionali formulate come regole sono spesso intese, nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali, come principi, attraverso l'implicita loro relativizzazione ottenuta interpretandole nella logica del "ragionevolmente possibile".

L'espressione "stato costituzionale" non indica solo il dato esteriore dell'esistenza di una Carta fondamentale dotata di forza giuridica maggiore di quella riconosciuta alle comuni leggi del Parlamento; e nemmeno solo la presenza di un sistema di garanzie, esercitate dai giudici o da una Corte costituzionale *ad hoc*, contro le deliberazioni politiche contrarie alla Costituzione. Di queste Carte e di queste garanzie si avverte l'esigenza nelle condizioni storico-sociali in cui un'unità sociale non è data ma è problematica e l'accentuata distanza politica, economica e culturale delle componenti della società richiede di essere riconosciuta e garantita costituzionalmente contro la forza della maggioranza. I principi costituzionali e la loro pluralità riflettono questa situazione storica. Essi non producono un'unità staticamente realizzata, ma un'unità da realizzarsi dinamicamente. I principi entrano in gioco attraverso le loro possibilità combinatorie e la scienza giuridica è sfidata a un compito — la "pratica concordanza" delle discordanze (per usare un'espressione di K. Hesse (11) — che richiede strumenti concettuali duttili, inusuali presso i giuristi abituati alle categorie del positivismo giuridico (quelli che E. Denninger denomina gli "Schlüsselbegriffe" (12), tra i quali principalmente il "bilanciamento". E i principi, non le regole, si prestano a essere messi sui piatti della bilancia e ciò ne spiega il successo nel diritto del nostro tempo.

L'esperienza della Corte costituzionale italiana su questo punto è significativa soltanto per il dato quantitativo, cioè per l'eccezionale diffusione di queste tecniche di decisione. Su di esse continua però ad aleggiare un'aura di sospetto, anche presso numerosi giudici costituzionali. Essi hanno quasi l'impressione di un abuso, di un compito improprio che travalica nella politica. I problemi certamente non mancano, come si dirà più avanti. Ma la pratica del diritto ha le sue esigenze inevitabili e, nell'ordinamento costituzionale attuale, non esiste alternativa a questa pratica, in particolare non esiste la possibilità di un ritorno a una giurisprudenza esclusivamente "per regole". Quest'ultima comporterebbe un'amputazione arbitraria di parti della Costituzione, quando essa deve invece sempre valere come intero.

Basti qualche esempio di principi in contrasto che in quel modo

(11) K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13ª ed., Heidelberg, 1982, pp. 127 ss.

(12) E. Denninger, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, in *Festschrift für Rudolf Wassermann*, Frankfurt a. Main, 1985, pp. 279-298.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hanno dovuto essere messi in accordo: l'uguaglianza tra i coniugi e la garanzia dell'unità della famiglia, nel caso della punizione dell'adulterio della moglie; la certezza degli *status* personali e l'accertabilità della paternità e maternità naturali; la tutela della salute della donna e della vita del nascituro, nel caso dell'aborto; la libertà d'impresa e la tutela del consumatore; la proprietà privata e i diritti dei soggetti deboli, come i coltivatori della terra o i locatori di appartamenti; la libertà di organizzazione dell'impresa e il diritto al lavoro di soggetti handicappati, di cui è obbligatoria l'assunzione in quote prestabilite; la garanzia della difesa nel processo e la funzionalità del processo stesso, rispetto ai suoi fini; la libertà di cronaca e la dignità della persona; la tutela della *privacy* e le intercettazioni di comunicazioni disposte per la prevenzione e la repressione dei reati; il pluralismo dei media e la garanzia del diritto d'impresa.

6. *La matrice dei principi.*

Gli argomenti "di principio" non sono sconosciuti ai giuristi del legalismo positivo. Essi sanno di non decidere sempre e soltanto sulla base di regole espressamente poste. Fanno infatti ricorso ai "principi generali del diritto", qualora un caso da decidere non ricada nella previsione di una specifica regola, nel caso cioè di "lacuna" della legge. In questa prospettiva, l'ordinamento italiano (art. 12 delle disposizioni anteposte al codice civile) prevede che se la soluzione di un caso è dubbia, "si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico", con la precisazione voluta per escludere le seduzioni dello *ius naturale*: "ordinamento giuridico *dello stato*". Questa eventualità non contraddice i postulati del positivismo giuridico: i principi in questione si considerano essere *norme implicite*, esistenti allo stato latente. La loro premessa è la razionalità e la coerenza del legislatore, il quale — per definizione — procede dai principi traendone norme e "apponendo su di esse un sigillo". Gli interpreti, dall'osservazione degli elementi comuni delle singole regole, possono ricostruirli attraverso l'inferenza dall'insieme delle regole particolari. Il legislatore deduce, l'interprete induce. Questi principi del diritto sono l'espressione dell'unità logica dell'ordinamento e questa unità è concepita come un dato di fatto che si può riconoscere senza nulla creare, semplicemente mettendo a nudo la razionalità immanente al sistema. Questo tipo di principi generali del diritto è bensì dotato — come si è detto con una formula che ha avuto fortuna, forse proprio per il suo carattere allusivo e poco analitico — di una "eccedenza normativa", essendo capace di estendere i confini del diritto, ma è sempre e comunque un prodotto di risulta, non un dato originario (13).

(13) La citazione testuale sul "sigillo del legislatore" è da R. SACCO, *I principi*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo modo di concepire i principi poteva valere nei sistemi giuridici di società semplici o semplificate: le società liberali del XIX secolo o quelle autoritarie del XX (il codice civile italiano è ancora quello emanato nel 1942). Non vale allo stesso modo oggi. L'interprete che si avventuri alla ricerca dei principi giuridici di coerenza rischia di trovarsi di fronte alle contraddizioni del conflitto politico tradotte in norme legislative farraginose, incoerenti e instabili.

In questo contesto, i principi, che un tempo svolgevano un *compito riassuntivo* dell'unità logica dell'ordinamento giuridico, sono chiamati ora a svolgere un *compito costitutivo* dell'unità, per così dire, dialogica del diritto delle società complesse, rette nelle forme dello stato costituzionale. Per questo motivo, essi non possono essere fatti derivare interpretativamente dalle regole, dovendo avere una loro autonoma origine e validità.

I principi, che svolgono per così dire una "funzione principiante", oggi sono *principi espliciti* e la loro sede naturale, negli stati costituzionali, è, per i motivi detti a proposito di questa forma di stato, la Costituzione stessa. L'Italia ne è un esempio, con la sua costituzione pluralista, ricca di disposizioni di principio. I principi costituzionali, come forza costitutiva dell'ordinamento, non sono più chiamati in causa solo quando un caso è dubbio; quando cioè, in assenza di una regola, si verifica una lacuna. Essi operano sempre, anche in presenza di regole, o come criterio della loro validità o, fin dove è possibile, quali forze strutturali dell'ordinamento, attraverso l'orientamento espresso dal loro significato, per mezzo di quella che si denomina "interpretazione adeguatrice" (nella giurisprudenza tedesca *verfassungskonforme Auslegung*)

Fin qui — a parte la diffidenza nei confronti delle norme di principio e il favore nei confronti delle regole — il positivismo giuridico non avrebbe nulla da recriminare. Anche i principi costituzionali, infatti, sono posti da un legislatore, il legislatore costituzionale. Tanto basta ai positivisti perché, pur nella sempre ribadita preferenza per il diritto "per regole", i loro postulati teorici (il diritto come dato di fatto, la separazione del diritto dalla morale, la neutralità della scienza giuridica, ecc.), sia pure scricchiolando, possano rimanere fermi. Secondo la "dogmatica positivista" "nulla impedisce che una costituzione subordini la validità di una norma non solo al rispetto dei requisiti formali *fondativi* (il *pedigree*, secondo l'espressione di Dworkin) ma anche alla presenza di certi contenuti, quale ad esempio il rispetto dei principi di libertà o di uguaglianza. Le costituzioni contemporanee, ricche di tali contenuti *giustificativi* del diritto, non hanno infatti

---

generali nei sistemi giuridici europei, in *Atti dei Convegni Lincei*, n. 96, *I principi generali del diritto*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1992, p. 165. La "eccedenza normativa" è formulata da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed., Milano, 1970, p. 316 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituito, di per sé, un ostacolo teorico che abbia scosso le certezze positivistiche.

Le difficoltà nascono quando si tratta (*a*) di attribuire valore pratico ai principi e (*b*) quando occorre farli coesistere praticamente, in caso di collisione.

(*a*) I principi non sono norme chiuse in se stesse e nemmeno — come il positivismo "critico" è disposto ad ammettere — norme che chiamano in causa la discrezionalità dell'interprete a causa della loro imperfezione comunicativa. Sono norme, si potrebbe dire, per natura e non per difetto, aperte, che rinviano ad altro. Ronald Dworkin esprime questo carattere dei principi per mezzo della distinzione tra concetti e concezioni. La Costituzione americana vieta le "pene crudeli e inconsuete". Ma che cosa si intende per crudeltà e consuetudine, in questa materia? La pena di morte, o l'esecuzione di questa pena con questa o quella tecnologia, sono crudeltà? La Costituzione italiana protegge la famiglia come "società naturale". Il divorzio, oppure la convivenza senza vincolo matrimoniale sono compatibili con questo concetto di "naturalità", oppure ne sono un *vulnus* contro natura? Tutti sottoscrivono il principio della difesa della dignità umana. Ma la dignità postula, permette, oppure vieta che i malati terminali decidano con libertà se richiedere l'eutanasia? Il principio costituzionale di uguaglianza — di tutti i principi, il più pervasivo — comporta il trattamento uguale degli uguali e un trattamento disuguale dei diversi. Ma nel giudizio di uguaglianza e disuguaglianza che cosa ha da considerarsi rilevante e può quindi essere legittimamente preso in considerazione? Dipende, per l'appunto, dalle concezioni dei concetti che si accolgono. Il problema non si può scansare. L' "interpretazione originalista" della Costituzione, comunque sia, non permette di risolverlo, quantomeno in tutti i casi in cui si pongono problemi nuovi, quando la ricerca della volontà, vera o anche solo presunta, dei Padri fondatori non darebbe esito. La soluzione ai problemi non sta dunque nella norma che esprime un principio e non può essere ricercata attraverso una "interpretazione", nel senso in cui questa espressione è utilizzata in relazione alle regole. Il principio può svolgere una funzione pratica solo attingendo elementi che sono fuori da sé. Da dove si attinga questo "altro fuori da sé": questo è il problema di fronte al quale i positivisti restano muti.

(*b*) In caso di collisione di principi, la difficoltà non può superarsi attraverso i criteri di solito utilizzati per risolvere le antinomie tra regole: i criteri della prevalenza della *lex superior*, o della *lex posterior*, o della *lex specialis*. Questi criteri portano a preferire una regola ad un'altra, sacrificando completamente (in coerenza con il carattere o-tutto-o-niente delle regole) una regola all'altra. Ciò non può valere per i principi dello stato costituzionale. Essi devono tutti convivere, in conseguenza della protezione assicurata ai soggetti sociali che a essi aderiscono e ne hanno ottenuto la consacrazione nella Costituzione. Ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il modello della coesistenza implica soluzioni attraverso composizioni che non stanno nei principi medesimi ma al di sopra e, per così dire, a cavallo di essi. Non mi risulta che il criterio della "massimizzazione" dei beni protetti dai principi (R. Alexy) o quello speculare, forse preferibile nella prospettiva dei principi distinti dai valori, della "minimizzazione" del sacrificio dei beni coinvolti siano previsti da qualche regola positiva, che ne indirizzi l'uso verso risultati predeterminati. E lo stesso principio dell'intangibilità dei nuclei minimi essenziali dei diritti, previsto dall'art. 29, comma 2, della Costituzione tedesca, principio del quale la giurisprudenza italiana, quando occorre, fa un uso pretorio, non fornisce se non un criterio, anzi un ausilio che agevola la composizione dei conflitti, ma non è la norma che li risolve (14).

Siamo così giunti al punto decisivo per la comprensione della dimensione pratica dell'ordinamento: i *meta-principi del diritto*, senza i quali il diritto positivo, con le sue regole e con i suoi principi posti, non potrebbe funzionare; senza i quali la giurisprudenza delle Corti — innanzitutto della Corte costituzionale — sarebbe impotente.

Trattandosi di uno "strato normativo" presupposto alle norme poste, per questi principi non scritti nella Costituzione non valgono i *test* di riconoscimento e validità formali (il *pedigree* di cui parla Dworkin) ai quali sono normalmente sottoposte le norme positive. I criteri di validità possono essere solo materiali, attenendo al loro contenuto e non al loro modo di essere.

I positivisti si inalberano. Come è possibile introdurre nel discorso giuridico, e in posizione tanto importante, norme così indeterminate da essere prive di un criterio di riconoscimento che sia a sua volta obbiettivamente riconoscibile: norme lasciate all'arbitrio del giudice? se è così, tutto è perduto!

Ma non è lamentandosi della realtà che questa può diventare diversa da quella che è. La questione non è se sia bene che i giuristi, nelle loro operazioni, si riferiscano a qualcosa che sta prima delle norme poste. La questione nasce proprio dal fatto che di un tale riferimento è impossibile fare a meno e che, in pratica, la discussione tra i giuristi in un collegio giudicante (parlo per esperienza) si concentra, nei casi difficili, proprio su ciò che sta prima delle norme poste, anche se poi, quando si tratta di motivare le decisioni ad uso del pubblico, si preferisce ignorarla. Oscurare questo aspetto dell'attività del giudice significa non eliminare i problemi ma rimetterne la soluzione alla pura e semplice soggettività del giudice. Così, in effetti, fanno i positivisti, col risultato perverso che per volere eliminare le incertezze, semplicemente le occultano. Mettendo a fuoco la questione, invece, è forse possibile aprire un discorso sul quale ci si possa intendere per evitare, o anche

(14) Il riferimento a R. Alexy riguarda *Teorie der Grundrechte*, cit., cap. III, *Die Struktur der Grundrechtsnormen*, pp. 71 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo ridurre, l'arbitrio. Perciò è fuori luogo la sorpresa dei critici di Dworkin che notano come la sua iniziale pretesa di elaborare una dottrina per porre sotto controllo la discrezionalità del giudice, finirebbe per aumentarne grandemente i margini di valutazione, privando il diritto, e proprio al suo più fondamentale livello, di quel *test* essenziale alla certezza che è la norma di riconoscimento. Questa critica, contrariamente a quanto credono i positivisti, non è un argomento a favore delle loro posizioni. Sarà pur vero che i principi di Dworkin si collocano in una sfera di incertezza, ma non è certo vero che l'interpretazione positivistica della legge sbarri la strada alla discrezionalità: anzi è proprio la teoria dell'interpretazione dei positivisti avveduti che ci dice (salvo poi dimenticarsene quando si vogliono deprezzare le teorie diverse dalla loro) che, alla fine, nei casi difficili, il giudice è chiamato a scegliere in solitudine.

La risposta di Ronald Dworkin alla domanda sulla matrice dei principi non scritti è dunque necessariamente non formale. Egli fa entrare qui in scena il suo Hercules che, con sovrumana abilità, si aggira tra "sostegni istituzionali" che la comunità umana offre alle regole che si è date, tra "condizioni normative" e situazioni obbiettive di doverosità di carattere sociale, tra teorie costituzionali, interpretazioni di *statutes* e precedenti, *standards* di moralità politica, imperativi di continuità giuridica, ecc..

Il rifiuto di fermarsi al diritto posto è valsa a Dworkin la qualifica — o l'accusa — di giusnaturalismo (naturalmente, neo-giusnaturalismo) o di "cognitivismo morale". La qualificazione è una indebita semplificazione e a ragione, mi pare, egli ha rifiutato la qualifica e l'accusa. Tutte le sue indicazioni non contemplano i cieli tersi del diritto naturale, quale che sia e dove che lo si possa cercare, nella natura delle cose create da Dio o nella ragione degli uomini bene raziocinanti. Esse guardano piuttosto, per usare una formula kantiana, alla "feconda bassura dell'esperienza" e infatti, all'accusa di giusnaturalismo si è contrapposta quella speculare di sociologismo. Il diritto pre-positivo cui, mi pare, pensa Dworkin può comprendere qualcosa come il diritto naturalmente giusto, quale concepito dai componenti *della società* ma esso è assunto fattualmente, come un dato esistente — se esistente — costitutivo delle categorie morali vigenti *nella società*, accanto a tutti gli altri (le dottrine politiche, le concezioni dell'utilità sociale, le compatibilità istituzionali, ecc.). Esso non avanza pretese egemoniche ma vuole essere considerato, al pari di altri. In ogni caso, non è un ordine coattivo generale che un'autorità esterna ha imposto *sulla società* (15).

Una posizione come quella di Dworkin, a me pare, potrebbe forse

(15) L'espressione kantiana ("das fruchtbare Bathos der Erfahrung") si trova nei *Prolegomeni a ogni metafisica futura* (a p. 299, nt. 27 dell'ed. italiana a cura di P. Martinetti e M. Roncoroni, Milano 1995).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più precisamente qualificarsi con un neologismo: "culturalismo". La sua dottrina giuridica non radica il diritto né nella forza normativa della natura né in quella della società; non radica il dover essere nell'essere dell'una o dell'altra. La forza normativa dei principi che sorreggono le norme positive è tratta in effetti da elementi direttivi di natura culturale, nei quali essere e dover essere si fondono inestricabilmente. Questa, per usare una terminologia italiana, si potrebbe definire la "costituzione materiale" presupposta alla Costituzione formale positiva. In questo modo, la dottrina del diritto di Dworkin rompe gli argini che il positivismo giuridico ha sempre tentato di costruire attorno al diritto, al fine di renderlo indipendente e impermeabile alle influenze di contesto e così "purificarlo", secondo l'aspirazione portata alle estreme conseguenze da Hans Kelsen nella sua *Teoria pura del diritto*. Il buon giurista, per la dottrina dei principi, invece, non è il conoscitore di tutte le leggi e di tutti i precedenti, e basta. È invece colui che vivifica questa conoscenza con la partecipazione, come giurista, alla vita della cultura nella società in cui opera. I principi che egli maneggia sono il ponte di collegamento per un continuo andirivieni: producono cultura e sono prodotti dalla cultura (16).

Questa indicazione, al giurista europeo, tuttavia, può far venire in mente assonanze non sempre gradevoli. Come non pensare allo *spirito del popolo* del romanticismo giuridico tedesco o all'interpretazione scientifico-spirituale del diritto che risale a Rudolf Smend? E come non temere così, per esempio, la politicizzazione del diritto, la caduta nell'organicismo giuridico e la deviazione a strumento di dominio? In una parola: come non temere la fine di una dimensione propriamente giuridica della vita collettiva che faccia da argine al potere politico e ai poteri sociali? Tuttavia quell'indicazione e quell'apertura possono essere raccolte in un contesto culturale completamente diverso.

La responsabilità nei confronti della direzione che questi sviluppi possono prendere non è d'altri che della scienza del diritto. Il compito spetta solo ai giuristi, gelosi della loro funzione culturale e della loro identità professionale. Per questo, occorre una buona e condivisa teoria del diritto come parte integrante della cultura del tempo e, al contempo, come suo elemento specifico e non assimilabile. In mancanza, neppure Hercules, da solo, potrebbe venire a capo di un compito come quello che Dworkin assegna al suo giudice ideale. Sarebbe intanto già molto se i giuristi incominciassero a rendersi conto dell'esistenza di questa loro prima responsabilità sociale che li investe, oltre che come singoli, come comunità scientifica.

In un saggio famoso, Ronald Dworkin ripropone in termini rinno-

(16) Un tentativo di raffronto tra la dottrina dei principi di Dworkin e la dottrina italiana della costituzione in senso materiale è nello scritto di Sergio Bartole citato alla nota 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vati il *topos* del diritto paragonato alla letteratura. È un'illuminazione sulle radici comuni; sulla somiglianza dei processi formativi attraverso atti l'uno all'altro legati in catena; sulla forza normativa rispettiva, distinta ma che pure si incontra; sui compiti e sulle responsabilità sociali dei giuristi e dei letterati, diverse ma che pure si assomigliano. Il positivismo giuridico, data la sua visione separata e interamente tecnicizzata del diritto, respingerebbe questo confronto come una bizzarria. Invece è altamente significativo nel contesto di questa concezione antipositivista del diritto e ci costringe a riflessioni più profonde di quelle consuete sulla crisi del diritto nel nostro tempo, sulla necessità di una teoria giuridica idonea ad affrontarla e sulle prospettive culturali e professionali dei giuristi (17).

7. *Il contenuto dei principi.*

Per la determinazione contenutistica dei principi, Dworkin fa riferimento al concetto di "integrità del diritto". Esso si riferisce all'esigenza di coerenza sincronica e diacronica: sincronica, nel senso del carattere sistematico del diritto; diacronica, nel senso dello svolgersi dell'ordine giuridico come sviluppo e non come contraddizione. L'integrità è una virtù, anzi: *la* virtù tanto del legislatore quanto del giudice. Essa si può riassumere nella formula, facile da formulare, ma difficile da mettere in pratica: i casi simili devono essere trattati similmente. La somiglianza deve potersi verificare sia nella dimensione del presente, sia nel rapporto tra il presente e il passato.

Conservatorismo giuridico? La teoria dei principi di Dworkin è spesso accusata, come si è visto, di contraddire il suo intento iniziale, rivolto a circoscrivere la discrezionalità del giudice, aprendo invece la via a un'intensa opera creativa della giurisprudenza. L'accusa si basa sulla premessa, completamente infondata, che la giurisprudenza per regole dei positivisti sarebbe invece idonea a preservare il valore della rigorosa adesione al (solo) diritto posto. La dottrina del diritto per principi, invece, richiede un'opera costruttiva del giudice, alle prese con una congerie di materiali normativi da far reagire con i casi da decidere; ma quest'opera è ri-costruttiva, non creativa e quindi il giudice di Dworkin non è autorizzato a essere un "attivista", a creare nuovo diritto rispetto ai casi nuovi. Il suo compito non è di "inventare" nuovi diritti e obblighi ma di "scoprire" o "rivelare" quali sono i diritti e gli obblighi dei contendenti in un giudizio. I materiali normativi accumulati (leggi e precedenti) costituiscono un peso dal quale il giudice non dovrebbe potersi liberare per imboccare nuove strade a suo piacimento. Sotto questo aspetto, quella è certamente una dottrina conservatrice, dal

(17) Il riferimento contenuto nel testo è a *Diritto come letteratura* che costituisce il VI capitolo di *Questioni di principio*, cit., pp. 179 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punto del mantenimento del diritto esistente (ciò che, peraltro, può coerentemente giustificare perfino il diritto di resistenza in nome dei principi, quando siano violati dalle maggioranze politiche). Tuttavia, sul materiale normativo premono tutti gli altri elementi di cui si è detto nel paragrafo precedente, *standard* di moralità politica, condizioni normative e situazioni obbiettive di doverosità sociale. Essi imprimono un movimento che è compito non solo della legislazione, ma anche delle Corti e della scienza giuridica incanalare e rendere costruttivo, come forza di trasformazione, adattamento, arricchimento e purificazione, del diritto precedente.

L'integrità, secondo Dworkin, esprime la pretesa dei singoli di essere trattati "come soggetti uguali", *as equals*, come individui degni di uguale rispetto e considerazione, cioè — si potrebbe dire con altro linguaggio — come soggetti dotati tutti di uguale capacità giuridica. Questa nozione di uguaglianza si contrappone a quella di egualitarismo, che allude all'uguale distribuzione di beni collettivi. Nel rigettare la possibilità di incorporare nei principi del diritto una simile nozione materiale di uguaglianza — ciò che Dworkin designa come pretesa di essere trattati (non *as equals*, ma) *equally* — questa teoria del diritto si ascrive alla tradizione giuridica liberale. Essa riconosce i diritti umani, ma nella sola dimensione individuale e come protezione contro l'arbitrio. Non riconosce, tra i principi dell'ordine giuridico, i cosiddetti diritti sociali i quali, mettendo in moto politiche pubbliche per la diffusione di benessere e di opportunità tra i soggetti socialmente sfavoriti (a parte la difficoltà di intendere il bene comune in modo condiviso), richiederebbero un diritto differenziato, "azioni positive" e "discriminazioni alla rovescia" che comprometterebbero l'esigenza giuridica primaria del trattamento di tutti *as equals*.

Più precisamente: il compito di promuovere il benessere sociale, di produrre beni collettivi e di distribuirli *equally* è un compito non giuridico, ma politico. I poteri delle Corti non devono essere utilizzati a questi fini. Ai giudici non spetta spendere argomenti di *policy* ma distribuire le ragioni e i torti in base ai diritti e agli obblighi, senza perseguire direttamente fini di utilità o di giustizia generali; non spetta cioè decidere in nome della società nel suo insieme, ma solo in nome dei diritti individuali coinvolti in una controversia tra individui. Inserire nelle valutazioni dei giudici considerazioni circa il benessere sociale o la "società giusta" significherebbe infatti piegare i diritti a considerazioni politiche, cioè, in sostanza, a subordinare i singoli alle pretese della collettività o alle *policies* delle maggioranza. Le cosiddette "azioni positive" o "discriminazioni alla rovescia" risultano perciò in linea di principio sospette e difficili da giustificare perché, per un fine in ipotesi socialmente buono, violano l'esigenza del trattamento di tutti *as equals*. Le prese di posizione di Dworkin di fronte alle decisioni della Corte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suprema a proposito delle misure antidiscriminazione razziale risentono infatti di questa difficoltà.

La tradizione costituzionale europea continentale non è però questa. Secondo le classiche metafore politiche della bilancia e dell'orologio, studiate con grande erudizione in un libro di Otto Mayr, la *rights-thesis* di Dworkin è ascrivibile all'idea della bilancia, delle posizioni soggettive che devono essere messe in equilibrio attraverso l'opera del giudice. Il costituzionalismo europeo continentale si basa invece sull'idea della costituzione come definizione a grandi linee di un ordine generale della società, attraverso principi di giustizia materiale. Questi principi definiscono la posizione dei singoli nell'insieme, e non solo rispetto a un altro singolo, entrando a far parte, insieme ai diritti individuali, del "calcolo giuridico" che spetta al giudice di fare nell'emettere una sentenza (18).

Le Costituzioni vigenti in Europa contengono numerose disposizioni di principio che non riguardano direttamente i diritti individuali ma che, anzi, entrano in contatto con questi ed esigono una loro conformazione agli interessi generali. Così è, in modo molto accentuato, anche per la Costituzione italiana. L'art. 3 proclama programmaticamente entrambe le concezioni dell'uguaglianza: l'uguaglianza giuridica ("tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali"), nel senso ammesso da Dworkin; e, come compito dei poteri pubblici, l'uguaglianza nella distribuzione delle risorse collettive ("è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"). A questa indicazione programmatica, segue una lista di "diritti sociali" — come il diritto all'istruzione, alla salute, all'assistenza e alla sicurezza sociale — che costituiscono sia linee-guida per l'azione di governo, sia diritti giustiziabili presso le Corti e, in ultima istanza, presso la Corte costituzionale. Questi diritti sociali prefigurano evidentemente una forma di stato che non deriva semplicemente dall'equilibrio tra i diritti individuali garantiti dalle Corti, ma è il prodotto di politiche pubbliche, garantite anche dalle Corti, che possono incidere, limitandoli, sui diritti individuali. L'esempio più caratteristico è rappresentato dalla disciplina costituzionale del diritto di impresa che non può svolgersi in contrasto con la "utilità sociale" e può essere indirizzata a "fini sociali" (art. 41), e del diritto di proprietà, che è riconosciuta, ma può essere limitato per

(18) Il riferimento del testo è all'affascinante trattazione di O. Mayr, *Authority, Liberty and Automatic Machinery in the Early Modern Europe* (1986), trad. it. *La bilancia e l'orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assicurare la sua "funzione sociale" (art. 42), mentre la proprietà terriera è soggetta ai limiti che assicurino "equi rapporti sociali" (art. 44).

Naturalmente, questi non sono che accenni. Ma essi dimostrano che, nel contesto costituzionale italiano, sarebbe arbitrario limitare i principi ai soli diritti individuali. Anche la giustizia sociale, e i diritti sociali che ne costituiscono il riflesso individuale, sono chiamati a formare la trama di principio su cui si innestano le regole legislative. La "integrità del diritto" si misura su questo più complesso terreno costituzionale e i compiti del legislatore e delle Corti ne risultano arricchiti. Ma anche le difficoltà aumentano.

8. *Conseguenze e difficoltà.*

a) *La discrezionalità del legislatore.*

Il diritto per principi, tanto più in quanto nei principi siano incorporati argomenti di *policy*, mette in evidenza, come difficile problema, il rapporto tra valutazioni del giudice e discrezionalità del legislatore: un problema, ripeto ancora una volta, che il positivismo delle regole o non risolve oppure, nella sua forma più primitiva, semplicemente occulta. È il problema, da sempre discusso e acutizzatosi negli ultimi decenni ovunque esista una giurisdizione costituzionale abilitata a svolgere una *review of legislation*, della "legittimazione" delle Corti in rapporto alla legittimazione democratica del legislatore. *Jurisprudentia* vs. principio di maggioranza.

La Corte costituzionale italiana è orientata, sia pure senza avere enunciato un'esplicita dottrina in proposito, a escludere l'esistenza di un "ordine concreto dei principi o valori costituzionali" dal quale scaturiscano scelte positivamente vincolate per il legislatore. Una simile concezione comporterebbe una gestione esclusivamente giudiziaria della Costituzione, degraderebbe la legge a semplice esecuzione dei *dicta* costituzionali e avrebbe come conseguenza un'ipertrofica espansione del diritto a scapito della politica e della democrazia. La Corte costituzionale si attiene a un "controllo esterno" della legge, prendendo in considerazione i principi costituzionali che un certo caso legislativo mette in gioco e valutando se il legislatore li ha, a sua volta, valutati e valorizzati in modo — per usare una formula ormai canonizzata — "non manifestamente irragionevole". In questo modo, essa "somministra" al legislatore i principi costituzionali che non possono essere ignorati ma non giunge, peraltro, a individuare essa stessa in positivo la regola che se ne deve trarre, cioè a dedurne le conseguenze normative attraverso la fissazione di un loro ordine assiologico.

Un esempio può forse aiutare a chiarire questo atteggiamento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurisprudenziale. Una norma del codice penale del 1930 prevedeva come grave delitto l'interruzione volontaria della gravidanza della donna consenziente. La punibilità era esclusa solo nel caso in cui fosse invocabile lo "stato di necessità". Il problema di costituzionalità consisteva nello stabilire se questa disciplina fosse giustificabile rispetto ai principi costituzionali in gioco. La Corte costituzionale (in una decisione del 1975) ha ritenuto che tali principi (definiti "beni" costituzionali) siano, da un lato, la salute fisica e psichica della donna che, in circostanze da determinare, può essere compromessa dalla gravidanza; dall'altro, la salvaguardia dell'embrione, con la precisazione che i diritti della donna concernono chi è già persona umana, a differenza dell'interesse alla vita dell'embrione, che persona non è. La Corte ha ritenuto che il codice penale trascurasse in modo manifestamente irragionevole la salute della donna e quindi fosse troppo sbilanciato a favore solo dell'altro principio in gioco. Lo "stato di necessità" poteva infatti essere invocato a discolpa in casi limitatissimi di danno grave e assolutamente inevitabile (in pratica, solo quando fosse in pericolo la vita stessa della donna). Su queste premesse, la Corte ha annullato la norma del codice penale invitando il legislatore a un nuovo e ragionevole bilanciamento "affinché siano predisposte le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire la gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata a una previa valutazione delle condizioni che lo giustificano". In seguito a ciò, il legislatore ha predisposto una legge che ha definito i casi di pericolo per la salute psico-fisica della donna; il periodo entro il quale, di norma, l'aborto è effettuabile; i controlli medici, i tempi e le procedure presso centri di assistenza sociale per la maturazione delle decisioni della donna, al fine dell'autorizzazione ad abortire. Il legislatore ha dunque messo in opera i principi individuati dalla Corte secondo le sue scelte discrezionali. La legge che ne è scaturita non è certo l'unica possibile e, infatti, da allora, in Italia come altrove, su questo argomento fervono le discussioni e le proposte di riforma, orientate ad accrescere o a diminuire l'ingerenza dei poteri pubblici sulla decisione della donna.

Le decisioni di questo tipo, che vengono normalmente definite "sentenze di principio", non chiudono il problema legislativo ma lo (ri)aprono, circoscrivendone le soluzioni. In taluni casi, quando si tratta della garanzia di "diritti che costano", vengono in considerazione i "contenuti minimi" dei principi, la cui attuazione limita la discrezionalità dei poteri di spesa e di bilancio del legislatore. Ad esempio, in una decisione del 1989, la Corte costituzionale ha messo a raffronto il diritto all'assistenza sociale dei disoccupati involontari con l'autonomia di bilancio del legislatore, dichiarando incostituzionale una legge che fissava l'indennità di disoccupazione in poche migliaia di lire mensili, ritenendo che ciò ledesse il "nucleo minimo" del diritto, lasciando al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislatore la nuova determinazione, con riserva di un nuovo successivo giudizio su di essa. Una serie di decisioni del decennio 1990-2000 ha bilanciato il diritto individuale alla salute e l'interesse generale a trattamenti sanitari obbligatori di massa, nel caso di campagne pubbliche di vaccinazioni. Da determinati tipi di vaccino, è noto che possono derivare eccezionalmente danni alla salute del soggetto. La Corte ha ritenuto che il legislatore può imporre la vaccinazione nell'interesse della collettività, ma che il soggetto eventualmente danneggiato ha diritto a un'indennità a carico della collettività. Essa deve così mostrarsi solidale nei confronti di chi, non potendosi sottrarre, ha contribuito a combattere malattie epidemiche nell'interesse di tutti. La misura e le modalità dell'indennizzo sono state rimesse alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto peraltro del contenuto minimo del diritto costituzionalmente riconosciuto, che spetta al legislatore stabilire, sotto riserva di un successivo controllo da parte della Corte costituzionale.

L'esempio da ultimo ricordato mostra come il bilanciamento può avvalersi non solo di tecniche di contemperamento tra i principi in questione, come nel caso dell'aborto, ma anche dello strumento finanziario, per riconoscere risarcimenti e indennità. In questi casi, tuttavia, la Corte costituzionale non può fare altro che prevedere una spesa a carico del bilancio dello stato, ma non può spingersi al di là della richiesta che non sia irrisoria o simbolica, i criteri di congruità dipendendo anche dalle cosiddette "compatibilità di bilancio", di cui arbitro è il legislatore.

b) *La separazione dei poteri.*

Attraverso il criterio anzidetto — il controllo sulla legislazione che accerta soltanto il rispetto dei limiti negativi, non esteso alla positiva conformità ai principi costituzionali — la Corte costituzionale italiana ritiene di garantire un equilibrio tra controllo di costituzionalità e discrezionalità del legislatore.

Ma questa impostazione è solo un aiuto, non la soluzione dei problemi che sorgono quando, da parte del legislatore, si invoca la separazione dei poteri. Ogni riduzione, sia pure in negativo della discrezionalità comporta un indirizzo in positivo. Moltiplicando i divieti, si può imporre una norma. E il principio della separazione dei poteri è in questione tanto più in quanto la determinazione dei principi e la loro combinazione non si presenti con i caratteri dell'evidenza ma comporti un'attività di elaborazione non meccanicamente deduttiva.

La concezione della separazione dei poteri del positivismo legislativo è riduttiva e fuorviante, se applicata al rapporto tra il tribunale che controlla la legittimità costituzionale delle leggi e il legislatore. Secondo la sua concezione più semplice, la separazione dei poteri, da un lato, protegge il giudice dalle minacce e dalle lusinghe del potere politico che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo allontanano dall'interpretazione fedele della legge; dall'altro, garantisce il legislatore contro le tentazioni di un diritto pretorio, creato dal giudice nei casi concreti. Monopolio interpretativo da un lato; monopolio normativo, dall'altro.

Questo schema può essere plausibile, nella sua ingenuità, per definire il rapporto tra due poteri *in atto*: la giurisdizione e la legislazione. Molto di meno quando si tratti della costituzione. Di fronte alla giurisdizione costituzionale, sempre in atto, la legislazione costituzionale è un'eventualità eccezionale e sporadica. L'intervento del legislatore costituzionale per contrastare una linea giurisprudenziale costituzionale è un'eventualità teoricamente prevista e ammessa, in pratica è un'anomalia. Accade così che, a differenza della giurisprudenza ordinaria, la giurisprudenza costituzionale opera normalmente nel vuoto di contropotere.

Questa situazione di squilibrio ha alimentato idee fantasiose — culminate nel famoso aforisma del giudice Holmes: "la costituzione è ciò che noi diciamo che sia" — le quali danno a intendere l'onnipotenza delle corti costituzionali e l'equiparazione dell'interpretazione costituzionale alla legislazione costituzionale. Esagerazioni. Almeno per la Corte costituzionale italiana, quella che in astratto può apparire una quasi totale assenza di limiti si traduce paradossalmente nella percezione della propria fragilità. Alla forza in teoria, corrisponde la debolezza in pratica. Manca la contro-forza cui potersi appoggiare, con cui confrontarsi e perfino scontrarsi, manca il contrasto delle opposte debolezze che, come nell'arco a sesto acuto, le rafforza entrambe. Se sai che puoi essere corretto, agisci con maggiore sicurezza. Il tuo errore non è catastrofico ma può essere rimediato, e sulla legittimità del rimedio puoi essere chiamato di nuovo a pronunciarti.

Le Corti comuni possono rafforzarsi dall'interazione con il legislatore. Le Corti costituzionali si indeboliscono per questa assenza. Le loro decisioni non sono contestabili sul piano del diritto ma, proprio per questo, sono esposte a una critica politica continua e corrosiva che le delegittima come prodotto di arbitrio.

I rischi sono anche maggiori quando la giurisprudenza è una giurisprudenza "di principio", rimessa dunque all'intensa opera ricostruttiva del giudice. Anche sotto questo punto di vista, risultano le responsabilità della *scientia iuris* e i complessi rapporti che esistono tra questa e la *iuris prudentia.* Solo radicandosi in essa, nel farsi suo organo, le giurisdizioni costituzionali possono compensare il *deficit* di legittimità che deriva dalla mancanza di limiti e dalla loro apparente onnipotenza. La posizione della Corte costituzionale italiana, rispetto alla dottrina costituzionale, non è, negli anni presenti, una situazione invidiabile, ciò che spiega la riluttanza che spesso si avverte, nel farsi della sua giurisprudenza, una certa riluttanza ad utilizzare *apertamente* argomenti di principio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per la seconda volta, la dottrina dei principi evoca le responsabilità della dottrina giuridica nei suoi rapporti con la giurisprudenza.

c) *Giurisprudenza casistica?*

Nelle regole, gli elementi dei casi che devono essere considerati rilevanti per il diritto sono comunque previsti, in modo più o meno determinato. Invece, i principi — come si è detto — non hanno fattispecie e quindi gli elementi rilevanti per il diritto devono essere determinati caso per caso. Questa caratteristica rende la giurisprudenza per principi particolarmente plastica e adattabile, laddove la giurisprudenza per regole mira a una maggiore rigidità e fissità. Da qui, la possibilità che la giurisprudenza per principi (a onta della sua propensione verso le visioni generali) si riduca paradossalmente a essere una giurisprudenza casistica che compromette l'idea stessa del diritto come ordinamento, pregiudica l'uguaglianza (il trattamento *as equals*) dei cittadini e vanifica la prevedibilità e la certezza dei diritti. Rischi che si moltiplicano quando si abbia a che fare non con principi semplici ma con principi che collidono.

Occorre ricordare, però, che, alla luce della complessità del diritto odierno e dei suoi principi ispiratori, la flessibilità e l'adattabilità non sono un difetto da correggere ma un'esigenza, addirittura imposta dalla costituzione. Vi sono materie nelle quali la norma giuridica deve necessariamente aderire ai caratteri del caso, alla personalità e ai diritti dei soggetti concreti che vi sono implicati, ecc. per permettere ai principi di valere senza irragionevoli sacrifici. In queste materie, le regole, con il rigido e generale automatismo, sono di per se stesse incostituzionali e, ove possibile, devono essere trattate come principi (19).

La giurisprudenza degli anni '90 offre numerosi esempi di questa conversione del diritto, da regola a principio. Uno di essi, particolarmente rappresentativo, è una sentenza del 1996 che ha esaminato la legittimità costituzionale di una regola del diritto di famiglia che, in nome della *imitatio naturae*, vietava l'adozione quando tra l'età del bimbo e quella degli adulti adottanti corresse una differenza superiore ai 40 anni. Nel caso concreto, un bimbo si trovava ormai felicemente inserito nell'ambiente familiare, a seguito di affidamento (misura provvisoria che di solito prelude all'adozione). Il suo allontanamento sarebbe apparso una violenza. D'altro canto, lo scarto tra l'età di uno dei coniugi adottanti e quella del bimbo, era di poco superiore ai 40 anni.

(19) In argomento, T. Groppi, *Hacia una justicia constitucional "ductil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana*, in E. Ferrer Mc Gregor (ed.), *Derecho procesal constitucional*, Mexico, 2002, pp. 239-258.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La regola legislativa è stata dichiarata incostituzionale e si è stabilito che il giudice possa disporre l'adozione, "valutando esclusivamente l'interesse del minore, anche quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quarant'anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore". Il risultato, in termini concreti, corrisponde all'ipotesi formulata da Dworkin quando ha osservato che una regola può trasformarsi in principio semplicemente aggiungendole clausole come "ragionevolemente", "di norma", "per quanto è lecito aspettarsi", "buona fede", "negligente", "ingiusto", "irrilevante o insignificante", ecc. Il divario di età continua a dover essere non superiore ai 40 anni, ma solo "di norma", fino a che non appare irragionevole rispetto ad altri principi che si affiancano al rispetto della naturale differenza di età tra genitori e figli, come è il principio della protezione dell'"interesse del minore", un principio non scritto, presupposto al diritto positivo. Numerosi altri esempi si rinvengono in materie come la determinazione di sanzioni, che richiede flessibilità e gradualità da valutare caso per caso; il regime di esecuzione delle sanzioni detentive, con riguardo soprattutto alle condizioni particolari dei minori o degli ammalati di HIV; in generale, il diritto minorile dove tutti i principi di pubblico interesse, come la sicurezza e la punizione dei crimini, si devono accordare con quello della protezione di persone *in fieri*; il diritto di proprietà, quando si confronta con il principio di tutela del contraente debole, come per esempio nella materia di rilascio di immobili locati, quando il locatario è una persona anziana, ammalata, priva di risorse.

Vi sono dunque materie in cui la pretesa del razionalismo giuridico, e del normativismo che ne è figlio, di avere a che fare con figure astratte e universali di individui non può realizzarsi se non facendo violenza alla varietà dei caratteri del caso da decidere: contraddicendo l'esigenza che è propria del diritto del nostro tempo di valorizzare le differenze, trattando in modo uguale ciò che è uguale ma differenziando ciò che non lo è.

In certi limiti il carattere casistico del diritto non è dunque un vizio, ma una virtù. Non sarebbe pensabile, se non con gravissimi inconvenienti, una moltiplicazione delle regole giuridiche fino al numero necessario per cogliere tutte le possibili varianti rilevanti dei casi concreti. Perciò sopperiscono i principi. Affinché però non si abbia una polverizzazione del diritto, non attraverso infinite regole ma attraverso infinite decisioni diverse, si comprende l'importanza dei precedenti: un'importanza crescente — anche in un paese di *civil law* come l'Italia — in proporzione diretta all'utilizzazione dei principi da parte delle Corti.

Lo *stare decisis,* peraltro, non è la risposta conclusiva. Attraverso il precedente, il principio si trasforma in regola e l'ossequio meccanico a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esso non farebbe che riproporre i limiti della giurisprudenza per regole di marca positivistica. La possibilità di distinzioni, l'immissione cioè nella costruzione del caso di elementi nuovi cui attribuire rilevanza e rispetto ai quali invocare nuovi principi di valutazione, è ciò che consente alla giurisprudenza di vivere. La condizione decisiva di trasformazione e sviluppo non caotico e distruttivo è il controllo di questa immissione. Se essa non si riduce all'arbitrio del giudice del caso concreto è solo perché su di esso agiscono fattori giuridico-culturali di cui egli è imbevuto. Infatti, come meglio si potrebbe definire la cultura di un popolo se non come i criteri di selezione di ciò che è ritenuto rilevante e irrilevante nella vita collettiva? Il custode di questi criteri è la scienza giuridica i cui compiti e la cui responsabilità, per la terza volta, sono chiamati in causa come condizione per il buon funzionamento di un "diritto per principi".

9. *Conclusione: perché difendere una dottrina indifendibile?*

Il positivismo giuridico, nelle sue diverse varianti più o meno "critiche", è la dottrina di gran lunga più diffusa in Italia. Perché questo accade quando dovrebbe essere evidente che essa è lontana dalla vita che si svolge nelle aule dei Tribunali, in tutti i casi più importanti che si distaccano dalla *routine* dell'amministrazione delle regole legislative e si presentano come autentica *juris-dictio*, cioè come scoperta delle ragioni e dei torti che si dibattono e si decidono in nome del diritto? Perché insistere in una finzione?

Non occorre aderire alle premesse realiste di un Alf Ross per condividere la sua curiosità di comprendere per quali motivi di psicologia sociale si desideri nascondere ciò che realmente accade. Egli si accontentava tuttavia di constatare che la pretesa che l'amministrazione della giustizia sia una mera deduzione logica da norme giuridiche, senza l'intervento di valutazioni da parte del giudice, sembra essere un fenomeno universale, forse perché, con tutta probabilità, ciò può avere effetti socialmente utili (20).

Penso che si possano nutrire dubbi sulle ultime parole. Non si tratta solo della convinzione che ogni mascheramento della realtà produce sempre, prima o poi, conseguenze negative, non fosse altro perché impedisce di porre i problemi nella loro giusta luce. Si può supporre che con l'espressione "effetti socialmente utili" si intenda che il preteso carattere meccanico dell'applicazione del diritto rappresenta la miglior difesa dell'autonomia della funzione giudiziaria e dell'indipendenza dei giudici nei confronti della politica, oltre che del prestigio della categoria dei magistrati nei confronti dei cittadini. Questo poteva

(20) Il riferimento alla considerazione di ALF ROSS è a *On Law and Justice* (1958), ed. it. a cura di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere in altri tempi, con un sistema giuridico e in un contesto sociale diversi dagli attuali. Oggi, l'effetto è, per esempio, di non rendere comprensibili al pubblico le contraddizioni della giurisprudenza, addirittura nel medesimo processo tra i suoi diversi gradi, altrimenti che come effetto di errori o leggerezze, se non di parzialità, partito preso o addirittura corruzione, oppure — secondo il positivismo "critico" — come esercizio puro e semplice di discrezionalità, cioè arbitrio: mentre, molto spesso esse non sono che l'onesto sforzo di ricercare le soluzioni più conformi al diritto, al di là delle carenze della legge.

Ciò consente di alimentare facilmente una campagna contro i giudici e la loro indipendenza, in corso in Italia come in diversi altri paesi europei. Insistendo su una falsa rappresentazione della loro funzione, si privano i giudici dell'argomento difensivo più forte a loro disposizione: la vera essenza del giudicare secondo diritto. Con questo atteggiamento forse si crede di potere evitare di aprire il nuovo e pressoché inesplorato capitolo di questioni che ruotano intorno al carattere burocratico dell'organizzazione giudiziaria, ereditata dal tempo del positivismo imperante e poco compatibile con il diritto per principi. Il silenzio su questo tema si spiega come chiusura corporativa ma, presumibilmente, non riuscirà a evitare che i giudici si mantengano sì burocrati, ma perdano autonomia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

EL COMÚN Y NO SU DOBLE

(a propósito de *Pasado y Presente* de los comunales y de lo comunitario [1])

1. Sospechas fundadas de costumbre. — 2. Evidencias sumarias de economía. — 3. Rostro y grueso del común. — 4. Ayllu qamaña. — 5. Pasado y presente.

"Los pueblos siguen luchando hoy por *el común*", esto es por patrimonios comunales e incluso por prácticas comunitarias. Nos lo aseguran los editores de un copioso, plural e incisivo volumen titulado *Bienes Comunales: Pasado y Presente*, el resultado del Segundo Encuentro Interdisciplinar sobre *Historia de la Propiedad en España* que convocan, dirigen y animan. La interdisciplinaridad de historia del derecho y de historia de la economía se da en el propio equipo directivo y se potencia con la participación. Anuncian en esta ocasión, al referirse a la resistencia del común, que así se "expone en alguna ponencia". De hecho, la mayoría, a la contra del paradigma historiográfico todavía dominante, se mueve sobre el supuesto de que la cultura y el dominio comunales no son idealidades y realidades anacrónicas superadas definitivamente por la propiedad privada y el mercado liberal, sino fenómenos con fuerza propia incluso de adaptación. Tampoco se piense que estamos ante una construcción intelectual de algún comunitarismo nebuloso. Nos vemos con trabajos concienzudos sobre la entidad y dinámica del común, aunque más en su aspecto dominical, tanto jurídico como económico, que en el cultural más dilatado. Veamos y

(1) Esto es en concreto al propósito de unas publicaciones a cuyo comentario voy a limitarme: SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO Y EUGENIA TORIJANO (eds.), *Historia de la Propiedad en España: Bienes comunales, pasado y presente* (II Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 31 de mayo-3 de junio, 2000), Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 2002, 652 páginas; JESÚS IZQUIERDO MARTÍN, *El rostro de la comunidad: La identidad del campesino en la Castilla del Antiguo Régimen* (Premio de Investigación 2000, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid), Madrid, Consejo Económico y Social, 2001, 795 páginas; y SIMÓN YAMPARA HUARACHI, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes: Una aproximación a Chambi Grande*, La Paz, Ediciones Qamán Pacha (Centro Andino de Desarrollo Agropecuario - Universidad Pública de El Alto), 2001, 207 páginas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reflexionemos, pues el volumen lo merece. A otros efectos culturales, flanqueará un par de publicaciones (2).

1. *Sospechas fundadas de costumbre.*

Comencemos por doctrina jurídica histórica, pues es con ella como arrancan las actas. Éstas no voy a seguirlas en toda su extensión de forma pedisecua, pero a este pie de la letra comienzo porque ofrece realmente un buen arranque. Introduce por sí y también por contraste, por un testimonio de complejidad al cabo. De entrada se nos habla de bienes municipales en cuanto que comunales. Es la ecuación de la que se parte. Respecto a los mismos, se nos muestra cómo la doctrina de los siglos XVI y XVII en el ámbito hispano abrigaba y exponía un principio claro. Se tenían tales bienes por dominio del monarca al servicio de la dotación de los pueblos. Era principio de jurisdicción, mas con vertiente dominical. El príncipe contaba con intención fundada, esto es con título presunto sin carga así de prueba, respecto a todo dominio público, correspondiéndole al común lo propio dentro de su término por privilegio regio y no en principio por otro derecho. La regla ha de complementarse de un modo que implica quiebra al introducirse la costumbre a los efectos no sólo de régimen, sino también de título. Hace así por la puerta abierta su entrada la complejidad. Con dicho valor consuetudinario agregado o tal vez precedente, el tiempo inmemorial en el dominio comunal venía a equivaler a privilegio regio, con lo que éste llegaba a ser prescindible o resultar incluso más bien superpuesto a un firme establecido entonces por la costumbre. El uso comunitario, y no el privilegio político, va a ser precisamente la evidencia histórica que se desprende de la mayoría de las ponencias (3).

Partamos entonces de la complejidad resultante. No hay un principio que la unifique o ni siquiera que la centre. Si no lo había del dominio político, tampoco se le tenía por virtud del más estrictamente propietario. No existía un derecho de propiedad individual respecto al que se contrapusiera o frente al que se cualificase otro de carácter colectivo. Tal otro principio tampoco se daba. El mejor testimonio se

(2) S. De Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano, *Presentación*, p 10, en *Bienes comunales, pasado y presente*, pp. 9-12. Cito por el subtítulo pues es el que distingue. Las ponencias del Primer Encuentro, que en 1998 abordó el asunto en unos términos más generales de recorrido histórico, se han publicado debidamente en 1999. En 2002 se ha celebrado el Tercer Encuentro, éste dedicado a *Patrimonio Cultural*, actas en prensa. En cuanto al par de publicaciones que acompañan, ya está anunciado.

(3) S. De Dios, *Doctrina castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades, 1480-1640*, en *Bienes comunales, pasado y presente*, pp. 13-79. En la exclusión relativa del pie de la letra se comprende también el del índice, pues no procedo a la reseña completa, trabajo por trabajo, de un volumen que, por colectivo, ha de resultar forzosamente desigual.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ofrece en estas mismas actas. Se refiere a una práctica de acotamiento de tierras que parece derecho de propiedad y no lo resulta exactamente. El propio cercado del terreno para cultivo particular hace su comparecencia en esta historia no como ejercicio de dominio, sino como manifestación de privilegio, de un privilegio comunal de explotación privada de la tierra frente a usos comunales de acceso más directo y sostenido a los recursos y en su contexto. Es una privacidad relativa de derecho que tampoco tenía por qué cancelar entonces, hasta que lleguen las revoluciones dichas liberales y con ellas el Estado del siglo XIX, su misma base de comunidad. Tras el tiempo de cosecha, el cercamiento podía conocer, por regla general no excluyente de excepciones, periodos de apertura al aprovechamiento comunal. Excepción en singular resultaba el cercado aun en el caso de que localmente predominara. Todo esto pudo ponerse especialmente de relieve a través de los conflictos habidos entre comunidades y particulares hasta el siglo XVIII inclusive y aún penetrándose en el XIX (4).

Decimos privilegio y podemos decir costumbre. No eran motivos que se excluyeran, sino más bien lo contrario. En un sistema sin momento constituyente y con ordenamiento que así resultaba de tracto constitutivamente histórico, la segunda, la costumbre, fundaba el derecho y el primero, el privilegio, ofrecía la garantía mediante el reconocimiento jurisdiccional del caso, comúnmente por parte de una monarquía o también de alguna iglesia como instancias últimas. En aquellos tiempos de jurisdicción, el derecho se declaraba, no se creaba. Y la costumbre era comunal aun cuando, como en el supuesto del cerco de tierras, constituyese derecho de ejercicio primariamente no comunitario. Dicho de otra forma, de una más anacrónica por marcarse el contraste, no había por entonces propiedad privada. No existía ni cabía en rigor como derecho ni aun en el caso en el que se le tuviera y ejerciese como privilegio. Regía la costumbre y ésta era comunitaria (5).

2. *Evidencias sumarias de economía.*

Dicho todavía de otra forma de tenor también anacrónico por seguir aclarándonos de entrada, la comunalidad como principio y también como práctica era prepolítica, quiere así decirse anterior e independiente a las organizaciones establecidas por privilegio jurisdiccional. No sólo se trataba de que no derivase de determinación regia, sino que tampoco lo hacía de institución local por título suyo, de la comunidad constituida conforme a dicha misma mediación de jurisdicción última. El orden municipal podía superponerse e incluso llegar en

(4) Carmen Muñoz de Bustillo, *Las tierras de Jerez. Suerte de sus usos y aprovechamientos comunales*, en *Bienes comunales, pasado y presente*, pp. 211-255.

(5) C. Muñoz de Bustillo, *Las tierras de Jerez*, pp. 216-217 y 236.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casos, sólo en casos, a confundirse con el más propiamente comunitario de titularidad y manejo de recursos, pero este segundo era el primero a los efectos históricos que resultaban entonces los jurídicos. La comunidad agraria no era la comunidad municipal. Ésta era, si acaso, el doble de aquella. Como anterior e independiente, podía mantenerse la primera incluso con su propia organización de derecho y de justicia de forma que la segunda, la municipal, constituyera tan sólo una cobertura o un complemento. Había una economía previa que resultaba mucho más que económica. Aunque sin adentrarse en los pormenores de carácter jurídico que más pudieran aquí interesarnos, parece significativo que sean estudios de historia económica los que mejor están detectando aquella consistencia y complejidad constitutiva y operativa de la comunidad agraria (6).

Durante el siglo XIX, cuando se constituya el Estado bajo principios nuevos de derechos y también de economía como el de propiedad privada, todo ello podrá acusarse no sólo por unas resistencias de parte comunitaria, sino también por unas discapacidades de la parte estatal. Tanto para abolir como para conservar comunidad, el Estado partirá de una radical incomprensión, la de signo municipal que ahora él mismo se apropia. Entenderá que los bienes del caso habían sido y podrían todavía ser de diverso modo municipales; intentará someterlos desde esta óptica a unas clasificaciones forzadas; procederá, conforme a tales categorías sin mayor sentido fuera de la propia perspectiva estatal, a disolverlos en propiedad privada o a reciclarlos como patrimonio corporativo de un tal sujeto institucional, el municipal. Términos añejos de alcance menos constitutivo, como los que distinguen entre comunales, propios o arbitrios a efectos eventuales y reversibles de acceso, uso o contribución, se quieren convertir finalmente en categorías determinantes de la misma naturaleza y suerte de unos bienes, con el resultado de una relativa incapacidad o incluso suma dificultad del propio Estado, tanto de la legislación y del gobierno como de la justicia, para manejarse entre todo el tracto de realidades comunales. Se chocará con la sorpresa de que *el común* no ha sido el municipio ni se identifica ahora tampoco, en el XIX, con la criatura municipal del régimen local que el Estado mismo genera (7).

---

(6) José Ramón Moreno Fernández, *La lógica del comunal en Castilla en la edad moderna. Avances y retrocesos de la propiedad común*, en *Bienes comunales, pasado y presente*, pp. 139-177; Manuel González de Molina, Antonio Ortega Santos y Antonio Herrera Gonzalez de Molina, *Bienes comunales desde la perspectiva socioambiental*, en *Bienes comunales, pasado y presente*, pp. 493-532.

(7) En las actas de nuestro congreso sobre *Bienes comunales, pasado y presente* abunda el material interesante a todo este respecto: Juan E. Gelabert González, *Fisco real y fiscos municipales en Castilla, siglos XVI-XVII* (pp. 81-99); Lourdes Soria Sesé, *Bienes comunales en Navarra y las Provincias Vascas, siglos XVI-XVIII* (pp. 101-137); Mariano Peset Reig y Pilar Hernando Sierra, *Comunales y propios en Valencia* (pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Que la acción concurrente de legislación, gobierno y justicia de Estado sea durante el siglo XIX creciente y hasta apabullantemente favorable a la privatización de la propiedad como derecho no es dato en absoluto sorprendente. Que se produzcan resistencias de la parte que ahora nos interesa, la comunitaria, no es tampoco evidencia que vaya a producir sorpresa. Pero que, bajo un principio de imperio de la ley, el Tribunal Supremo, como última instancia jurisdiccional ahora, no pudiera resolver siempre los pleitos conforme a la tendencia o ni siquiera a las categorías de la legislación, es otro asunto (8).

El mismo pronunciamiento favorable a propiedad privada puede resultar por vía de exclusión precisamente de la comunal, como si todavía fuera de algún modo regla, aunque sea porque falte en el pleito prueba de título "en nombre del ayuntamiento y del común de los vecinos", mas esto así por añadidura, que es lo significativo en suma, cuales dos posibilidades distintas de comunidad dominical, la municipal y la propiamente comunitaria, con apoyo todavía el segundo elemento, *el común*, por cuanto que menos oficializado, en prácticas de costumbre y no en registro de ley. He ahí aún el testigo tan jurídico como económico de todo un continente histórico de comunidad, *el común* que se dijera (9).

3. *Rostro y grueso del común.*

Sintonizando significativamente con la línea del congreso sobre *Bienes comunales* y contrastando incisivamente con la tendencia aún predominante en la historiografía usual, una ponencia se dedica a *la lógica del comunal*. Reivindica de forma resuelta el vigor con el que la comunidad dominical atraviesa la edad moderna y llega al siglo XIX. El derecho de propiedad privada, con su empeño de entronizarse ahora, se habría proyectado sobre el tiempo anterior contaminando toda la

179-209); Rosa Congost, *Comunales sin historia. La Cataluña de los masos o los problemas de una historia sin comunales* (pp. 291-328); Eloy Colom Piazuelo, *El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias: los aprovechamientos vecinales en Aragón* (pp. 391-427); Grupo de Estudios de Historia Rural, *Propiedad y uso de los montes públicos en España, 1855-1925* (pp. 429-450); Xesús L. Balboa López, *Al margen de la ley. La defensa de los montes vecinales de Galicia, 1848-1968* (pp. 451-491); y los artículos sobre jurisprudencia que enseguida también registro.

(8) J. Infante Miguel-Motta y E. Torijano Pérez, *Aprovechamientos comunales y propiedad individual: un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1854-1900* (pp. 533-571); Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, *La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia a partir del Código Civil* (pp. 573-597).

(9) J. Infante Miguel-Motta y E. Torijano Pérez, *Aprovechamientos comunales y propiedad individual*, p. 549, para la cita jurisprudencial, que es de sentencia del Tribunal Supremo de 1888, el año del Código Civil en España sin reconocimiento por supuesto ni noción siquiera de *El común*: C.J. Maluquer de Motes Bernet, *La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia*, pp. 576-584.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perspectiva histórica. "La teoría de los derechos de propiedad, por su parte, contribuye en lo que puede a la descalificación del comunal. La propiedad común se opone a la privada igual que el atraso económico se opone al crecimiento. La defensa del carácter arcaico del comunal era, en el mejor de los casos, una conclusión de investigaciones empíricas que operaban con la cuestionable vara de medir de la maximización neoliberal, pero a menudo no llegaba ni a eso: se trataba de una simple inferencia *a posteriori* insuficientemente demostrada". La historia estaría por rehacerse (10).

A veces se producen en el curso de la historiografía coincidencias realmente afortunadas. Al tiempo que se ha celebrado el fructífero congreso sobre *Bienes comunales* y se ha publicado el poderoso volumen de sus actas, también se ha concluido una investigación, premiado un resultado y traído a la luz pública un texto. He aquí *El rostro de la comunidad* incidiendo con no menor y más concentrado poderío sobre la misma materia de los comunales desde dicho punto de vista que confronta severamente, si no la completa ceguera, al menos la pronunciada miopía de la historiografía imperante. He ahí una obra histórica de ambición teórica anunciada sin ambages ni complejos. "La observación a largo plazo de la historia europea entre los siglos XVI y XVIII revela una sistemática recurrencia de prácticas colectivas, cuyos efectos fueron principalmente el mantenimiento del orden social y la abundancia de bienes públicos; no obstante, sobre esta recurrencia poco es lo que la teoría neoutilitarista puede decir, habida cuenta que su lógica antropológica — la del *homo economicus* — predice que, en ausencia de condiciones de laboratorio, la cooperación interindividual es nula o extremadamente precaria", frente a todo lo cual "nuestra perspectiva como historiadores nos faculta para volver a temporalizar el sujeto, arrancándolo de la naturalización de la que comenzó a ser objeto en tiempos de la ilustración y el liberalismo; nos coloca asimismo en condiciones de reconsiderar el ser humano como sujeto histórico" (11).

Difícilmente puede plantearse el asunto con mayor radicalidad. Pues no se piense que así donde se nos introduce sea en una filosofía comunitaria sobre la historicidad del sujeto individual. Se trata de indagación histórica sobre *la identidad campesina* de un territorio europeo, concretamente madrileño, durante la edad que se dice moderna, entre dichos siglos XVI a XVIII (12). Se aborda el análisis de una determinada lógica, de una lógica histórica, de la lógica comunitaria que

(10) J.R. Moreno Fernández, *La lógica del comunal en Castilla en la edad moderna*, p. 143.

(11) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, p. 19.

(12) He ahí el subtítulo ajustado ya también citado: *La identidad del campesino en la Castilla del Antiguo Régimen*. El título de *Rostro de la comunidad* puede que juegue con un cierto equívoco respecto no tanto al actual pensamiento político de signo comunitario como a la institución presente de la *Comunidad Autónoma* o región política

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no sabe de propiedad privada ni aun con las tensiones que pudieran crear los intereses particulares en el aprovechamiento de los bienes. Priman las comunidades situadas en un contexto político que les ofrece una clara cobertura y les somete a una cierta subordinación. "El orden premoderno había adoptado durante centurias una forma corporeizada en la que el rey y la corona aparecían representados como cabeza dispensadora de privilegios, mientras que las distintas comunidades del reino conformaban un solo cuerpo político. En aquella forma de representación premoderna, el hombre debía contribuir en su puesto al orden global, siendo la justicia la encargada de ordenar las relaciones sociales en relación al conjunto. El reconocimiento social de la persona sólo se contemplaba a la luz del valor predeterminado de las cualidades atribuidas a su grupo". Ahí, en esa subordinación que lo era ante todo constitutivamente del individuo humano, se situaba la comunidad histórica (13).

La dialéctica resultante no se planteaba exactamente entre el individuo y la comunidad pues el primero se determinaba por la segunda, comportándose por lo regular en función comunitaria incluso al moverse por interés propio. He aquí lo que podía argumentar un vecino de El Escorial a finales del siglo XVII en defensa del cercamiento de unas tierras: "Qué derecho más se adquiere por estar zerradas, ninguno, pues, aunque están zerradas, ni se quita el común aprouechamiento por esto, pues, en sacando las mieses, quedan los pastos para el común aprouechamiento como si estubieran abiertas, luego no se me concede ningún derecho contra el común". No se piense, como suele hoy presumirse, que se trata de estrategias de privatización de tierras comunitarias, puesto que la evidencia histórica muestra una práctica de reciprocidad vecinal entre cosecha particular y pastos comunitarios como entre otras dimensiones entonces de la conducta humana. El cercamiento temporal para explotación agraria enriquecería el propio terreno comunal para provecho ganadero (14).

La reciprocidad era principio constitutivo y tejido operativo de la comunidad histórica. A los mismos efectos fiscales de relaciones con monarquía o con iglesia, unos bienes podían más o menos temporalmente afectarse a cesión de arrendamientos en mano particular sin que esto tampoco cuestionase el fondo comunitario. Entre de una parte *el común* y de otra *el ayuntamiento* de un mismo vecindario, entre comunidad y municipio, entre original y doble que así no se confundían, se podían desenvolver unas operaciones de apoyo mutuo o en particular de sostenimiento del segundo por el primero, del ayuntamiento por el común. Entre bien comunal y el de propio o privatizado

---

en España, una de las cuales, la de Madrid interesada, o más en concreto su Consejo Económico y Social, ha premiado y publicado justamente la investigación.

(13) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, p. 31.

(14) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, pp. 293-295.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como recurso contributivo, "¿qué significaba institucionalmente la mutación? La conversión de comunales en propios del concejo implicaba una cesión temporal que la comunidad efectuaba en favor de la organización que le representaba, el concejo rural" (15).

La historiografía hoy situada en las presunciones antropológicas de la propiedad privada toma por proceso unidireccional de sobreseimiento de la comunidad todo lo que era estrategia de evolución y adaptación. La misma dependencia entonces constitutiva del individuo reproducía y aseguraba la entidad del común. "El reconocimiento intersubjetivo eliminaba los comportamientos anticomunitarios: tal y como afirmaba un vecino de la villa de El Escorial a finales del siglo XVII, transgredir las prácticas territoriales colectivas no equivalía a ir *contra el común*. La usurpación del patrimonio comunitario dependía, por el contrario, del nivel de desidentificación entre ciertos sujetos con los valores predominantes dentro del grupo campesino o de su mayor identificación con otras comunidades, por ejemplo la familiar. Por tanto, no se trataba de un conflicto entre el colectivo, por un lado, y el individuo, por otro: a no ser que se caiga en explicaciones *ad hoc*, el campesino trasgresor no puede ser explicado por la teoría de la acción racional, mientras que el cooperativo lo es por la teoría de la identificación" comunitaria. Tratándose de comunidad entre comunidades, no entra la razón de individuo. A esto se refiere la exclusión de *la teoría de la acción racional*, como antes también la denuncia del *neoutilitarismo*. Era otra, completamente otra en efecto, la lógica de aquellos tiempos (16).

Comunidad entre comunidades, la misma comunidad campesina podía cobrar un significado más que propietario y mucho más que alimenticio. "La propiedad comunitaria surgió y persistió no sólo porque contribuía a sustentar materialmente a todos los miembros del colectivo, sino también porque instituía un lenguaje colectivo a través del cual cada participante en el sistema era reconocido por el grupo que le daba identidad, constituyéndolo como sujeto". "El sistema de propiedad pública de la tierra fue *algo más* que una institución económica".

(15) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, pp. 324-325, con testimonios expresivos a continuación de la distinción de *capitulares* constituyentes de municipio y *vecinos* constituyentes de comunidad mediando dicho juego de propios y comunales entre ellos.

(16) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, p. 294 citada, por ser el caso citado. No faltan capítulos extensos sobre las cuestiones mayores de referencia engrosando un índice sumamente expresivo: *Ante todo vecinos: La naturalización de la identidad locativa en la comunidad rural* (pp. 245-372); *La comunidad, un "mercado social" de la reciprocidad: en torno a la cooperación intervecinal* (pp. 373-552); *La desigualdad reincorporada: reciprocidad centralizada y redistribución de bienes de consumo* (pp. 533-619); *El representante reconocido: la interpretación de la identidad comunitaria* (pp. 621-746); y todavía quedan conclusiones: *Salvando las distancias: identidades distintas, fundamentos análogos* (pp. 747-764).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De esta misma premisa podía depender por entonces, antes del siglo XIX, la propia legitimidad del municipio local. "El conjunto de prácticas creado en torno al sistema comunitario resultó asimismo crucial para que los distintos vecindarios reconocieran a sus consejos como organizaciones comunitarias, identificando en el ayuntamiento recursos interpretativos y consolidando las lealtades de sus poblaciones" (17).

El municipio como criatura del régimen local de Estado se bastará para hacer incomprensible hacia el exterior de la comunidad toda aquella lógica. Su resistencia contemporánea bajo tales condiciones será fuertemente expresiva de una consistencia histórica difícil ahora de apreciar. Como de la ley de Estado será característica la escritura, de la costumbre de comunidad podía serlo la oralidad. Desde uno de estos mundos no resulta el otro muy visible ni, aún menos, inteligible. Tampoco presumamos que existiese una especie de progreso ineluctable desde lo oral hacia lo escrito consumado durante la edad moderna para beneficio final de la práctica de Estado. Más bien al contrario, pudo darse "un proceso desformalizador a través del cual la oralidad acabó siendo crucial para el registro de los intercambios que se efectuaron en la comunidad entre los siglos XVII y XVIII", con su consecuencia palmaria para en trabajo de la historiografía: "Esta recuperación de lo oral limita drásticamente cualquier estudio de las transacciones acaecidas en las comunidades rurales" de entonces (18).

4. *Ayllu qamaña.*

Como el título bien lo advierte, el congreso sobre *Bienes comunales* se ocupa del asunto propietario en general y comunitario en particular respecto a la *Historia de la Propiedad en España* y no para otras latitudes. Es uno entre otros congresos en curso con esta precisa identificación hispana. No significa esto que se ignoren siempre otras historias a los efectos debidamente orientativos y también desde luego, con la perspectiva comparada, virtualmente analíticos (19), pero implica que las respectivas investigaciones vienen a centrarse en territorios

(17) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, pp. 248 y 264.

(18) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, pp. 391-392.

(19) Véase así en esta edición la ponencia de los organizadores J. Infante Miguel-Motta y E. Torijano Pérez, *Aprovechamientos comunales y propiedad individual*, con una introducción historiográfica no sólo española: "El autor de cita obligaba es Paolo Grossi, en concreto su *Un altro modo de possedere*", de 1977, cargado de razón en su apostilla respecto a la edición en castellano, de 1986: "con presentación de B. Clavero, pero muy incompleta y, sobre todo, de muy deficiente traducción" (p. 541). Encargada por la editorial a una persona con el mérito al efecto más que notable de ignorar tanto derecho como historia, ante mi revisión generosa del primer capítulo, no se me consultó nada del resto. Pequé de incauto. Lo de incompleto fue en cambio acordado. Hay un criterio. Se tradujo la parte europea y no la italiana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

histórica o actualmente tales, hispanos. Como tal, llega a abordarse en esta edición el caso de las comunidades indígenas por América, y en concreto en México, aunque no tanto durante los tiempos del colonialismo directo europeo como para los posteriores más independientes. No se le trata, sin embargo, de modo que pueda llegar a interesarnos. Se observa la comunidad indígena de forma por completo pasiva o más bien así su reflejo en la superficie de la política colonial y la legislación mexicana sin concebirse la posibilidad de otra lógica distinta, la propia de unas culturas comunitarias que estuvieran sosteniendo con dinámica propia algo más que acomodos y resistencias (20).

Mas el caso realmente interesa. Si estamos ante comunidades más persistentes, es porque cuentan con culturas más diversas respecto a la europea presente en América y también entre sí. Hoy todavía pueden mantenerse al margen algunas de Estado y bastantes de municipio. No es raro que junto a éste mismo persista la comunidad con entidad propia. Incluso hay zonas de comunidades sin otra institución local superpuesta o doble municipal alguno, habiendo resistido así con mayor éxito al orden de despliegue territorial tanto colonial como de Estado. Si se hace turismo por América y se visita, por ejemplo, el mar mediterráneo Titicaca, penétrese en Bolivia por el altiplano, búsquense intérpretes al quechua y al aymara, pues conviene, y podrá de este modo entrarse en contacto con *ayllus*, con comunidades territoriales de cultura y derecho propios, cuyos usos comunitarios se aplican ante todo a la gestión de la tierra y demás recursos naturales. Dicho en castellano, he ahí *el común* y no su doble. Es caso significativo, aunque no único desde luego a lo largo y ancho de aquel continente (21).

Bolivia es un Estado que sólo muy recientemente, a finales del siglo XX, ha intentado implantar seriamente la institución municipal por toda la extensión habitada del territorio. Ha planteado esta municipalización guardando ahora cierta consideración a la comunidad indígena por ver de encajarla definitivamente en el propio mapa institucional del Estado. El plan progresa a duras penas encontrándose con la alternativa de un desarrollo planteado desde otra visión distinta, precisamente la

(20) José María Pérez Collado, *Las tierras comunales en los pueblos de indios y su trayectoria en el México independiente*, en *Bienes comunales, pasado y presente*, pp. 329-390.

(21) Confieso que personalmente gozo de facilidades, incluidas la de traducción simultánea y, lo que no resulta menos importante, la de un cierto margen de confianza por parte indígena, gracias a la Universidad de La Cordillera con sede en La Paz, a cuyo Consejo Académico pertenezco. Con alguna oralidad así interlocutoria, mi conocimiento al respecto no es tan sólo ni principalmente libresco ni turístico. La Universidad Pública de El Alto, la que publica el libro que falta por comentar y ahora entra, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes* de Simón Yampara, se significa en el contexto de Bolivia por su fundación también reciente en ciudad populosa prácticamente indígena, la que, a cuatro mil metros de alzada sobre el nivel del mar, adopta y presta nombre de El Alto por ubicarse como un balcón sobre La Paz.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunitaria y en concreto la del *ayllu*. Las comunidades no municipalizadas o no doblegadas a municipio despliegan también la iniciativa de concebir y proponer posibilidades constitutivas de sociedades incluyentes desde sus propias perspectivas. Selecciono una muestra de literatura que así contempla para el común de modo expreso no sólo un pasado y un presente, sino también un futuro. Comienza mostrando una representación de geografía política distinta a la de los Estados (22).

Ayllu qamaña significa desarrollo comunitario desde la perspectiva de comunidades aymaras y quechuas que se mantienen vivas como tales, como colectividades no sólo aplicadas a recursos agrarios. Mas la tierra es la base. Lo es un régimen de comunidad complejo con experiencia y capacidad para el aprovechamiento complementario de pisos ecológicos a variadas alturas conforme al propio medio natural. Toda una cultura tanto material como espiritual constituye y activa comunidad. Entre el siglo XVI y los albores del XXI, ni el colonialismo hispano ni el Estado boliviano han sido para plantear o ni siquiera para concebir alternativas plausibles a este comunitarismo andino. Entre la ignorancia, la prepotencia y el hostigamiento de parte ajena, la resistencia, la reserva y el acomodo de la propia, transcurre una larga historia también para las comunidades. Lo que ahora puede mayormente interesarnos es que, aun con todo el deterioro sufrido y con todo el acoso continuo, se sienten y encuentran en condiciones de concebir y plantear sus propios proyectos de desarrollo comunitario no sólo económico, sino más integral (23).

Véanse motivaciones en castellano del acuerdo comunitario reconstitutivo de un *ayllu* en 1999 mirando a un horizonte igualmente reintegrador de *marka* y de *suyu* como niveles progresivamente amplificadores de comunidades tras periodos todo esto de intentos empeñados por impulso o con respaldo del Estado, o también de instituciones internacionales, ya de cooperativización agraria, ya de corporativización

(22) S. Yampara Huarachi, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes*, portada que reproduce una imagen todavía viva del *Tawantinsuyu* o comunidad previa y resistente al colonialismo europeo y a los Estados andinos.

(23) S. Yampara Huarachi, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes*, pp. 50 ("*ayllu qamaña*, organización para el bien vivir"), 141 ("*qamaña*, vivir bien en armonía con todos y entre todos"),149 ("*qamaña* es aproximadamente igual a la sumatoria del crecimiento material, más crecimiento biológico, más el crecimiento espiritual, más el gobierno de los ecosistemas") y 161-165 (*Glosario aymara* con el concepto compuesto de *ayllu qamaña*: "Organización de la vida en el Ayllu" y a partir del mismo). Es libro también con epígrafes expresivos: *Jach'a Champi uraqipampi qamawir sartata - Ejercicio territorial del Ayllu* (pp. 105-122); *Ayllu qamawiru kuttaña - Refuncionalización del Ayllu* (pp. 123-142), más las debidas *Tuktaya - Conclusiones* (pp. 143-157), retomando cuestiones de entrada: *Ayllunak Markanakan uraqxpata yatxataña - Territorialidad andina y su conceptualización* (pp. 53-69). Personalmente, con la asistencia de intérpretes, he participado en reuniones de representantes de *ayllus* y *markas*, como agregaciones éstas de aquellos (S. Yampara Huarachi, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes*, pp. 151-153), tratándose la dimensión constitucional del desarrollo comunitario en tales términos constitutivos, valga la aparente redundancia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sindical: "Reconstitución del ayllu es luchar por recuperar nuestro territorio originario y su respectiva estructura orgánica de Ayllu-Marca-Suyu, es decir, una manera de participar en el control y gestión de los recursos naturales como medida de luchar seriamente contra la pobreza y el proceso del control ambiental. Es también cultivar los conocimientos y sabiduría de los pueblos originarios, la espiritualidad y la ritualidad predicada desde nuestros ancestros y ejercitar plenamente nuestros derechos, sean culturales, económicos y políticos, como pueblos del proceso originario, eso quiere decir *Pachakuti*", el tiempo agitado de la reconstitución integral en aymara como en quechua (24).

Observemos con atención entonces. No reduzcamos el comunitarismo a la dimensión agraria. No empobrezcamos más aún comunidades sumiendo bajo tierra, enterrando literalmente, culturas en vida. Para el ayllu andino, vale hoy todo lo dicho de identidad y de legitimidad, de identificación de los individuos mediante pertenencia comunitaria y de legitimación de las instituciones a partir de la propia comunidad y a través de esta base de lanzamiento y monitoreo societarios. Lo que se aprecia de socialidad para una Europa pretérita puede ser la experiencia viva de una América presente, donde ahora, entre unas y otras alternativas y especialmente por las indígenas, pudieran además ya existir o estar al menos gestándose condiciones para una conjugación en libertad entre individuos y comunidades, una conciliación que con anterioridad, en la historia pasada, resultaba llanamente impensable. Con tal posibilidad, si llegara a confirmarse, pues no me cabe hacer el cálculo, ya no digo ofrecer la certeza, podría cobrar mayor relieve y superior significación, más allá de su propio horizonte, la constatación misma de unos editores españoles: "Los pueblos siguen luchando hoy por *el común*" (25).

El presente acusa y puede desvelar historia, si es que ésta también nos interesa, como profesionales, por sí misma. La presencia actual cabe que haga más accesible el conocimiento del propio tiempo pretérito. Oralidad y costumbre están vivas, lo que ofrece pistas y claves hacia la inteligencia de un pasado similarmente, aunque tampoco en exclusiva, oral y comunitario (26). La antropología conoce procedimientos para

(24) S. Yampara Huarachi, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes*, pp. 189-193, facsímil del acta manuscrita de *Reconstitución del Ayllu Jacha Chambi*, retocando por mi parte mínimamente la puntuación.

(25) Me refiero obviamente a la *Presentación* de Salustiano De Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano, entre quienes los dos primeros y la cuarta no son parientes, sino los mismos S. De Dios De Dios, J. Infante Miguel-Motta y E. Torijano Pérez, según como comparecen en la portada o en el índice de *Bienes comunales: pasado y presente*. Si hay limitación del horizonte, se me puede imputar más que a los organizadores, pues se me invitó, pensé acudir con el asunto del *ayllu* y fallé. De identidad y legitimidad, la referencia igualmente obvia conduce a nuestras citas de J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*.

(26) S. Yampara Huarachi, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes*, dedicatoria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inferir realidades idas de evidencias presentes cuando se dan márgenes tales de continuidad. Puede que con todo, aunque nos duela a especialidades de la profesión, lo que haga falta no sean historias ni del derecho ni de la economía, sino que esté necesitándose toda una antropología histórica integrando materia, afinando objeto y depurando método para lo que ha de ser retrospección. Ya sólo por sí la concurrencia es oportuna comenzándose, sin requerimientos de academia, por las mismas voces interesadas (27).

A veces o incluso a menudo, por parte de la academia dominante, se cae en el prejuicio de la confusión de tiempos, reputándose por primitivo y hasta prehistórico lo que es contemporáneo y tiene historia propia. En ocasiones incluso se toma el presente indígena cual testimonio del pasado europeo, como si la comunidad actual pudiera esclarecer sin más la formación histórica o como si sólo hubiera una sola historia, un solo sentido y curso del tiempo, donde algunos andaríamos por fases más modernas que todo un resto rezagado. En la misma América, abunda la historiografía sesgada con estos prejuicios literalmente desequilibrados. Nos conduce en nuestra materia a un presunto panorama de presente donde coexiste una comunidad, la indígena, reteniendo un pasado sin futuro y una propiedad, la privada, gestando un futuro con pasado. Como abunda y predomina, no hace falta que ejemplifiquemos. Bástenos con nuestras citas de un carácter más positivo (28).

La historia europea no la resuelve presente alguno ni americano ni propio. Para el conocimiento de la dimensión comunitaria de un pasado hoy y aquí, por Europa, extraño, no valen extrapolaciones ni en el espacio ni en el tiempo. El reto que plantea la necesidad de una antropología histórica propia no es transferible ni endosable. El derecho más accesible, al serlo mediante la producción y conservación por escrito, no aporta en verdad mucho. Ni puede ni quiso. No se ocupaba de la costumbre más allá del privilegio ni de lo comunal más allá de lo municipal o similarmente corporativo. Consideraba todo aquello un mundo rústico que no merecía sus empeños ni desvelos. No participaba de la vida civil presumida para sí mismo por aquel derecho letrado. He

---

primera a padres y abuelos, ellos y ellas, "que, siendo analfabetas en la lecto-escritura castellana, eran portadores de conocimientos y sabidurías del Ayllu".

(27) S. Yampara Huarachi, *El Ayllu y la territorialidad en los Andes*, p. 148: "(...) Lo que hay que investigar más, desde el punto de vista de los *yatiri* y los *chamakani*, maestros sabios andinos procesadores de la cosmovisión. Ellos pueden darnos mayores luces (...). También es necesario convocar a los arqueólogos, geógrafos, antropólogos y etnólogos a un trabajo crítico (...)".

(28) Entre *Bienes comunales* y *Rostro de la comunidad* se ofrece por acumulación un estupendo registro bibliográfico que va de la investigación menuda al debate teórico, éste no sólo de historiografía española. Sólo me siento tentado de ampliarlo en lo que toca a antropología histórica y actual respecto a comunidad indígena por América, tampoco sólo por Bolivia, pero, como ha surgido el asunto cual especie de contrapunto y merecería desde luego consideración propia, huelgo y me excuso en esta ocasión.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ahí servidumbres para el orden de entonces y desafíos para la ciencia de hoy. Así las cosas, a la historiografía realmente le cuesta superar las limitaciones de la historia o incluso cobrar simple conciencia (29).

5. *Pasado y presente.*

Las publicaciones comentadas miran todas no sólo a pasado, sino también a presente e incluso a futuro, aunque no lo pregonen a modo. El volumen que se presenta como más netamente histórico, el de *Rostro de la comunidad*, ya hemos visto que se insinúa por las inmediaciones de una filosofía comunitaria menos pretérita. Ofrece esta reflexión previa: "El pasado puede resultar también crucial en el desarrollo de una teoría alternativa. Su observación revela una abundante profusión de lenguajes colectivos e imágenes comunitarias que hacen posible inferir que aquellos sujetos adquirían existencia como agentes individuales sólo en la medida que representaban a un grupo, a una comunidad. Y es la fuerza de esta posible inferencia la que enfrenta al observador a un incómodo planteamiento: en vez de ser individuos anteriores o al margen de la experiencia comunitaria, ¿no estaríamos también nosotros constituidos en entornos colectivos dentro de los cuales operan otras racionalidades que explican su acción colectiva?" (30).

Abrigo mis dudas, comenzando por la de su propio alcance, quiero decir el de mis preocupaciones mismas. Adviértase que el planteamiento con todo resulta no sólo de historia o, más generalmente, de ciencia social, sino también, por lo implícito, de derecho y, más específicamente, de libertad humana. ¿Debemos considerarnos constitutivamente sujetos individuales o sujetos colectivos, con crédito ante todo de libertades o con débito sobre todo de obligaciones, personales las unas y comunitarias las otras? He ahí una cuestión de antropología que interesa de modo neurálgico al derecho. Puede que resulte la

(29) Entiéndaseme. No voy a desdecirme prácticamente de toda mi obra a estas alturas negando el valor del derecho para la reconstrucción de una antropología histórica europea. Se trata de seguir marcando límites y reconociendo dependencias. Donde no llegó el derecho letrado, lo que no quiere decir el derecho todo, mal puede alcanzar mediante su testimonio la historiografía jurídica y no jurídica. Y no era asunto de incapacidad de un ordenamiento, sino de su propia estructura constitutiva entre excluyente y discriminatoria. Por esto, por el mapa social que así dibuja, cabe que ayude a un cierto reconocimiento aun en los casos para los que no puede aportar conocimiento alguno, los de más allá del propio terreno, como *el común* sin ir más lejos.

(30) J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, p. 19, con antelación a lo ya citado de la misma página. En el caso de *Bienes comunales: pasado y presente*, lo último, el registro actual, puede proceder de consideración por la contribución del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a la celebración de los congresos sobre *Historia de la Propiedad* y publicación de sus actas, pero, mediando igualmente en el caso el compromiso cívico del trabajo universitario, también puede apreciarse que genera su propia dinámica saludable para la misma labor historiográfica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primera constituyente del segundo. Según nos concibamos, así seremos. Así asumimos que debemos ser y así procedemos a organizarnos. El orden jurídico no es tan autorreferencial como se presume por el pensamiento menos o nada comunitario. Comprobémoslo en el presente. Es lo que al fin y al cabo importa incluso cuando nos dedicamos a estudiar el pasado. Enfrentemos el interrogante cara a cara y sin tapujos por sus propios méritos desde luego y también por esclarecerse condiciones de abordaje y análisis de la historia despejándose estorbos indeseables y evitándose embarazos indeseados (31).

A la pregunta de marras, es fácil darle una respuesta categórica ya en la dirección individualitaria, cuando de lo que carece o anda corto el discurso es de conocimientos empíricos sobre comunidades humanas, ya también, como en el caso, en la línea comunitaria, cuando lo que falta, escasea o no se hace explícito en el argumento es reflexión ética sobre libertad humana. Procúrese la noticia y téngase el cuidado de modo que inteligencia y sensibilidad no se neutralicen o ni siquiera se contrarresten. Hágase el intento de no disociarse lo que se tiene por ciencia y lo que se entiende por moral. No se reduzcan ésta a prédica de discursos inoperantes y aquella a registro de conductas inelocuentes. Trate de reconciliarse la integridad humana comenzándose ante todo por el ejercicio de la interlocución, lo que precisamente cabe entre culturas vivas, también desde luego entre individualitarias y comunitarias. Diálogo multidireccional mediante, con este intercambio humano, podrá comprobarse que la respuesta no es en absoluto tan sencilla como se presenta.

No cabe inequívoca o, si prefiere decirse, universal. Y con esto no se trata de relativismo cultural, sino, al contrario, de igual medida en la consideración humana. No es lo mismo, de una parte, el supuesto de unas comunidades vivas con horizonte propio al que se atienen libremente los individuos en su seno que, de otra, el de unas sociedades igualmente vitales, mas de virtualidades comunitarias, lo que no quiere decir asociativas, ya perdidas para las personas mismas, para quienes hoy viven en ellas. Según los supuestos, la comunidad puede ser tanto

(31) Por la muestra de las citas de J.R. Moreno Fernández, *La lógica del comunal* y de J. Izquierdo Martín, *El rostro de la comunidad*, habrá podido apreciarse algo en común y esto es el peso de la beligerancia contra posiciones actuales de presunta racionalidad económica del interés individual, lo cual, aun con toda su carga de razón en la propia posición, puede constituir un handicap tanto teórico como práctico, lo uno porque se tiende con ello a adoptar a la contra categorías anacrónicas y lo otro porque los neos actuales de referencia, cuales el neoliberalismo y el neoutilitarismo citados, no parece que sean con comunitarismo histórico como podrán, ya no digo combatirse, sino ni siquiera ponerse en apuros. Incluso abrigándose este objetivo de dejar en evidencia, si lo que se hace es historia, investigación del pasado, lo que interesa, aun a riesgo de que lecturas superficiales o interesadas te tomen por apologeta de órdenes justamente periclitados, es la reconstrucción de la antropología propia de entonces por sí misma y no a la contra, lo cual también constituye empeño marcado del *Rostro de la comunidad* de Jesús Izquierdo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

premisa de libertad como instrumento de sujeción. Respecto a nuestro asunto, pudiera constituir derecho humano en el segundo caso la propiedad privada como en el primero la comunidad propietaria. Lo será a la cultura propia. Ya sé que, entre quienes se significan por la defensa de unos derechos humanos, suele preferirse la idea más simple de que no lo hay de tal categoría y rango que interese a propiedad. Tienden también con la simpleza a dar por sentado que la comunidad o colectividad social es adversa y hasta enemiga de la individualidad o personalidad humana.

Por lo que respecta a la práctica historiográfica profesional, si mira a presente y no sólo a pasado, lo que siempre ocurre aunque no siempre se reconozca, la cuestión se cifra en el discernimiento ulterior y no previo a la propia tarea de información e indagación, con escritos o sin ellos, mediante conciencia y sensibilización. Abunda la historiografía que todavía comienza y se agota, aun con acopio de trabajo de por medio, con currículos vastos de carrera académica, en el puro prejuicio de la presunción de vida civil de una parte, la propia, y rústica de otra, la ajena. Que presuma individualidad o colectividad no tiene mayor valor que el de su propia vanidad. Y no hay ceguera completa, sino miopía pronunciada. Al mismo tiempo y para todo tiempo, saben usualmente contemplarse ambas cosas, la individualidad como signo de civilización y la colectividad como rasgo de rusticidad, cuales testimonios hoy, encarándose el porvenir, la primera de un presente brioso y la segunda de un pasado exangüe. Así se contraponen lo cualificado y lo descalificado por una historia sin tiempo común y una actualidad sin derecho igual (32).

Por suerte, a nuestras alturas, a unas alturas contemporáneas para todos los individuos y todas las comunidades, el derecho humano no lo determina la historia inhumana o, aún menos, la historiografía insensible a humanidad ninguna, ni a la propia al cabo. Por fortuna, en nuestros tiempos de derechos humanos, para sus principios de legitimidad, el derecho propio no deriva de la historia ajena y sólo lo hace de la propia en una medida que ha de pasar, sin excepción, por la libertad humana. Entre pasado y presente, he ahí el factor decisivo que no

(32) Si hiciera falta muestra vana, a mano se tienen entre las páginas que se comentan unas bien significadas por ser de jurista especializado en *Bienes comunales*: ALEJANDRO NIETO, *Desamortización ilustrada y desamortización liberal de la propiedad agraria*, en *Bienes comunales, pasado y presente*, pp. 257-290. Aun por vía más empírica y menos presuntiva, marcando esto la diferencia, J. IZQUIERDO MARTÍN, *El rostro de la comunidad*, lo que contempla es el comunitarismo específicamente agrario sin extenderse a la antropología conjunta de la sociedad del caso salvo en la medida en la que incide sobre el propio sector rural. Particularmente en la literatura histórica y antropológica sobre comunidades indígenas en América es todavía muy usual la representación a la contra de la cultura europea como irrealmente individualitaria desde el puro inicio de la invasión. El mismo uso más latino que anglosajón de identificar como *edad moderna* aquellos siglos precisos si acaso premodernos, si no postmedievales, entre el XVI y el XVIII, alimenta la presunción.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necesita valerse de historia ni servirse de su figuración, la historiografía. Entre pretérito y futuro, lo que sobra es la literatura cargada de prejuicios que encima oficia de ciencia como forma de profecía. ¿Culturas comunitarias? Ni las vivas, parece decirnos. Repitamos puesto que resulta preciso, aunque tampoco es que sea universal el fenómeno: "Los pueblos siguen luchando hoy por *el común*".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIA ZANICHELLI

L'EUROPA COME SCELTA

(a proposito di FURIO CERUTTI e ENNO RUDOLPH (eds.), *A Soul for Europe. On the Cultural and Political Identity of the Europeans*, vol. 1 *A Reader*, vol. 2 *An Essay Collection*, Peeters, Leuven - Sterling, Virginia 2001)

1. Verso un'integrazione consapevole. — 2. I diversi volti dell'identità europea. — 3. "Costruire" un'identità politica sovranazionale. — 4. Le vie della legittimazione nell'Unione europea.

1. *Verso un'integrazione consapevole.*

Nelle società europee l'Unione continua ad essere percepita come un "dato di fatto", più che come un progetto cui aderire. Nel dibattito sul futuro politico e istituzionale dell'Europa sembra ancora mancare un'adeguata riflessione sulla meta di questo processo, e sulle risorse anche ideali che occorre mobilitare per dargli significato. Chiarire questi aspetti è invece una condizione indispensabile perché la costruzione europea non sia soltanto un effetto secondario del conseguimento di obiettivi settoriali o "l'esito inesorabile della logica dei mercati" (1). L'Europa, infatti, è molto più che uno spazio economico: l'Unione, in particolare, è un soggetto istituzionale dotato di un'identità propria, in cui hanno un rilievo primario i principi che si ispirano alla tradizione del costituzionalismo democratico (2).

Come è noto, sebbene l'integrazione europea sia stata inizialmente un'integrazione di mercati, è storicamente individuabile, fin dalle origini, un nucleo normativo di valori e priorità che hanno agito come motivi ispiratori di quel processo: i Trattati istitutivi enunciavano tra gli obiettivi delle Comunità il perseguimento della pace e della prosperità per i popoli europei, in vista di un nuovo ordine internazionale fondato su relazioni stabili e non conflittuali (3). Successivamente il progetto

(1) A. TOURAINE, *Quello che l'Europa non può essere*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna 2001, p. 200.

(2) U. DE SIERVO, *La difficile Costituzione europea e le scorciatoie illusorie*, in ID. (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna 2001, p. 143.

(3) Le finalità enunciate nei Preamboli del Trattato CECA del 1951 e del Trattato CEE del 1957 erano la salvaguardia della "pace mondiale", il "mantenimento di relazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

europeo ha fatto propri imperativi ulteriori, quali la promozione della democrazia e la tutela dei diritti umani: nell'Atto Unico Europeo del 1986 gli Stati membri hanno espresso la volontà di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali facendo valere, come si legge nel Preambolo, "i principi della democrazia e il rispetto del diritto e dei diritti dell'uomo"; e hanno indicato questo obiettivo nei termini di una "responsabilità che incombe all'Europa di adoperarsi per parlare sempre più ad una sola voce".

La consapevolezza di una responsabilità dell'Europa in ordine alla definizione della propria identità è oggi al centro della riflessione scientifica sul processo di integrazione, e meriterebbe un rilievo analogo anche nel relativo dibattito pubblico. Gli eventi che hanno coinvolto l'Europa negli ultimi tempi suggeriscono l'idea che essa sia giunta ad un momento cruciale del suo percorso. L'Unione può essere un elemento-chiave nel qualificare questa svolta: le si presenta oggi l'opportunità di affrontare questioni fondamentali come un attore politico, identificabile — sia al proprio interno sia dai suoi *partners* esterni — quale soggetto autonomo di decisione. Ma qui sorgono difficoltà gravi: le incertezze e le ambiguità che permangono tuttora circa la forma politica dell'Unione si traducono in una crisi di legittimità delle sue istituzioni, e in una distanza crescente fra i suoi meccanismi decisionali e la prassi democratica che prosegue entro i confini statali. Con la costruzione del mercato unico, è stato detto, "il linguaggio dell'economia ha scalzato il linguaggio della politica (4)".

Fattori decisivi, anche per la loro portata "simbolica", quali l'introduzione dell'euro, l'avvio di un processo di costituzionalizzazione, e la prossima estensione a nuovi Stati della *membership* comunitaria, richiedono che l'Unione dia un volto politico nuovo alla propria architettura istituzionale. A ciò si aggiungono le sfide inedite derivanti dai processi globali, che sebbene non cancellino affatto il ruolo degli Stati nazionali, sollecitano però l'elaborazione di adeguate risposte in ambito regionale (5). L'Unione perderebbe gran parte del suo significato se rinunciasse alla possibilità di contrapporre la forza normativa e

---

pacifiche", il "progresso delle opere di pace", "il miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione", "il progresso economico e sociale", il rafforzamento delle "difese della pace e della libertà".

(4) L. Siedentop, *La democrazia in Europa* (2000), trad. di C. Mennella, Torino 2001, p. 123. Nel dibattito sulle questioni europee si è affermata, secondo Siedentop, una sorta di "economismo", che ha stravolto il linguaggio politico tradizionale, imperniato sulla cultura democratica e costituzionale, a vantaggio di argomenti economici di ispirazione utilitarista (ivi, pp. 40 sgg.).

(5) Sul rapporto tra globalizzazione e regionalismo cfr. Ch. Bretherton, J. Vogler, *The European Union as a Global Actor*, London 1999; M. Telò (ed.), *European Union and New Regionalism. Regional Actors and Global Governance in a Post-hegemonic Era*, London 2001; Id., *L'interdépendance entre la gouvernance européenne et la gouvernance globale*, in "The European Union Review", Vol. 7 n. 1, 2002, pp. 7-26; W.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

progettuale della politica, con le sue istanze di critica e di indirizzo, a quello che è stato definito "lo stato di natura dominato dai mercati" (6). Appare urgente, pertanto, che l'Europa adotti una visione "politica" più definita, e assuma un'identità — il più possibile inclusiva, ma non per questo opaca o meramente settoriale — che le permetta di svolgere un ruolo incisivo sulla scena mondiale (7).

Ma è dubbio che questo possa avvenire senza che l'Unione si mostri capace di rinnovare ogni giorno nella consapevolezza dei suoi cittadini (cittadini degli Stati membri e quindi cittadini europei) il significato, le ragioni e le finalità della loro appartenenza comune. L'integrazione implica oggi una svolta qualitativa, che non può essere affidata a sviluppi inerziali, ma può prodursi soltanto su un piano "normativo", quale quello delle scelte politiche; nello stesso tempo, sull'intera costruzione europea incombe il rischio del mero volontarismo politico, che si impone dall'alto, distante dalla "realtà" dei cittadini. L'unione politica non può essere la risultante di dispositivi burocratici, ma neppure il frutto di una "decisione" autoritativa. E il problema non riguarda più soltanto i mercati o la moneta, né è riducibile in termini funzionalistici (8).

Anche se l'Unione appare un'acquisizione ormai raggiunta, resta la

---

WALLACE, *Un insieme geo-economico nel contesto della globalizzazione*, in R. CHIARINI (a cura di), *Quale Europa dopo l'Euro*, Roma-Bari 2002, pp. 55-62.

(6) C. OFFE, *Esiste, o può esistere, una "società europea"?*, trad. di A. Gialdroni, in AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma 2002, p. 117. Lo svincolarsi dei meccanismi economici e finanziari dai processi decisionali politici e il loro ridursi ad automatismi incontrollabili sono effetti tipici della globalizzazione. Secondo Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone* (1998), trad. di O. Pesce, Roma-Bari 2001, pp. 67-68, l'idea di globalizzazione "rimanda al carattere indeterminato, ingovernabile e autopropulsivo degli affari mondiali; ancora, fa pensare all'assenza di un centro, di una sala di comando […]. Piuttosto che a *iniziative* e a *intraprese* globali, il nuovo termine si riferisce principalmente agli *effetti* globali che, sappiamo bene, non sono né voluti né anticipati". Per J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* (1998), a cura di L. Ceppa, Milano 1999, p. 23, entità sovranazionali quali l'Unione sono indispensabili affinché "la politica possa prendersi una "rivincita" rispetto alle forze dell'economia globalizzata".

(7) Come è noto, questo nucleo di problemi costituisce l'oggetto dei lavori della Convenzione europea, istituita a conclusione del Consiglio europeo di Laeken nel dicembre 2001 con il compito di elaborare proposte da presentare al Consiglio europeo come base per delineare l'evoluzione dell'Unione e per inquadrare le sue future scelte politiche.

(8) Sui problemi politico-istituzionali connessi all'unificazione monetaria cfr. C. CROUCH, *Introduction: The Political and Institutional Deficits of European Monetary Union*, in ID. (ed.), *After the Euro. Shaping Institutions for Governance in the Wake of European Monetary Union*, Oxford 2000, pp. 1-23; A. VERDUN, TH. CHRISTIANSEN, *Policies, Institutions, and the Euro: Dilemmas of Legitimacy*, ivi, pp. 162-178. Sembrano trovare una conferma significativa nel caso dell'euro le considerazioni di Georg Simmel sulla funzione del denaro non solo come strumento di misura ed espressione del valore delle merci, ma anche come "pura idea che si esprime mediante un simbolo rappresen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questione di fondo che poneva criticamente Ralph Dahrendorf: "qual è il vero motivo per cui oggi noi ricerchiamo l'Unione Europea?" (9). La domanda sul "perché" non può essere elusa: essa è ancora oggi un utile strumento di analisi, capace di spostare il baricentro delle problematiche europee dal piano dei mezzi a quello dei fini, da dinamiche oggettive (le "leggi" del mercato, le logiche tecnocratiche, le necessità funzionali dell'amministrazione) a una dimensione di significati condivisi e di mete da perseguire. L'appartenenza all'Unione non può restare semplicemente un "fatto": dovrebbe invece assumere per i popoli europei il significato di una scelta, fondata anche sulla consapevolezza della loro comune eredità storica, e delle ragioni non soltanto strumentali che li tengono uniti.

Proprio in questo senso diversi anni fa Jacques Delors, allora Presidente della Commissione europea, aveva osservato che era giunto il tempo di "dare un'anima all'Europa". "Anima", da qualunque prospettiva la si guardi, è una nozione impegnativa, che apre la riflessione sul processo europeo a profondità e complessità ulteriori. Al potenziale evocativo della stessa metafora ricorrono due volumi curati da Furio Cerutti e Enno Rudolph, che riuniscono sotto il titolo *A Soul for Europe* una serie di contributi dedicati al tema dell'Europa, e in particolare al suo futuro: l'intonazione progettuale-normativa del titolo rivela l'indole critica e insieme costruttiva, più che descrittiva o archeologica, di tutto il lavoro, il cui scopo è individuare gli elementi costitutivi dell'*identità politica e culturale degli Europei* (il riferimento è ai cittadini, dunque, anziché a un'idea astratta di Europa) (10). Il concetto di Europa coincide qui tendenzialmente con l'Unione, anche se la riflessione si estende talvolta all'"europeità" come categoria più ampia, alla cui identificazione contribuiscono anche, per esempio, le istituzioni del Consiglio d'Europa, o i Paesi dell'Europa orientale candidati all'adesione (11).

---

tativo" (G. SIMMEL, *Filosofia del denaro*, trad. a cura di A. Cavalli e L. Perucchi, Torino 1984, p. 221).

(9) R. DAHRENDORF, *Perché l'Europa? Riflessioni di un europeista scettico* (1996), trad. di M. Sampaolo, Roma-Bari 1997, p. VII.

(10) F. CERUTTI, E. RUDOLPH (eds.), *A Soul for Europe. On the Cultural and Political Identity of the Europeans*, vol. 1 *A Reader*, vol. 2 *An Essay Collection*, Peeters, Leuven - Sterling, Virginia 2001. Del primo volume è stata pubblicata recentemente la traduzione italiana (*Un'anima per l'Europa. Lessico di un'identità politica*, Pisa 2002).

(11) La distinzione peraltro tende a perdere rilievo nella prospettiva di cui i due volumi vogliono essere espressione. Cfr. F. CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, p. 2: "per Europa intendo l'Unione europea. Non è una semplice convenzione linguistica; quando si viene a parlare di processi politici reali, non c'è un'Europa diversa o più nobile dell'istituzione che iniziò a prender forma più di cinquant'anni fa". J. FITZMAURICE, *State of the Union*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, p. 161, osserva che l'Unione europea, "sebbene non coincida con l'Europa in senso culturale, filosofico e mitico", è divenuta essenziale per lo sviluppo dell'Europa, ed è "il solo corpo in grado di dare una forma politica e democratica all'Europa". [Per queste citazioni, e per tutte quelle che seguono tratte dal vol. 1, la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una sorta di "lessico critico" esplora le strutture essenziali dell'identità politica, evidenziando l'originalità della costruzione europea, ma anche le sue contraddizioni (12). Sono poi enucleati secondo punti di vista diversi i tratti caratterizzanti e i contenuti sostanziali di un paradigma culturale europeo (13).

Tracciare i contorni dell'identità degli Europei è anche un modo per interrogarsi su ciò che l'Europa sarà, su che cosa si vuole che diventi. Esiste sempre un profilo "soggettivo" nelle dinamiche politico-istituzionali, fatto di convinzioni diffuse e di visioni comuni che si rispecchiano nei comportamenti pubblici: l'integrazione europea non può farne a meno (14); l'evoluzione che si produce sul piano dell'organizzazione dei poteri necessita di una corrispondente "adesione" da parte dei soggetti che vi sono coinvolti, e deve contribuire in qualche modo a delineare il loro nuovo *ethos* (15). Sebbene siano i progetti politici a poter costituire legami più stretti tra i popoli, processi di

---

traduzione utilizzata è quella dell'edizione italiana *Un'anima per l'Europa. Lessico di un'identità politica* cit.].

(12) Nel primo volume (*A Reader*) il saggio introduttivo di Cerutti e quelli di Weiler e di Bellamy e Warleigh interpretano attraverso tre distinti paradigmi teorici le peculiarità della *polity* europea, sottolineandone anche i limiti, in particolare rispetto alle questioni irrisolte della democraticità, della rappresentatività e della legittimità delle istituzioni e dei processi decisionali. Gli studi di Telò e Magnette, di Haarscher, e di Cerutti approfondiscono alcuni contenuti dell'identità politica in Europa: rispettivamente la politica sociale, la tutela dei diritti individuali, il ruolo dell'Unione in campo internazionale rispetto alle questioni che attengono alla pace e alla guerra. I contributi di Brague e di Rudolph ricostruiscono l'idea di Europa dal punto di vista filosofico e storico, ripercorrendone le realizzazioni e i fallimenti. Infine Fitzmaurice illustra gli elementi essenziali della struttura e del funzionamento delle istituzioni dell'Unione.

(13) Nell'Introduzione al secondo volume (*An Essay Collection*) Rudolph individua le componenti più qualificanti dell'identità culturale europea: il rispetto dei diritti umani e la concezione della scienza come strumento autonomo e non ideologico di spiegazione del mondo; i saggi di Adriaanse, Barasch, e Henry sono incentrati sulle "forme culturali" fondamentali di cui ogni identità collettiva si alimenta: rispettivamente la religione, l'arte, e il mito; Therborn approfondisce il ruolo creativo e originale dell'Unione europea quale "area normativa sovranazionale" in campo istituzionale prima che economico; i contributi di Hake, Pfetsch, e D'Andrea ricostruiscono secondo prospettive diverse l'identità europea, come processo dinamico e come visione proiettata nel futuro: un'identità non onnicomprensiva né omogenea, bensì contrassegnata dal multiculturalismo e dalla diversità. Infine i saggi di Vrcan, Krois e Tabatabai analizzano l'integrazione europea dal punto di vista di identità esterne all'Unione: rispettivamente quella propria dei Paesi dell'Europa orientale, quella statunitense e quella islamica.

(14) G. Palombella, *Tradizioni, politica e innovazione nel nuovo ordine europeo*, in E. Scoditti, *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari 2002, p. 15.

(15) Cfr. P. Ricoeur, *Quel éthos nouveau pour l'Europe?*, in P. Koslowski (ed.), *Imaginer l'Europe. Le marché intérieur européen, tâche culturelle et économique*, Paris 1992, p. 107. La pregnanza etica degli atti di autocomprensione con cui una comunità formula progetti e definisce la propria identità è sottolineata da J. Habermas, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto* (1996), trad. di L. Ceppa, in J. Habermas, Ch. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano 1998, pp. 80 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo tipo presuppongono anche forme di autorappresentazione e di investimento ideale capaci di alimentare e diffondere un senso di unione: non si può "produrre l'unità dell'Europa senza che i cittadini se ne accorgano" (16). L'autocoscienza politica si forma anche grazie a risorse morali e spirituali che non si producono spontaneamente ma neppure possono essere indotte per via amministrativa. Essa, come ricorda Jürgen Habermas, richiede il *medium* della comunicazione pubblica e il sostegno di un'infrastruttura culturale: i dibattiti pubblici volti alla definizione dell'identità si legittimano sulla base di una "storia condivisa", grazie alla quale tutti partecipano delle stesse esperienze e dello stesso "sapere intimo" (17).

Le riflessioni di Habermas, suggerite all'inizio degli anni '90 dal processo di riunificazione della Germania, sembrano assumere un valore emblematico in relazione alla fase attuale della costruzione europea, e possono essere rilette oggi per chiarire come anche nel caso dell'Unione la definizione dell'identità sia un momento insostituibile affinché un processo di integrazione politica possa svilupparsi come progetto ancorato alla coscienza di popoli e individui che ne sono protagonisti, anziché limitarsi a imporre ad essi di volta in volta l'oggettività indiscutibile dei propri esiti parziali (18).

2. *I diversi volti dell'identità europea.*

Sebbene non esista un'autentica tradizione di "europeismo autocosciente" (19), è possibile individuare i lineamenti essenziali di un'"idea di Europa", che si è manifestata e realizzata variamente nel corso della storia. L'Europa ha una propria identità che si presenta come inconfondibile nei suoi caratteri salienti, eppure nello stesso tempo cangiante e difficile da delineare nettamente: la sua specificità consiste soprattutto nella tensione fra componenti diverse, talora conflittuali. Da tale peculiarità deriva la vera sfida posta dalla fase attuale dell'integrazione. Essa potrà proseguire soltanto se i popoli europei sapranno trovare ragioni più profonde, non puramente strumentali, di aggrega-

(16) DAHRENDORF, *Perché l'Europa? Riflessioni di un europeista scettico* cit., p. 19.

(17) J. HABERMAS, *Dopo l'utopia* (1991), a cura di W. PRIVITERA, Venezia 1992, pp. 47 sgg.

(18) Assume un valore particolarmente significativo oggi l'affermazione (fatta da Habermas a proposito della Germania) secondo cui un'unificazione politica non può essere vissuta soltanto come "prodotto residuale della creazione a tappe forzate di una zona valutaria allargata" (ivi, p. 53). Questo, riguardo all'Unione europea, è il nodo che nessuna prospettiva puramente funzionalista è in grado di sciogliere. Doveva riconoscerlo lo stesso Jean Monnet quando affermava: "*Si j'avais su, j'aurais commencé par la culture*".

(19) V. HAVEL, *Preface*, in *A Soul for Europe* cit., voll. 1-2, p. XIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione; e tuttavia il successo di questo sviluppo è legato anche al rispetto della diversità come risorsa dell'Europa.

Indagare le strutture e i contenuti dell'identità europea serve a chiarire in primo luogo che cosa significa per i cittadini e per i popoli dell'Europa pensare se stessi come "europei" e riconoscersi vicendevolmente come "europei". La dimensione "riflessiva" dell'identità rinvia sempre ad un nucleo di idee e valori che una collettività condivide e in cui trova una fonte di senso per la vita associata e per quelle individuali (20). Questo potenziale di riflessività e consapevolezza è un requisito indispensabile per la legittimità di un processo politico: per questo il tema dell'identità europea è un nucleo pregnante intorno al quale sembrano addensarsi le questioni più significative che attengono al processo di integrazione.

L'identità è dunque concetto chiave e ideale normativo. D'altra parte, essa costituisce oggi una categoria controversa: le sue esasperazioni in senso etnocentrico e nazionalistico, che avevano condotto a esiti totalitari nei primi decenni del Novecento, si ripropongono negli attuali scenari delineati dai processi di globalizzazione; l'inasprirsi di particolarismi territoriali e nazionali, e l'emergere di rivendicazioni identitarie su base etnica sono anzi interpretati come effetti diretti della globalizzazione (21). E mentre le declinazioni patologiche dell'identità innescano conflitti e aggravano gli squilibri fra le diverse aree regionali, sembra invece essersi esaurita la funzione stabilizzante dell'identità, quale risultato dei processi di riconoscimento degli individui entro le comunità. Il tratto distintivo delle società contemporanee è piuttosto la sovrapposizione di molteplici legami di appartenenza, da cui consegue una pluralità di identità: con l'infittirsi delle interdipendenze politiche ed economiche nel mondo "il catalogo delle identità disponibili cresce, diminuisce, muta, si ramifica e si sviluppa" (22). Peraltro, la stessa nozione di identità evoca, oltre che fenomeni di localismo e particola-

(20) In questo consiste l'"*identità-specchio*", secondo la metafora utilizzata da Cerutti in riferimento all'identità politica (CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 4). Cfr. anche le osservazioni di J.M. KROIS, *The Difference Between European Culture and the European Elements in the U.S. Culture*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 2, p. 183, secondo il quale l'identità culturale attiene all'autocomprensione di un popolo e alle sue rappresentazioni simboliche.

(21) Cfr. fra gli altri C. GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo*, trad. di A. Michler, M. Santoro, Bologna 1999, pp. 57 sgg.; BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone* cit., pp. 76 sgg.; F. CERUTTI, D. D'ANDREA (a cura di), *Identità e conflitti. Etnie, nazioni, federazioni*, in "Democrazia e diritto", III 1999, numero monografico.

(22) GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali* cit., p. 23. M. WALZER, *Sulla tolleranza* (1997), trad. di R. Rini, Roma-Bari 1998, pp. 104, 120, parla di "identità duale" per indicare la condizione, comune nelle società attuali, di soggetti appartenenti a minoranze culturali entro una cultura egemone. Walzer osserva che nell'epoca contemporanea la condizione normale di cui gli individui fanno esperienza è quella di una "vita senza confini netti e senza identità precise e stabili".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rismo, processi ugualmente allarmanti di omologazione, che impongono un'omogeneità attraverso la cancellazione di differenze significative. In questo orizzonte è la categoria in sé ad essere divenuta problematica e ad avere perso la sua univocità, prestandosi ad essere confusa facilmente con le sue degenerazioni, e quindi ad essere vista con sospetto e pregiudizio.

Ma proprio i mutamenti provocati dalla globalizzazione hanno fatto emergere nuovi tipi di identità, ridimensionando la centralità del paradigma statale, e privilegiando altri tipi di aggregati a livello regionale e transnazionale: esistono oggi diverse forme possibili di identità, e la nozione non può essere ridotta alle sue espressioni patologiche. L'identità europea, in particolare, è una costruzione storico-sociale dinamica e multiforme, che sembra consistere in una combinazione di tradizione e mutamento, radici identificabili e potenzialità indefinite: il suo paradigma è individuabile nel continuo superamento di limiti interni ed esterni (23). La "casa europea", è stato detto, non è fatta di territori chiusi, bensì presenta confini flessibili, che assomigliano piuttosto a dei ponti: "Europa" è una nozione culturale prima che geografica, e indica una "patria intellettuale ed emozionale", un "dinamico impero spirituale" cui si appartiene, prima che un luogo statico in cui si risiede (24). Quella dell'Europa, infatti, è una storia di apertura verso altre parti del mondo: essa è sempre stata "più un progetto aperto che un'entità chiusa" (25); un "arcipelago" in cui "il centro è ovunque", secondo l'immagine di Massimo Cacciari, sempre in bilico tra il tentativo di strutturarsi gerarchicamente intorno a un asse e la tendenza a dissolversi in tante individualità reciprocamente estranee (26).

Certamente l'Europa dispone di un'eredità storica e culturale cui deve la sua fisionomia specifica: a configurarla hanno contribuito in misura determinante in primo luogo le sue radici giudaico-cristiane (27);

---

(23) D. D'Andrea, *Europe and the West. The Identity beyond the Origin*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 2, pp. 133 sgg. Il carattere aperto dell'identità europea, sempre in divenire e mai compiutamente realizzata, perennemente impegnata a reinventarsi e a cercare forme nuove, è sottolineato da J. Tabatabai, *Undestanding Europe. The Case of Persia*, ivi, pp. 197, 203, 210, in contrapposizione alla struttura rigida e monolitica dell'identità islamica, i cui tratti tipici sono l'assenza di movimento e il radicamento in una tradizione definitivamente fissata. Hegel rappresentava questa differenza attraverso il contrasto fra mare (Europa) e terra (Asia), e attribuiva all'Europa una "specialissima tendenza all'esterno che manca alla vita asiatica: il procedere della vita oltre se medesima" (G.W.F. Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia*, a cura di G. Calogero, C. Fatta, vol. I, Firenze 1963, p. 271). Cfr. sul tema M. Cacciari, *Geo-filosofia dell'Europa*, Milano, 1994, pp. 60 sgg.

(24) P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione europea*, in "Quaderni costituzionali", 1999, pp. 9-10. Cfr. anche R. Brague, *Borders*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, p. 127.

(25) Ivi, p. 138.

(26) M. Cacciari, *L'Arcipelago*, Milano 1997, p. 21.

(27) E. Rudolph, *Historical Manifestations of European Identity and its Failures*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, p. 145, afferma che, sebbene l'Europa non possa essere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma anche una tradizione laica di razionalismo che ha attraversato i secoli passando per la classicità greca e romana, l'Umanesimo, la Rivoluzione scientifica, e l'Illuminismo (28). Gli stessi principi giuridici su cui si fonda l'ordinamento europeo costituiscono, è stato detto, un "condensato di natura specificamente culturale" (29). E ancora, è possibile individuare uno "stile" di democrazia proprio dell'Europa, e un modo tipicamente europeo di concepire la sovranità statale, il parlamentarismo, le libertà individuali, la solidarietà sociale (30). Forse proprio grazie a questi ultimi aspetti si può distinguere che cosa è esattamente "europeo" entro la categoria più ampia e generica di "Occidente" (31).

I diritti fondamentali costituiscono un esempio interessante di questa distinzione. Nel rapporto che si è sviluppato storicamente tra la concezione europea dei diritti e quella americana si coglie, ha osservato Joseph Weiler, una "circolarità nella morfologia delle idee": il *Bill of Rights* americano fu ispirato anche dalla filosofia europea settecentesca e dal mondo concettuale della Rivoluzione francese; ma a loro volta le concezioni americane della costituzione, del *judicial review* e dei diritti individuali hanno influenzato la più recente evoluzione europea verso il

---

identificata con la sua religione principale, "senza la Cristianità non ci sarebbe stata Europa". J.H. ADRIAANSE, *Europe and Religion*, ivi, vol. 2, p. 21, sottolineando l'importanza del fattore religioso nel definire un'identità culturale, osserva che questo resta vero per il Cristianesimo anche rispetto all'attuale Europa secolarizzata, definita, non a caso, "post-*cristiana*". Quella dell'Occidente contemporaneo è pur sempre, si potrebbe dire parafrasando Ernst Bloch, una secolarizzazione "nel Cristianesimo".

(28) Su queste "tappe" della formazione di un patrimonio culturale europeo, cfr. BRAGUE, *Borders* cit., pp. 131 sgg.; RUDOLPH, *Historical Manifestations of European Identity and its Failures* cit., pp. 155 sgg.; F. PFETSCH, *The Politics of Culture and Identity in Europe*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 2, pp. 122 sgg. Edmund Husserl individuava uno "specifico carattere peculiare della cultura europea" nella concezione, ereditata dalla Grecia classica, della "libera filosofia" e della "scienza come funzione dell'autonoma ragione teoretica" (E. HUSSERL, *Tipi formali di cultura nello sviluppo dell'umanità* (1922-1923), in ID., *L'idea di Europa*, a cura di C. Sinigaglia, Milano 1999, pp. 81, 86-87). L'"idea di Europa" è per Husserl anzitutto "idea di una cultura filosofica" (ivi, p. XIV).

(29) HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea* cit., pp. 4 sgg. Sull'esistenza di un "patrimonio costituzionale europeo", fondato essenzialmente sui principi della sovranità popolare e del rispetto dei diritti fondamentali, cfr. D. ROUSSEAU, *Diritti costituzionali e spazio pubblico europeo*, trad. di B. BRUNO, in AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea* cit., pp. 59-69.

(30) Sul binomio giustizia-solidarietà come elemento qualificante della civiltà giuridico-politica europea cfr. M. TELÒ - P. MAGNETTE, *Justice and Solidarity*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, p. 73.

(31) Sulla possibilità di distinguere tra identità europea e identità occidentale cfr. CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 22; RUDOLPH, *Historical Manifestations of European Identity and its Failures* cit., pp. 155 sgg. Per D'ANDREA, *Europe and the West. The Identity beyond the Origin* cit., pp. 133 sgg., non esiste propriamente tale distinzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituzionalismo (32). E tuttavia, gli stessi diritti, sentiti ugualmente come fondamentali, ricevono tutela secondo modalità diverse nel sistema giuridico statunitense e in quelli europei (è emblematico il caso del *free speech*); e queste specifiche modalità "dicono" qualcosa di importante a proposito delle rispettive identità culturali, e delle differenze che le separano (33).

L'idea di Europa evoca dunque un patrimonio riconoscibile di conquiste culturali, politiche e scientifiche, di atteggiamenti filosofici e spirituali. Ma sarebbe fuorviante leggere in questo fenomeno i tratti di una presunta omogeneità: la storia europea, al contrario, conosce anche discontinuità e contraddizioni, ed è segnata dalla presenza costante della molteplicità (34). Già l'universo medievale, cui pure si può guardare per ritrovare le radici di un'"identità dell'Europa", si presenta come uno scenario tutt'altro che uniforme, in cui l'unità resta essenzialmente una pretesa, un ideale mai definitivamente attuato: sarebbe vano cercare nel Medioevo tracce di una reale compattezza dell'Europa, nonostante la forza unificante della Cristianità o di visioni politiche universalistiche. Oltre le realizzazioni precarie e temporanee di quei progetti si scorge sempre, piuttosto, un'Europa frammentata e variegata: quella "della diversità culturale e del meticciato", fatta di "singoli regni fondati su tradizioni etniche importate, o su antiche realtà multiculturali" (35). Del resto, proprio nel Medioevo gli storici individuano la prima lontana prefigurazione di un'"Europa delle nazioni" (36). L'"unità nella diversità" sembra dunque il carattere saliente dell'Europa: "l'Europa non ha unità se non nella sua molteplicità e attraverso essa. Sono le interazioni tra popoli, culture, classi, stati, che hanno intessuto un'unità, essa stessa plurale e contraddittoria" (37).

Il nesso tra molteplicità e unità appare oggi, in un'accezione più istituzionale, anche una componente strutturale dell'architettura dell'Unione. Sono in primo luogo le fonti del diritto comunitario a restituire l'immagine di un'Europa in cui un progetto di unione si coniuga senza contraddizione con la dimensione della pluralità. Già i Trattati istitutivi delle Comunità europee enunciavano l'obiettivo di

(32) J.H.H. Weiler, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, Introduzione a M. Comba (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino 2002, p. XIII.

(33) Ivi, pp. XXIX sgg. Sul tema cfr. anche G. Haarscher, *Europe's Soul: Freedom and Rights*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, pp. 98-103.

(34) Cfr. G. Therborn, *The Role of the Economy in the Shaping of European Civilisation*, ivi, vol. 2, pp. 74 sgg.; Pfetsch, *The Politics of Culture and Identity in Europe* cit., p. 124; D'Andrea, *Europe and the West. The Identity beyond the Origin* cit., pp. 133 sgg.

(35) J. Le Goff, *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea* (ed. orig. *Les traits originaux de l'identité européenne*), trad. di G. Ferrara Degli Uberti, Roma-Bari 2001, pp. 8-9.

(36) Ivi, p. 8.

(37) E. Morin, *Pensare l'Europa* (1987), trad. di R. Bertolazzi, Milano 1988, p. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"un'unione sempre più stretta tra i *popoli* dell'Europa" e di "una comunità più ampia e più profonda tra *popoli* a lungo contrapposti da divisioni sanguinose" (38). L'idea di un'unione tra popoli diversi è stata poi ribadita dal Trattato di Maastricht, che ha inoltre assegnato all'Unione "il compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro *popoli*" (art. 1 TUE), e ha definito i membri del Parlamento europeo come rappresentanti "dei *popoli* degli Stati membri riuniti nella Comunità" (art. 190 TCE). Più recentemente, anche un testo per definizione orientato a enucleare principi comuni, quale la Carta di Nizza, si apre con il riferimento ai "*popoli* europei", e sottolinea nel Preambolo il rispetto da parte dell'Unione "della diversità delle culture e delle tradizioni dei *popoli* europei, dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale".

La tensione fra unione e diversità è dunque scritta nella genesi stessa dell'integrazione: tra gli scopi di questo processo non è mai rientrata la formazione di un popolo unitario. La pluralità dei popoli dell'Europa non soltanto è un dato indiscutibile, che il progetto comunitario non ha preteso di cancellare, ma sembra anzi rappresentare la vera ricchezza dell'identità europea. L'*ethos* dell'Unione consiste proprio nel garantire una modalità di convivenza tra nazioni e popoli diversi entro uno spazio comune di libertà e lealtà, che ne rispetti le specifiche identità: è un paradigma alternativo sia rispetto alla mera coesistenza tra gruppi reciprocamente estranei, tenuti insieme da obiettivi utilitaristici; sia rispetto all'omologazione e all'assimilazione delle differenze (39). Il fondamento di questo modello di convivenza sta in quel principio non scritto di moralità e di civiltà che Weiler ha definito "tolleranza costituzionale": nell'Unione europea si è raggiunto un livello profondo di integrazione materiale e giuridica, senza però annullare del tutto la sovranità degli Stati membri, e custodendo le loro peculiarità culturali e politiche; ne risulta una disciplina "costituzionale" del tutto originale, accettata liberamente e volontariamente da ognuna delle comunità politiche che insieme l'anno elaborata (40).

Se dunque appare urgente riportare il problema politico al centro

(38) Le due enunciazioni compaiono rispettivamente nei Preamboli del Trattato CEE del 1957 e del Trattato CECA del 1951.

(39) Sull'originalità dell'integrazione europea come alternativa sia alla coesistenza sia all'omologazione cfr. HAARSCHER, *Europe's Soul: Freedom and Rights* cit., pp. 104 sgg.

(40) J.H.H. WEILER, *European Democracy and the Principle of Toleration: The Soul of Europe*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, pp. 50 sgg. Proprio l'assenza di un unico *demos* sovrano titolare del *pouvoir constituant* rappresenta per Weiler la ricchezza della "costituzione" europea. Egli sottolinea inoltre la funzione "civilizzatrice" della cittadinanza europea, che educa alla tolleranza e al rispetto della diversità, ed esprime l'impegno a considerarsi membri di una società più ampia di quella statale (ID., *To be a European Citizen: Eros and Civilisation*, in ID., *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, pp. 344-348).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del dibattito sul futuro dell'Europa, e dargli una soluzione, non si tratta però semplicemente di definire in modo più netto un'identità politica degli Europei preservando invece il pluralismo e la molteplicità sul piano culturale; occorre anche, in più, non tradire e non snaturare l'originalità della *polity* europea. I due versanti, del resto, sarebbero difficilmente separabili: la diversità *culturale*, è stato detto, ha trovato nell'Unione europea una struttura *politica* ideale (41). E qualunque scelta miri a unificare e a rendere più centripeto il *policy making* dell'Unione non può soffocare questa felice strategia di "integrazione senza omologazione", se non vuole privare l'Europa di una risorsa insostituibile, che appartiene innegabilmente alla sua "identità". Anche per questo la forma auspicabile per una futura unione politica non è quella di una nuova "grande nazione": l'obiettivo dovrebbe essere piuttosto quello di "un'Europa che riesca a tenere insieme i propri frammenti" (42).

3. *"Costruire" un'identità politica sovranazionale.*

Pur senza ignorare che l'apertura e la molteplicità sono scritte nella storia dell'Europa, e devono continuare a esprimersi anche entro le sue istituzioni, appaiono urgenti per l'Unione la costruzione di un'identità politica e la ricerca di una legittimazione. Il rispetto delle diverse culture e identità nazionali non è incompatibile, infatti, con l'obiettivo di una coesione politica più profonda. Ciò che riunisce i cittadini in un *demos*, è stato detto, non è il presupposto di un'omogeneità culturale, ma la coscienza di dover configurare insieme una vita associata: lo sviluppo politico dell'Unione può essere promosso dalla necessità di prendere decisioni su questioni che richiedono una soluzione a livello europeo (43).

---

(41) PFETSCH, *The Politics of Culture and Identity in Europe* cit., p. 118. Peraltro la realizzazione della convivenza fra culture diverse costituisce di per sé un problema "politico": anche per l'Unione europea, esattamente come per la società "bene ordinata" di Rawls, esiste il problema di scegliere quali culture includere e quali escludere. Non è dunque il "multiculturalismo" in sé la ricchezza dell'Europa: alcune forze culturali sono accettabili e auspicabili per la definizione dell'identità europea, ma altre no (ad esempio i fondamentalismi). A questo riguardo RUDOLPH, *Historical Manifestations of European Identity and its Failures* cit., pp. 159 sgg., sostiene che l'impegno dell'Europa dovrebbe essere nella direzione di un "oligoculturalismo", per evitare sia l'omogeneizzazione sia l'esclusivismo culturale, e per favorire una crescente familiarità fra le diverse culture nazionali.

(42) SCODITTI, *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni* cit., p. 188.

(43) CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., pp. 25-26. Per Cerutti l'unione politica è anche risposta a precise necessità: "la *polis* europea non sorge dal realizzarsi di una preesistente "idea dell'Europa" […]. Essa sorge invece da bisogni […] e decisioni […] che emergono dall'esperienza comune del presente" (ivi, p. 14). È una prospettiva opposta a quella di Edgar Morin, per il quale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Del resto, non mancano paradigmi filosofici che indicano proprio in un'integrazione di tipo "politico" (sebbene riferita ad un contesto statale: si pensi alla "cittadinanza multiculturale" di Will Kymlicka o al "liberalismo politico" di John Rawls) il tramite che rende possibile la convivenza fra diverse identità entro una società che aspiri ad essere liberale e democratica. Secondo Rawls, in particolare, in un orizzonte di pluralismo culturale è una "concezione politica della giustizia" che merita di essere perseguita: la "società bene ordinata" è quella in cui diverse dottrine comprensive (ciascuna caratterizzata da propri contenuti sostanziali di tipo etico, religioso, filosofico) si incontrano su un sottoinsieme limitato di valori che attengono all'ambito del politico, e raggiungono su questi una forma di *overlapping consensus*, sufficiente a garantire lealtà e cooperazione sul piano "pubblico" (44).

Alcuni elementi della teoria di Rawls sembrano suggerire un modello normativo per la costruzione di un'identità politica europea: un'identità, è stato detto, "astratta", *soft*, che non pretenda di ricomprendere ogni dimensione della vita dei cittadini, ma soltanto alcuni profili di natura politica, e che sappia integrarsi con altre identità, grazie alla propria struttura modulare e non monolitica (45). Per questo suo carattere "costruito" l'identità europea certamente si avvicina a quella che Rawls ha chiamato identità "pubblica" o "istituzionale", riguardante i valori e gli impegni politici più generali dei cittadini, che tendenzialmente sono gli stessi per un'intera società, e non coinvolgono le identità personali né le convinzioni dei singoli (46). Tuttavia l'identità

"pensare l'Europa" significa invece "considerare la nostra *comunanza di destino* prima di delineare una comunità di progetto" (MORIN, *Pensare l'Europa* cit., p. 21).

(44) J. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), a cura di S. Veca, trad. di G. Rigamonti, Torino 1999. Lo stesso principio, come è noto, è stato applicato da Rawls anche ai rapporti internazionali: una società giusta può essere creata anche fra popoli (le "società bene ordinate") che condividano un nucleo comune di principi di giustizia, capaci di fondare uno standard minimo di istituzioni politiche (ID., *Il diritto dei popoli* (1999), a cura di S. Maffettone, trad. di G. Ferranti e P. Palminiello, Torino 2001). Will Kymlicka invece ha riformulato il concetto giuridico-politico di cittadinanza alla luce delle nuove esigenze poste dal multiculturalismo, e ha definito autenticamente liberale una società in cui trovino riconoscimento le istanze avanzate da diverse minoranze culturali entro la cultura egemone (W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale* (1995), trad. di G. Gasperoni, Bologna 1999).

(45) CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., pp. 18-19, 27. Per A.-K. HAKE, *Inner-European Migration: A Test for European Identity*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 2, pp. 109-111, esiste solo una forma limitata di identità europea, di tipo "funzionale", quale componente dell'identità personale di ogni individuo; mentre non esiste un nucleo definito di requisiti culturali che debbano necessariamente essere condivisi da chiunque voglia essere europeo. Sul carattere modulare e non onnicomprensivo dell'identità politica nelle società contemporanee cfr. anche F. CERUTTI, *Identità politiche e conflitti. Definizioni a confronto*, in CERUTTI, D'ANDREA (a cura di), *Identità e conflitti. Etnie, nazioni, federazioni*, cit., pp. 26-27.

(46) RAWLS, *Liberalismo politico* cit., pp. 43-44. Secondo Rawls "non abbiamo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un corpo politico consiste anche di elementi ulteriori (storici, comunicativi), che toccano le ragioni stesse dell'appartenenza degli individui alla comunità: essa è, secondo la definizione di Cerutti, "l'insieme delle immagini del mondo, dei valori e dei principi che noi riconosciamo come nostri: nel condividerli sentiamo di essere "noi" " (47).

Gli atti con cui un gruppo definisce la propria identità non si riducono a mera "descrizione" del presente, né all'acquisizione di un'eredità o alla ricerca di radici originarie, ma hanno in sé una componente normativa e progettuale, rivolta al futuro: il gruppo si forma un'immagine di sé anzitutto individuando mete prioritarie e principi regolativi che orientino il proprio agire (48). L'identità pertanto, per le comunità come per gli individui, non è semplicemente l'oggetto immodificabile di una "scoperta", bensì è soprattutto il risultato di un processo di scelta, in cui il ragionamento gioca un ruolo essenziale (49). Per questo essa è suscettibile di continue riformulazioni, e anzi la possibilità di ridefinirne gli elementi costitutivi in funzione di mutamenti storici e culturali è garantita in particolare nelle democrazie liberali (50). Una comunità, infatti, non è libera di scegliere le proprie radici, ma può decidere a quali tradizioni dare seguito e a quali no: le discussioni pubbliche in cui si selezionano le tradizioni che meritano di essere sviluppate rientrano in quei "discorsi di autochiarimento" che Habermas considera un aspetto fondamentale della vita politica, e una via obbligata per la definizione dell'identità di un gruppo (51).

In questa prospettiva si chiarisce anche il ruolo comunemente

---

un'identità che preceda il nostro essere nella società" (ivi, p. 51). Sul rapporto tra formazione dell'identità e processi di socializzazione cfr. in particolare HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto* cit., pp. 70, 88.

(47) CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 4. Per questa ragione, ha precisato lo stesso Cerutti, l'identità politica non può ridursi ad una formula normativa quale quella rawlsiana (F. CERUTTI, *Identità e politica*, in ID., *Identità e politica*, Roma-Bari 1996, pp. 14 sgg.).

(48) Ivi, p. 7; ID., *Identità politiche e conflitti. Definizioni a confronto* cit., p. 20.

(49) Questa tesi è argomentata in modo particolarmente efficace da A. SEN, *La ragione prima dell'identità* (1999), in ID., *La ricchezza della ragione. Denaro, valori, identità*, trad. di G.M. Mazzanti, Bologna 2000, pp. 3-29.

(50) CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., pp. 5-6.

(51) HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto* cit., p. 83. Esiste dunque un legame necessario tra identità e riconoscimento, ma parallelamente anche tra identità e conflitto. La filosofia politica e morale contemporanea ha recuperato e variamente rielaborato l'assunto hegeliano secondo cui l'identità ha inevitabilmente una dimensione intersoggettiva, e si costruisce sempre in modo dialettico, attraverso forme di negoziazione miranti a ottenere il riconoscimento: oltre ad Habermas, cfr., tra gli altri, Ch. TAYLOR, *Il disagio della modernità* (1991), trad. di G. Ferrara Degli Uberti, Roma-Bari 2002, pp. 39 sgg.; ID., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento* (1992), trad. di G. Rigamonti, Milano 1993; A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto* (1992), trad. di C. Sandrelli, Milano 2002, pp. 85-86, 93-103.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attribuito alla memoria e ai *mythes fondateurs* nella definizione delle identità collettive. Certamente il consolidarsi di narrazioni e tradizioni condivise su eventi passati può rafforzare il senso di appartenenza e la volontà di perseguire obiettivi comuni (52). Ma se lo scopo è creare una comunità politica, la memoria di esperienze comuni e la capacità di dimenticare sono, come insegna provocatoriamente Ernest Renan, componenti ugualmente indispensabili (53). Inoltre, proprio perché l'identità ha una struttura "narrativa" e non statica, è necessario che le tradizioni possano anche essere rielaborate, e che dello stesso passato si trasmettano narrazioni diverse (54).

La genesi "discorsiva" e il carattere "intenzionale" propri di qualunque tipo di identità acquistano un risalto emblematico nel caso dell'identità politica europea: sia in quanto "politica" (e quindi per definizione artificiale e costruita), sia in quanto "europea" (cioè libera da implicazioni nazionalistiche, non fondata su un'unità linguistica ed etnica). Un'occasione per definire la propria identità potrebbe essere offerta all'Unione dall'attuale processo di costituzionalizzazione: la stesura di una costituzione è sempre un momento importante di autocomprensione normativa (ma anche di mediazione tra istanze diverse) in cui una comunità esplicita quello che vuole essere: potrebbe aprirsi anche per l'Europa una "via costituzionale all'identità" (55). Tuttavia, a questo proposito, le difficoltà principali attengono alla configurazione di una sfera pubblica "europea": il problema è come possano formarsi in Europa un'opinione pubblica e un dibattito pub-

(52) La "memoria della guerra", per esempio, è uno degli elementi che uniscono i popoli dell'Europa (CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 12). L'integrazione tuttavia è possibile non soltanto fra gruppi che hanno memoria di unità in guerra, ma anche che hanno lottato, sofferto, cercato la pace su fronti opposti (ID., *Peace and War in the European Conscience*, in *A Soul for Europe*, cit., vol. 1, p. 113). Secondo Cerutti peraltro è l'esistenza di "simboli" comuni, più che di miti, a poter offrire un sostegno all'identità tramite la memoria. Sul "mito" come veicolo di energie simboliche ed emozionali, capaci di dare senso alla vita di una comunità e di costituire un'identità politica, cfr. invece B. HENRY, *Political Identity as Myth?*, ivi, cit., vol. 2, pp. 65-69.

(53) E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, in ID., *Oeuvres complètes*, Paris 1947-1962, vol. I, p. 892: "Or l'essence d'une nation est que tous les individus aient beaucoup de choses en commun, et aussi que tous aient oublié bien de choses".

(54) Più che una memoria collettiva immutabile, si dovrebbe assicurare in Europa la possibilità di resoconti diversi degli stessi eventi, attraverso quello che Ricoeur, proprio pensando all'identità europea, ha definito il modello dello "scambio delle memorie" (RICOEUR, *Quel éthos nouveau pour l'Europe?* cit., pp. 107-116).

(55) V.E. PARSI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Bologna 2001, pp, 18 sgg. L'importanza dell'"individuazione dialogata" di valori e progetti condivisi che avviene nei dibattiti costituenti è sottolineata da CERUTTI, *Identità politiche e conflitti. Definizioni a confronto* cit., p. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico effettivo — in cui siano coinvolti tutti gli attori istituzionali e sociali — sulla costruzione di una nuova entità politica (56).

Resta tuttora irrisolto, infatti, il nodo intorno a cui si è sviluppato il dibattito ormai decennale sulla costituzione europea, nel quale come è noto si erano contrapposte in origine la tesi di Grimm, secondo cui una costituzione non può essere uno strumento di legittimazione reale in assenza di un popolo europeo unitario (inteso come comunità politica di riferimento), e quella di Habermas, secondo cui la costruzione del corpo politico è sempre artificiale, e pertanto la costituzione può avere un "effetto inducente" nel creare istituzioni europee che favoriscano il dibattito pubblico e promuovano una corrispondente evoluzione nella società, come è avvenuto per la formazione degli Stati nazionali (57). A questo riguardo, il processo circolare, di implementazione reciproca, che potrebbe attivarsi in Europa tra istituzioni e società civile, costituzione e *demos*, è anche oggi un tema ricorrente (58).

Sebbene non esistano soluzioni immediate, proprio l'esperienza storica della "costruzione" di Stati nazionali può offrire un importante termine di confronto: la genesi delle nazioni europee (e in particolare la stagione costituente del secondo dopoguerra, che le ha viste impegnarsi nella definizione della loro "identità") dimostra che la scelta di una direzione politica verso la quale muovere può "fondare" una comunità, e garantirle l'indispensabile coesione, molto più della ricerca di radici prepolitiche (59). Anche le identità nazionali, infatti, sono variegate al

---

(56) Cerutti parla a questo riguardo di una "conversazione degli europei fra di loro" (ID., *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., pp. 27).

(57) D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?* (1994), trad. di F. Fiore, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino 1996, pp. 350-367; J. HABERMAS, *Osservazioni su Dieter Grimm* (1995), ivi, pp. 372-375 (anche ID., *Una costituzione per l'Europa? Commento a Dieter Grimm*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. di L. Ceppa, Milano 1998, pp. 170-173).

(58) J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?*, in BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato* cit., pp. 145-166. Sulla stessa linea S. RODOTÀ, *La Carta dei diritti dopo Nizza*, in AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea*, cit., p. 199, osserva: "non c'è un popolo europeo né uno Stato europeo, ma questo processo costituzionale è ciò che costruirà il popolo europeo. Questo è il dato nuovo: cioè, sarà questa stessa procedura a far nascere il soggetto che alla fine dovrà pienamente legittimare". Cfr. anche L. FERRAJOLI, *Dalla Carta dei diritti alla formazione di una sfera pubblica europea*, ivi, pp. 83-86. A queste tesi si contrappone una prospettiva di "scetticismo costituzionale", tendente a sottolineare l'assenza di un popolo europeo (inteso come "soggetto fondativo e attivo di politica") e di una "società europea": cfr., tra gli altri, G.E. RUSCONI, *La cittadinanza europea non crea il "popolo europeo"*, in "Il Mulino" 1996, pp. 831-841; ID., *La questione della cittadinanza europea*, in "Teoria politica" 2000, pp. 25-38; M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in BONACCHI (a cura di), *Una costituzione senza Stato* cit., pp. 71-87; OFFE, *Esiste, o può esistere, una "società europea"?* cit., pp. 95-119.

(59) PER HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* cit., p. 120, "i popoli nascono soltanto con le loro costituzioni statali". Del resto, che un popolo non esista mai come dato puramente naturale, ma soltanto in virtù

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio interno e non monolitiche né compatte; e anche le nazioni sono frutto di progetti ideati da *élites* politiche e intellettuali. Ogni nazione è, come ha sostenuto Benedict Anderson, una "comunità politica immaginata": i suoi abitanti non conosceranno e non incontreranno mai la maggior parte dei loro compatrioti, eppure nella mente di ognuno vive l'immagine del loro essere comunità (60).

È forse soprattutto di questa "immaginazione politica" che oggi l'Unione europea ha bisogno: attualmente, è stato detto, essa è una "comunità non-immaginata" (61). Ma il compito che attende l'Europa non è forse l'invenzione di qualcosa di completamente nuovo. L'identità politica sovranazionale che si sta costruendo entro le società europee dovrà trovare espressione in un modello di "democrazia post-nazionale" (62). I principi democratici, sebbene siano legati per la loro genesi storica alle istituzioni statali, devono continuare ad essere l'ideale normativo per qualunque sistema politico dotato di capacità di governo. Non sarebbe possibile, infatti, immaginare un'evoluzione istituzionale dell'Unione sprovvista di quei requisiti di legittimità ritenuti irrinunciabili all'interno delle singole nazioni. Da questo punto di vista,

---

di un atto convenzionale che lo rende tale, è un'idea che risale almeno al giusnaturalismo classico. Per Rousseau, ad esempio, c'è sempre un atto di associazione alla base della genesi di un popolo: "popolo" è il nome che assumono collettivamente i membri del patto sociale (J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, 6). Analogamente, egli osserva che una società non può avere origine con l'elezione del re: eleggere un re è già in sé un atto civile che presuppone una deliberazione pubblica; esso pertanto è necessariamente preceduto da un altro "atto in forza del quale un popolo è un popolo", e questo è il vero fondamento della società (ivi, I, 5).

(60) B. ANDERSON, *Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, London 1991, p. 6. Analogamente H. SETON-WATSON, *Nations and States. An Inquiry into the Origins of Nations and the Politics of Nationalism*, Boulder (Colorado) 1977, ha affermato che una nazione esiste quando un numero significativo di persone entro una comunità si considera come costituente una nazione, o agisce *come se* ne avesse costituita una.

(61) PH. ALLOT, *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*, Cambridge 2002, pp. 229. Per Ricoeur porre "in termini di immaginazione la domanda sull'Europa futura" è necessario per riflettere su quali nuove istituzioni saranno all'altezza di una situazione politica senza precedenti (RICOEUR, *Quel éthos nouveau pour l'Europe?* cit., p. 107). Spesso negli ultimi anni la riflessione scientifica ha posto la questione dell'Europa come qualcosa da "immaginare" e "reinventare": cfr., tra gli altri, G. DELANTY, *Inventing Europe*, Basingstoke 1995; PH.C. SCHMITTER, *Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts*, in G. MARKS, F.W. SCHARPF, PH.C. SCHMITTER, W. STREECK (eds.), *Governance in the European Union*, London 1996, pp. 121-150; M. TELÒ - P. MAGNETTE (eds.), *Répenser l'Europe*, Bruxelles 1996.

(62) HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?* cit., p. 163. Sul tema cfr. E. GRANDE, *Post-National Democracy in Europe*, in M.TH. GREVEN, L.W. PAULY (eds.), *Democracy beyond the State?*, Oxford 2000, pp. 115-138. Secondo PH.C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, trad. di R. Falcioni, Bologna 2000, pp. 29-37, la "configurazione dell'eurodemocrazia" presuppone una reinvenzione delle istituzioni chiave della democrazia moderna: cittadinanza, rappresentanza e processo decisionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cercare soluzioni nuove significa, per l'Europa, anche "diventare ciò che è": non smarrire le conquiste della democrazia costituzionale che hanno arricchito l'esperienza storica dei suoi Stati, e innestarle in un contesto più ampio, pur senza fare dell'Unione la riedizione dello Stato nazionale a dimensioni allargate.

Per questo governi, parlamenti, la stessa "nazione" in quanto categoria culturale, conservano importanti funzioni. La dialettica complessa che il processo europeo instaura tra le competenze dell'Unione e il ruolo degli Stati membri — tema che nei primi decenni dell'integrazione era stato al centro del dibattito fra le Corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia di Lussemburgo — sembra mantenere un certo rilievo anche nel disegno della futura Europa. Non l'annullamento degli Stati, dunque, ma la ricerca di nuove forme di equilibrio fra istituzioni statali e Unione, e fra gli Stati entro l'Unione. Il modello di "pluralismo istituzionale", suggerito nel 1993 dalla celebre sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Maastricht, può costituire ancor oggi uno strumento di riflessione (63).

Non a caso i temi della sussidiarietà e del ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione sono oggetto attualmente dei lavori della Convenzione europea; e il Progetto preliminare di Trattato costituzionale, redatto dal *Praesidium* della Convenzione e presentato il 28 ottobre 2002, si apre con una disposizione che riconosce il "pluralismo dell'Unione" e definisce l'Unione come "Unione di Stati europei" che mantengono la loro "identità nazionale", coordinando le loro politiche a livello europeo e gestendo, sul modello federale, alcune competenze comuni (art. 1) (64). Si tratta, in effetti, di un problema tipicamente "costituzionale": non soltanto perché coinvolge l'organizzazione dei poteri e la ripartizione delle competenze, ma soprattutto perché riguarda l'identità e la legittimità di un nuovo soggetto politico, e quindi

(63) *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 12 ottobre 1993, cause *2 BVG* 2134/92 e *2 BVG* 2159/92. Su questo significato del *Maastricht-Urteil* cfr. M. CARTABIA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale*, in "Politica del diritto", 1994, pp. 203-227. In questa linea il "*multiversum* politico" è stato indicato come forma istituzionale auspicabile per il futuro prossimo dell'Europa (G. MARRAMAO, *L'Europa dopo il Leviatano. Tecnica, politica, costituzione*, in BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato* cit., pp. 139 sgg.). Sul tema cfr. anche SCODITTI, *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni* cit., pp. 57-63.

(64) CONV 369/02 (per il testo del Progetto cfr. *http://european-convention.eu.int*). Il tema della ripartizione di competenze fra Unione e Stati membri è tornato di estrema attualità anche nella riflessione scientifica, e proprio in relazione alla crisi di legittimità dell'Unione. Cfr. J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in "Quaderni costituzionali" 2000, pp. 5-14; L.M. DÍEZ-PICAZO, *What does it mean to be a State within the European Union?*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 2002, pp. 651-671; A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The European Union's Vertical Order of Competences: the Current Law and Proposals for its Reform*, in "Common Market Law Review", 2002, pp. 227-268.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche i fini che l'Europa deve darsi, e l'"anima" a cui essa non può rinunciare.

4. *Le vie della legittimazione nell'Unione europea.*

L'Unione è innegabilmente un'entità politica, per quanto atipica e solo parzialmente delineata: non solo le sue istituzioni sono dotate di notevoli competenze legislative ed esecutive, ma esiste ed opera al suo interno una forma di organizzazione dei poteri, sebbene secondo modalità inedite e non assimilabili allo schema classico della "divisione dei poteri" propria dei sistemi statali. Si pone pertanto anche per l'Unione la necessità avvertita in qualunque ordinamento di una fondazione, di una giustificazione che ne garantisca la "validità", anche oltre l'efficacia delle prestazioni funzionali cui adempie. Non si tratta soltanto di quel "bisogno di giuridificazione" del potere politico cui hanno dato risposta storicamente, negli ordinamenti statali, le forme istituzionali dello Stato di diritto e del costituzionalismo (65). Il problema della legittimità riguarda — prima che i limiti giuridici del potere o la correttezza formale delle procedure — la responsabilità politica delle istituzioni europee, la loro capacità di rappresentare gli interessi e di rispecchiare gli ideali dei cittadini nei confronti dei quali esse esercitano competenze sovrane. In una cultura democratica la legittimità del potere non può fondarsi semplicemente sul fatto che la razionalità propria del diritto ne garantisca l'esercizio in forme legali, come sosteneva Weber (66).

Il bisogno di legittimazione è implicito nel concetto di potere politico: come insegna Habermas, il diritto stesso in quanto *medium* del

(65) Per GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?* cit., pp. 344-345, la "giuridicizzazione del potere" è l'essenza stessa del costituzionalismo: la costituzione è "una legge precedente il potere, con la funzione di limitarne e fondarne le competenze". Il compito delle costituzioni negli ordinamenti statali consiste per Grimm nel vincolare il potere al rispetto del diritto: il diritto infatti, pur essendo un prodotto del potere statale, è anche contemporaneamente lo strumento che garantisce le condizioni fondamentali di legittimità del suo esercizio. Sulla "giuridicizzazione del potere" come prestazione garantita dallo Stato di diritto, in funzione del rispetto di determinati contenuti sostanziali, oltre che di limiti formali e procedurali, cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, pp. 155-160.

(66) M. WEBER, *Economia e società*, Milano 1968, vol. I, pp. 210 sgg. Il modello weberiano di "legittimità fondata sulla legalità" è stato reinterpretato criticamente da J. HABERMAS, *Diritto e morale* (1986), in ID., *Morale, Diritto, Politica*, a cura di L. Ceppa, Torino 2001, pp. 3-41. La nozione di "legalità" non sarebbe neppure applicabile propriamente all'ordinamento comunitario, non esistendo attualmentete in esso una fonte paragonabile alla "legge" in quanto prodotto di assemblee rappresentative ed espressione di autolegislazione: cfr. a questo riguardo le osservazioni di LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea* cit., p. 81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere negli ordinamenti ha una pretesa di legittimità, poiché non chiede soltanto accettazione e riconoscimento fattuale da parte dei destinatari, "ma pretende anche di *meritarsi* questo riconoscimento" (67). L'Unione europea, pur non essendo un'entità statuale, non è estranea a questa pretesa; eppure la legittimità di cui in essa si percepisce la mancanza non sembra ottenibile semplicemente attraverso riforme istituzionali, bensì soprattutto assicurando il ruolo attivo dei cittadini nei processi decisionali, e il controllo da parte della società civile sulla politica (68). Sono le dinamiche della globalizzazione a favorire lo sviluppo di sistemi di regolazione vincolanti ma non politicamente responsabili, sganciati da una base di consenso e di legittimazione paragonabili a quelli propri dello Stato nazionale: l'Unione rientra in questa fenomenologia, e proprio a causa delle sue anomalie istituzionali; lo spostamento di competenze dal piano nazionale a quello sovranazionale tende di per sé a produrre vuoti di legittimità (69).

D'altra parte, soprattutto nell'ultimo decennio, l'integrazione europea sembra avere trovato una forma di giustificazione normativa nel principio del rispetto dei diritti fondamentali. I diritti hanno progressivamente acquistato un rilievo centrale nell'ordinamento comunitario e nelle politiche dell'Unione: essa "*si fonda* sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto", come afferma l'art. 6 TUE. Inoltre, la "difesa dei valori comuni", il "mantenimento della pace", lo "sviluppo e il consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, nonché il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" sono stati indicati dal Trattato di Maastricht come obiettivi della Politica estera e di sicurezza comune (art. 11 TUE). I diritti sono un elemento così profondamente costitutivo dell'identità dell'Unione europea che il loro rispetto da parte degli Stati è divenuto un vero e proprio criterio di appartenenza all'Unione, e addirittura il parametro per tracciarne i confini: il rispetto dei diritti dell'uomo, infatti, è oggi condizione per acquistare la *membership* e per esercitare i diritti che ne discendono (70).

Senza dubbio l'attenzione per i diritti è un elemento qualificante

(67) J. Habermas, *Legittimazione tramite diritti umani*, in Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* cit., p. 216.

(68) Cerutti, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., pp. 7 sgg.

(69) Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* cit., p. 46.

(70) È noto che secondo l'art. 49 TUE la richiesta da parte di uno Stato di diventare membro dell'Unione è subordinata al fatto che esso rispetti i principi sanciti nell'art. 6 TUE (libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Stato di diritto). Inoltre l'esistenza di una violazione grave e persistente di tali principi da parte di uno Stato membro può fondare una decisione del Consiglio di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato stesso dall'applicazione del Trattato (art. 7 TUE).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'identità europea, in senso ampio. Le istituzioni del Consiglio d'Europa (in primo luogo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Corte europea di Strasburgo) hanno trasformato l'Europa in una sorta di "spazio dei diritti" (71). Come è stato osservato, i diritti umani fanno ormai parte dell'iconografia della cultura europea (72). In particolare la storia dell'Unione è stata in misura notevole un percorso di "integrazione attraverso i diritti" (73), e il peso crescente che i diritti hanno conquistato nelle disposizioni dei Trattati sembra confermare anche nel caso dell'ordinamento comunitario quella tendenza "a incorporare sempre più largamente valori irriducibili a quelli del mercato" che è stata vista come un aspetto caratterizzante delle Costituzioni "lunghe" del Novecento (74). La Carta di Nizza esprimerebbe in modo formale "il riconoscimento che l'Unione non ha obblighi soltanto verso il mercato" (75). La stessa Decisione con cui il Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999 aveva avviato le procedure di elaborazione della Carta si apre con l'affermazione che la "tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità" (76).

Ma è appunto su questa presunta "capacità legittimante" dei diritti che è opportuno riflettere. Non si può negare che i diritti abbiano in sé un'attitudine a fondare la legittimità del potere: la "legittimazione tramite diritti umani" è indicata esplicitamente da Habermas come la struttura di validità del diritto moderno, e il fondamento degli ordinamenti negli Stati democratici costituzionali (77). Ciò che tuttavia dev'essere considerato con cautela è la plausibilità di una concezione dei

(71) Cfr. HAARSCHER, *Europe's Soul: Freedom and Rights* cit., pp. 98-103; R. BELLAMY - A. WARLEIGH, *Cementing the Union: The Role of European Citizenship*, in *A Soul for Europe* cit., vol. 1, pp. 63-66; E. RUDOLPH, *Introduction*, ivi, vol. 2, pp. 6 sgg.; PFETSCH, *The Politics of Culture and Identity in Europe* cit., pp. 122-125; THERBORN, *The Role of the Economy in the Shaping of European Civilisation* cit., p. 83.

(72) WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo* cit., p. XIV.

(73) L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino 1998. RODOTÀ, *La Carta dei diritti dopo Nizza* cit., p. 203, ha osservato che "la costruzione dell'identità europea richiede un'integrazione attraverso i diritti".

(74) S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari 1992, p. 30.

(75) D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, trad. di A. Gialdroni, in AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea* cit., p. 21. Per CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 19, "la volontà di sostenere i diritti umani e la democrazia e di espanderli al di là dei confini nazionali è un carattere genetico dell'integrazione europea".

(76) Cfr. il testo della Decisione in "Rivista di diritto europeo", 1999, p. 105.

(77) HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani*, cit., pp. 216-221. Sul nesso fra Stato di diritto e democrazia cfr. anche ID., *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), a cura di L. Ceppa, Milano 1996, pp. 103-157.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritti come fonte autonoma di legittimazione nel caso specifico dell'Unione europea: qui infatti, in assenza di una cultura politica diffusa che faccia da sfondo alle pratiche regolative, difficilmente potrebbe stabilirsi quel nesso interno fra diritti e sovranità popolare, autonomia privata e autonomia pubblica, che per Habermas è il presupposto della capacità "fondativa" dei diritti. La centralità assicurata ai diritti, pertanto, non appare sufficiente di per sé a garantire la legittimità dei processi decisionali nell'Unione. Ai diritti non si può assegnare una funzione sostitutiva rispetto alla politica; e l'unità della storia istituzionale europea, è stato detto, "può essere in effetti rappresentata meglio, o più fedelmente, con la centralità del "politico" che con la priorità dei diritti" (78). Del resto, se è vero che il rispetto dei diritti è il nucleo essenziale intorno al quale si sono aggregate nella storia europea le diverse identità nazionali, esso costituisce però anche un elemento di differenziazione tra le singole comunità politiche di riferimento: ciascuna di esse, rispetto ad uno standard di salvaguardia universalmente condiviso, tutela i diritti secondo modalità particolari, espressione di visioni e concezioni altrettanto particolari (79). Peraltro è stato messo in dubbio che la promozione dei diritti umani possa essere intesa in sé come la *raison d'être* dell'Unione e l'asse del suo sistema giuridico (80).

I diritti non sembrano dunque un fattore assolutamente decisivo rispetto alla questione della legittimità: resta pertanto irrisolto il problema di come legittimare istituzioni dotate di competenze sempre

(78) PALOMBELLA, *Tradizioni, politica e innovazione nel nuovo ordine europeo* cit., p. 7. La priorità dei diritti, secondo Palombella, rappresenta certamente una conquista degli ordinamenti europei, ma non può sradicarsi completamente dalla tradizione politico-parlamentare altrettanto tipica dell'Europa. Una concezione puramente giuridica dei diritti, che si illudesse di sostituire al potere il diritto, abolendo il sistema delle sovranità in nome di un ordine fondato sull'astratta razionalità di diritti universali, sarebbe in contrasto con tutta la tradizione istituzionale e culturale europea, incentrata piuttosto sulle nozioni di volontà politica, supremazia dell'interesse pubblico, priorità della legge, centralità del parlamentarismo (ivi, pp. 6-7, 31-35). Cfr. anche ID., *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari 2002, pp. 136-141.

(79) WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo* cit., pp. XXIV-XXXII; ID., *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space*, in ID., *The Constitution of Europe* cit., pp. 102-129. Come è stato detto, nella storia europea i diritti, "strappati al cielo giusnaturalistico dal Prometeo rivoluzionario", hanno seguito un percorso che li ha portati ad assumere una tensione progettuale, una capacità di incidere sull'ordine esistente entro contesti delimitati da precise coordinate spaziali, sociali, politico-istituzionali (P. COSTA, *La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo: una comparazione diacronica*, in BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato* cit., pp. 317-318).

(80) A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in "Common Market Law Review, 37, 2000, pp. 1337-1338. Per Bogdandy le perplessità suscitate in generale da un'eccessiva "proliferazione dei diritti umani e del discorso sui diritti umani" sono confermate a maggior ragione nel caso dell'Unione europea.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più pervasive. Attualmente il tipo di legittimità che l'Unione può vantare sembra fondarsi sui risultati delle *policies* più che sul processo democratico: è una legittimità, come ha scritto Fritz Scharpf, "orientata all'*output*", e "basata sugli interessi piuttosto che sull'identità" (81). Proprio i successi conseguiti dall'integrazione hanno finito per accordare alle istituzioni comunitarie una legittimazione derivante direttamente dai risultati, anziché dal dibattito e dal controllo politico; nell'Unione il raggiungimento degli obiettivi e il buon funzionamento della "macchina" comunitaria tendono a operare di per sé come fonti di legittimazione, e sostituiscono in questo il ruolo dell'*accountability*. Il *deficit* democratico in Europa è anzitutto una crisi di cultura politica, che rende inaccessibile e tecnocratica la *governance* dell'Unione, con effetti negativi anche sulla qualità della vita democratica all'interno degli Stati membri (82).

È dunque in primo luogo nel campo delle scelte politiche che possono emergere soluzioni per una possibile legittimazione; per questo il tema della legittimità appare connesso in modo diretto a quello dell'identità politica europea e della struttura politica dell'Unione: "sollevare il problema dell'identità europea investe immediatamente il problema spinoso e contestato se l'Unione europea debba o no divenire un'entità politica compiuta e se e come possa come tale conseguire legittimità democratica" (83). Le incognite sulla fisionomia definitiva della *polity* europea trovano espressione emblematica nel lessico metaforico che si è affermato per designare la peculiare architettura politico-istituzionale dell'Unione. Essa è definita come un "*network*", o una struttura "*multilevel*", quando si vuole indicare la particolare modalità di *decision making*, organizzazione dei poteri e ripartizione delle competenze che la caratterizza. Tale struttura a sua volta si riflette nella simultanea appartenenza dei cittadini europei a diverse comunità: ne consegue una pluralità di lealtà e identità, spesso rappresentata attraverso l'immagine dei "cerchi concentrici". L'Unione è descritta inoltre come un ordinamento "poliarchico" e "policentrico", e per sottolineare il carattere parzialmente informale e non rigidamente strutturato della sua organizzazione politica di vertice si ricorre abitualmente al concetto di "*governance*" (84). Anche modelli storicamente lontani sono recupe-

(81) F.W. Scharpf, *Governare l'Europa: legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea* (1997), trad. di D. Giannetti, Bologna 1999, pp. 17-18.

(82) Weiler, *European Democracy and the Principle of Toleration: The Soul of Europe* cit., pp. 33 sgg. Sull'idea che l'Unione sia "quasi una vittima del suo successo" cfr. anche Fitzmaurice, *State of the Union* cit., p. 183.

(83) Cerutti, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 28.

(84) Sul concetto di *governance* cfr. J.N. Rosenau, E.O. Czempiel (eds.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge 1992. Sui limiti di questa nozione cfr. Telò, *L'interdépendance entre la gouvernance européenne et*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rati per interpretare le peculiarità della costruzione europea: non solo essa è spesso definita una "*polis*", ma il sovrapporsi di più legami politici e il carattere diffuso del potere decisionale da cui essa è contrassegnata sono intesi come una sorta di "*new medievalism*" (85).

L'uso di metafore e la ricerca di definizioni alternative rispetto a quelle consolidate dimostrano l'inadeguatezza del vocabolario politico tradizionale: l'Unione non solo non è assimilabile ad uno Stato (pure nella forma di Stato federale), ma si distingue anche da un'organizzazione internazionale di tipo classico; la categoria di "sovranazionalità" era stata adottata in origine appunto per indicare questo *tertium genus* cui l'integrazione europea aveva dato vita (86). Per la stessa ragione anche i concetti di "federazione" e "confederazione" non colgono la specificità dell'Unione: a questo riguardo è stata avanzata l'ipotesi che il processo europeo possa sfociare in futuro in "nuove forme di dominio politico", espressione di quella dissociazione fra ambiti territoriali e competenze funzionali che caratterizza la *polity* europea in modo peculiare (87).

La difficoltà nel dare un nome all'architettura europea è un segno e una conseguenza del suo carattere *sui generis*, ma anche del suo intrinseco dinamismo: l'Unione non ha ancora trovato la sua forma "costituzionale" definitiva, e pertanto rappresenta anche sul piano della determinazione concettuale un "esperimento" inedito, che non si lascia facilmente inquadrare secondo le categorie tradizionali; esse risultano inadeguate tanto per descrivere il suo *status* attuale quanto per immaginare il suo sviluppo futuro. Ma le incertezze definitorie segnalano anche l'esistenza di problemi sostanziali, ancora irrisolti, che riguardano la partecipazione effettiva dei popoli europei alla realizzazione di un

---

la gouvernance globale cit., p. 22, che sottolinea come nell'ultimo decennio il "ritorno della politica" al centro dell'agenda del mondo globalizzato renda insufficiente il modello di una *governance* senza *government*.

(85) Secondo l'espressione utilizzata originariamente per definire la società internazionale da H. BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, New York 1977.

(86) Sulla nozione di "sovranazionalità" come alternativa sia al modello federale sia a quello di cooperazione intergovernativa cfr. J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Bologna 1985, pp. 21 sgg. Weiler rilevava però già negli anni '80 una sorta di divaricazione fra una "comunitarizzazione" sempre più estesa e profonda sul piano giuridico, e il permanere di un controllo da parte degli Stati membri sui meccanismi politico-decisionali, che in effetti sono rimasti intergovernativi, e non si sono mai pienamente "sovranazionalizzati". Esprime efficacemente il carattere ibrido dell'Unione anche la definizione che ne è stata data di "federazione sovranazionale" (A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Supranational Federation*, in "Columbia Journal of European Law", 2000, pp. 27 sgg.).

(87) SCHMITTER, *Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts* cit., pp. 130-136; ID., *Come democratizzare l'Unione europea e perché* cit., pp. 29-37; ID., *Il futuro dell'Europa. Una singolare pluralità di alternative*, trad. di A. Gialdroni, in AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea* cit., pp. 121-141.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

progetto che sappia guadagnarsi il loro consenso e la loro fiducia, e che coinvolgono inoltre la "visibilità" dell'Unione nell'ordine mondiale: chiarire in quale direzione essa debba svilupparsi è una questione di legittimazione, oltre che di definizioni concettuali.

La democratizzazione dell'Unione europea è pertanto anche un problema di identità. Per questo il dibattito sull'identità può dare un contributo determinante alla realizzazione di un'unione politica in Europa (88). Del resto, la natura e l'entità delle sfide cui occorre dare risposta nell'immediato futuro dimostrano che la capacità dell'Unione di trovare soluzioni adeguate ai problemi è inscindibile dalla sua legittimità e dalla sua credibilità come soggetto politico. In primo luogo esiste una responsabilità di tipo sociale: la globalizzazione rende più urgenti i problemi cui tradizionalmente hanno risposto in ambito statale le istituzioni del *Welfare*. La coesione sociale è un presupposto fondamentale della legittimità di un ordine politico, e la legittimazione dell'integrazione europea dipenderà anche da quanto l'Unione saprà evolvere in direzione di un'"unione sociale", e si mostrerà capace di equilibrare lo sviluppo economico con la prestazione di adeguate garanzie di giustizia e solidarietà (89). Un secondo obiettivo è quello di dare un senso effettivo alla cittadinanza europea: soltanto il coinvolgimento di cittadini e popoli può "cementare" la costruzione di un'unione politica (90). Del resto "cittadinanza e identità convergono, pur non essendo la stessa cosa": le decisioni politiche che riguardano ogni cittadino in quanto cittadino europeo devono essere affidate a un'istanza europea che sia *accountable* (91).

Infine, la legittimità del progetto europeo dipende anche dalla capacità dell'Unione di assumersi la responsabilità delle sue scelte politiche sul piano globale, e delle loro conseguenze per le generazioni future (92). L'Europa potrebbe divenire un elemento decisivo per la definizione delle relazioni di potere e degli standard "etici" nella futura politica mondiale, assumendo iniziative e posizioni definite rispetto ai problemi della pace, della guerra, del destino di intere popolazioni (93).

---

(88) CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 13: "più politica significa più identità: è un nesso condizionale". Cfr. anche S. GARCIA (ed.), *European Identity and the Search for Legitimacy*, London 1993. Sul ruolo dell'identità in quanto fonte di senso e di legittimità per una comunità politica cfr. CERUTTI, D'ANDREA (a cura di), *Identità e conflitti. Etnie, nazioni, federazioni* cit., p. 9.

(89) TELÒ - MAGNETTE, *Justice and Solidarity* cit., p. 89. Cfr. anche G. AMATO, *La Carta dei diritti dopo Nizza*, in AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea* cit., pp. 204-211.

(90) BELLAMY -WARLEIGH, *Cementing the Union: The Role of European Citizenship* cit., pp. 66-71.

(91) CERUTTI, *Towards the Political Identity of the Europeans. An Introduction* cit., p. 22.

(92) D'ANDREA, *Europe and the West. The Identity beyond the Origin* cit., p. 147.

(93) F. CERUTTI, *Peace and War in the European Conscience* cit., pp. 122-125. Nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se l'Unione saprà essere un fattore attivo di promozione della pace e della cooperazione, realizzando così l'ideale che aveva mosso in origine i suoi fondatori, questo non solo darà una legittimità "esterna" alla sua azione in campo internazionale, ma rinnoverà il significato del fatto stesso di essere "europei", conferendogli il valore di una scelta e di un impegno in favore di mete condivise.

Certamente, dunque, le vie di una possibile legittimazione dell'Unione passano anche attraverso le risposte che essa saprà trovare a problemi decisivi. Ma non esiste una legittimazione tecnica che possa sostituire quella politica: un ordinamento può essere effettivamente legittimato soltanto grazie a scelte politiche consapevoli (94). Non soltanto il successo non può costituire di per sé una garanzia di legittimità, ma la carenza di legittimazione potrebbe condizionare negativamente le stesse prestazioni che l'Unione aspira ad assicurare. Le questioni che attengono alla giustificazione del potere e alla partecipazione democratica restano di una specie diversa rispetto a quelle che riguardano il *problem solving* e l'efficienza dell'azione amministrativa, sebbene siano ad esse collegate: se l'Unione ambisce ad essere una comunità politica, il confronto con il primo tipo di questioni non può essere rinviato indefinitamente.

"Libro Bianco sulla *Governance* europea" del 25 luglio 2001 (COM 428, cfr. *http://europa.eu.int/comm/governance/white-paper/index-en.htm*) la Commissione europea ha sottolineato esplicitamente l'interazione tra l'efficacia dell'azione internazionale dell'Unione e la sua legittimazione rispetto ai cittadini europei. Sulle responsabilità dell'Unione europea come attore globale nel quadro di un "nuovo multilateralismo" cfr. TELÒ, *L'interdépendance entre la gouvernance européenne et la gouvernance globale* cit., pp. 21-25.

(94) A questo riguardo LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea* cit., p. 86, osserva che sarebbe un'illusione pericolosa "costruire una forma di unità politica all'insaputa dei cittadini".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO NELL'ANNO ACCADEMICO 2001-2002

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il prof. dr. Mariano PESET REIG (della Universidad de Valencia), la Lic.a Alba DE PAZ GONZALEZ (della Universidad de Sevilla), il Lic. Ramon NARVAEZ (della Universidad Nacional Autonoma de Mexico).

Durante il 2002 sono stati pubblicati i due tomi del volume 30° dei 'Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno', nei quali si segnalano saggi di VASOLI, DUSO, CLAVERO, DILCHER, NAPOLI, PASQUALUCCI, COLAO, MECCARELLI, MANNONI, GROSSI, JANNARELLI, KUEHN, NARVAEZ. Nonché note critiche di Cazzetta, Lorente, Cappellini, Grossi, Bortoluzzi, Canale, Caroni, M. Cattaneo, Cianferotti, De Francesco, Halpérin, Modugno, D'Alessandro, Sabbioneti, Volante.

Durante l'anno 2002 sono stati pubblicati nella 'Biblioteca' del 'Centro': *Codici — Una riflessione di fine millennio* — Atti dell'Incontro di studio — Firenze, 26/28 ottobre 2000; Pietro COSTA, *Iurisdictio — Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433).* Ristampa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PIETRO COSTA, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

MARIA ROSARIA FERRARESE, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*. 11

PAOLO GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?* 39

LA DIMENSIONE GIURIDICA

ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale* 61

DIMITRI D'ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo Medioevo* 77

GIUSEPPE DUSO, *L'Europa e la fine della sovranità* 109

SABINO CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione Europea?* 141

CORRADO MALANDRINO, *Sovranità nazionale e pensiero critico federalista. Dall'Europa degli stati all'unione federale possibile* 169

ENZO CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità* 245

MAURIZIO FIORAVANTI, *Il processo costituente europeo*. 273

ANGELA DE BENEDICTIS, *Resistere: nello Stato di diritto, secondo il diritto 'antico', nell'Europa del 'diritto al presente'* 299

RICHARD BELLAMY, DARIO CASTIGLIONE, *Beyond Community and Rights: European Citizenship and the Virtues of Participation* 349

GIORGIO BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*. 381

UGO MATTEI, *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa colonizzata* 401

FIGURE DELL'ESPERIENZA

SILVANA SCIARRA, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro* . . 427

ALESSANDRO BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale* 461

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale* 577

KNUT WOLFGANG NÖRR, *Lektionen in Bescheidenheit: Stabilitätspolitik in Westdeutschland 1970-1990* 605

STEFANO MANNONI, *I percorsi della regolazione della concorrenza negli USA e in Europa: appunti per un profilo storico* 639

LO SGUARDO DEGLI 'ALTRI'

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Virtual Citizenship, Electoral Observation, Indigenous Peoples, and Human Rights Between Europe and America, Sweden and Peru* . 653

GAETANO RAMETTA, *Tra America e Oriente: Hegel e l'Europa* 781

RICHARD HYLAND, *Imagine Europe*. 801

LETTURE

M. LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)* (J. Vallejo) 821

J. MARTÍNEZ GIJÓN, *Historia del Derecho Mercantil. Estudios* (V. Piergiovanni) . 829

A. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes* (J. M. Vallejo García-Hevia) 832

R. MARRA, *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber. Storia di Roma e sociologia del diritto nella genesi dell'opera weberiana* (G. Itzcovich) 853

A PROPOSITO DI ...

GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin) 865

BARTOLOMÉ CLAVERO, *El Común y no su doble* (a propósito de *Pasado y Presente* de los comunales y de lo comunitario) 899

MARIA ZANICHELLI, *L'Europa come scelta* (a proposito di FURIO CERUTTI e ENNO RUDOLPH (eds.), *A Soul for Europe. On the Cultural and Political Identity of the Europeans*) 917

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del "Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno" nell'anno accademico 2001/2002. 945

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del trentunesimo « Quaderno »

Maria Rosaria FERRARESE
Prof. Ordinario di Sociologia del diritto - Università di Cagliari

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

Antonio PADOA SCHIOPPA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Milano

Dimitri D'ANDREA
Ricercatore di Filosofia politica - Università di Firenze

Giuseppe DUSO
Prof. Ordinario di Storia della filosofia politica - Università di Padova

Sabino CASSESE
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma « La Sapienza »

Corrado MALANDRINO
Prof. Straordinario di Storia delle dottrine politiche - Università del Piemonte Orientale

Enzo CANNIZZARO
Prof. Ordinario di Diritto internazionale - Università di Macerata

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Angela DE BENEDICTIS
Prof. Straordinario di Storia moderna - Università di Bologna

Richard BELLAMY
Professor of Political Theory - University of Essex

Dario CASTIGLIONE
Senior Lecturer of Political Theory - University of Exeter

Giorgio BERTI
Prof. Ordinario f. r. di Diritto amministrativo - Università Cattolica del Sacro Cuore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ugo MATTEI
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Torino

Silvana SCIARRA
Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Firenze

Alessandro BERNARDI
Prof. Straordinario di Diritto penale - Università di Ferrara

Bernardo SORDI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

Knut Wolfgang NÖRR
Professor für Privatrechtsgeschichte, Kirchenrecht, Bürgerliches Recht - Universität Tübingen

Stefano MANNONI
Prof. Straordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Bartolomé CLAVERO
Catedràtico de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Gaetano RAMETTA
Ricercatore di Storia della filosofia - Università di Padova

Richard HYLAND
Distinguished Professor, Rutgers School of Law, Camden, New Jersey

Jesús VALLEJO
Profesor Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones - Universidad de Sevilla

Vito PIERGIOVANNI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Genova

José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA
Profesor Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones - Universidad Complutense de Madrid

Giulio ITZCOVICH
Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali - Università di Pisa

Gustavo ZAGREBELSKY
V. Presidente della Corte Costituzionale, prof. Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Torino

Maria ZANICHELLI
Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto - Università di Parma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano