

Il rapporto tra dimensione pattizia e dimensione costituzionale nella fase attuale del processo di integrazione europea

Bernardo Cortese, Università di Padova

1. Premessa – inquadramento sistematico: autocostituzione di un ordinamento interindividuale comune e *international collaborative law*

In alcuni lavori precedenti¹ e soprattutto nella monografia su *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*² ho cercato di descrivere, in relazione al diritto dell'Unione europea, un processo di autocostituzione di un ordinamento interindividuale dell'Unione europea, capace di acquisire una dimensione sostanzialmente costituzionale affianco a quella, perdurante, del diritto internazionale. Ho cercato cioè di mostrare come possano convivere, nello stesso ambito di integrazione nell'Unione, una dimensione internazionale pattizia con una interindividuale, in cui l'Unione esercita poteri di governo diretti sugli individui e struttura un sistema di garanzie di quei diritti, anche grazie a quel fenomeno di simbiosi istituzionale che è il *dédoublement fonctionnel* dei giudici nazionali: non più semplice "visione" di chi, federalista, l'affermava come compiuta³ in un momento in cui certamente non lo era⁴, ma reale conquista di un processo che, grazie a ciò, acquisisce una dimensione costituzionale (e sovrana) concorrente con quella degli Stati membri⁵.

¹ Tra cui CORTESE, B., *À la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après van Gend en Loos et Costa c. ENEL*, in CORTESE, B., a cura di, *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 301-309; CORTESE, B., *ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Law Approach*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, pp. 47-96.

² CORTESE, B., *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1-350. In questo articolo per i quaderni della Fondazione Venezia per la Ricerca sulla Pace farò ripetutamente riferimento a questo mio recente lavoro monografico oltre che, più limitatamente, ad alcuni altri miei articoli, tra cui quelli citati alla nota 1 *supra* e il lavoro per il volume annuale SIDI 2019 citato *infra* alla nota 22. Il rinvio a quei lavori non deve intendersi autoreferenziale, ma va inteso piuttosto come richiamo alla discussione in essi contenuta delle posizioni dottrinali di volta in volta rilevanti. Di conseguenza, l'apparato critico di questo lavoro sarà corrispondentemente limitato ad alcuni essenziali riferimenti.

³ Si veda in particolare la teorizzazione di PESCATORE, P., *Le droit de l'intégration*, Sijthoff, Leiden, 1972, con la ripresa, in un contesto di integrazione "federalista", delle teorie di Georges Scelle. Su queste teorie v. tra gli altri CASSESE, A., *Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting* (*dédoublement fonctionnel*) in *International Law*, in *European Journal of International Law*, 1990, pp. 210-231.

⁴ Si vedano le osservazioni svolte in CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 46 ss., 87 ss. Si veda del resto anche la concessione di realismo contenuta in chiusura dell'entusiastica recensione di VLACHOS, G., P. Pescatore, *Le droit de l'intégration*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1975, pp. 751-753, dove il recensore constata che l'idea di *supranationalité*, sviluppata da Pescatore anche in relazione alla struttura giurisdizionale dell'Unione, è in qualche modo legata ad un progetto di comunità politica in vista del quale si tratta di attendere "l'avènement des réalisations institutionnelles nécessaires" (ivi, p. 753).

⁵ CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 87-96

Il tentativo è stato quello di affermare non la *sostituzione* della dimensione interindividuale costituzionale comune a quelle nazionali, a valle di un processo di *integrazione* di preesistenti ordinamenti giuridici nazionali *in un unico* ordinamento, né l'affermazione della prima *nonostante* le seconde, in un processo di giustapposizione non coordinata, ma piuttosto l'affermazione della nuova dimensione interindividuale costituzionale comune grazie ad un processo di collaborazione tra i custodi dei due ordini di ordinamenti interindividuali originari coesistenti nello stesso spazio fisico e personale di applicazione⁶. In tale contesto ho cercato parallelamente di mostrare come il nuovo ordinamento interindividuale comune non trovi nella perdurante dimensione internazionale pattizia dei Trattati istitutivi solo una lontana origine, che riemerge unicamente nel momento della modifica di quei Trattati, dell'adesione o del recesso di Stati membri. Piuttosto, l'Unione trova in quella dimensione pattizia l'elemento determinante per risolvere eventuali conflitti straordinari tra il sistema costituzionale dell'Unione e quelli degli Stati membri, alla luce di un approccio di *international collaborative law*⁷.

Si tratta di un approccio nel cui ambito, in primo luogo, le Corti costituzionali e supreme nazionali dovrebbero riconoscere, in linea di principio, la propria strutturale inadeguatezza a risolvere tanto questioni relative all'estensione dei poteri delle istituzioni dell'Unione e, in tal modo, alla determinazione dell'ambito di applicazione del nuovo ordinamento comune, quanto eventuali problemi di tutela dei diritti fondamentali all'interno di quell'ordinamento. Questo perché anche quegli organi giurisdizionali supremi nazionali sono pur sempre, in quanto tali, organi dello Stato tenuto a rispettare e far rispettare l'obbligo internazionale *integrale* o *erga omnes partes*⁸, incombente allo stesso modo su *ognuno* e su *tutti* gli Stati membri, di consentire lo svilupparsi dell'ordinamento giuridico interindividuale comune; tenuto in particolare a lasciare al custode di quel sistema e della sua unità, la Corte di giustizia, il compito di definire quei limiti e diritti, e di vegliare sul loro rispetto.

Nell'ambito di quell'approccio collaborativo, però, incombe in secondo luogo alla Corte di giustizia il dovere di svolgere quel suo ruolo nel rispetto dei Trattati e del loro spirito, in un leale dialogo con i giudici nazionali, e tra questi *in primis* con le giurisdizioni supreme, tenendo in debito conto i valori

⁶ CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 39 ss., 50 ss.

⁷ CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 133 ss., 144, 148 ss., 220 ss. Il concetto è in effetti ripreso da quello di *droit international collaboratif* sviluppato con grande originalità negli scritti di Catherine Kessedjian, da ultimo in KESSEDJIAN, C., *Le droit international collaboratif*, Pedone, Paris, 2016.

⁸ Cfr., anche per riferimenti ulteriori alla discussione in dottrina su questi due concetti, FORLATI, S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 114 ss.

fondamentali degli ordinamenti giuridici nazionali a livello costituzionale, pur nella consapevolezza della dimensione culturale, e dunque relativa, di qualsiasi fenomeno giuridico.

Insomma, in esito a quei miei lavori precedenti, sono giunto alla conclusione che il processo dell'integrazione europea, nella sua fase attuale, comprende entrambe le dimensioni del diritto interindividuale (compresa una dimensione costituzionale al suo interno) e del diritto internazionale (prima di tutto, ma non esclusivamente, pattizio), pur senza ovviamente pretendere che quelle dimensioni si mescolino, data la loro irriducibile diversità⁹. Da quella irriducibile diversità discende anche la necessità di considerare quella che viene normalmente definita, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, come l'"autonomia" del diritto dell'Unione europea¹⁰, come espressione, primariamente, del carattere *originario* dell'ordinamento giuridico interindividuale dell'UE: un ordinamento che non deriva la sua giuridicità da alcuno degli ordinamenti (interindividuali) degli Stati membri, singolarmente considerati¹¹, ma neppure, da un punto di vista formale, dalla dimensione (di diritto) internazionale dell'Unione, bensì dalla concreta attuazione, da parte degli Stati membri, dell'obbligo di consentire l'esplicarsi del nuovo ordinamento¹², quale previsto dai Trattati (così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte).

2. La questione di ricerca – trattato, costituzioni e grande guerra: alla ricerca di indizi di un... necessario equilibrio dinamico

Ora, in occasione di questa riflessione collettiva sulle prospettive dell'Europa a cent'anni dalla prima guerra mondiale, mi viene chiesto di ragionare ancora sul rapporto tra le due dimensioni (internazionale pattizia e costituzionale) del diritto dell'Unione europea, a partire da due "immagini" che a prima vista non potrebbero apparire più distanti: la prima guerra mondiale e, per l'appunto,

⁹ ARANGIO-RUIZ, G., *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 909-999, pp. 987 ss., *ivi* ampi riferimenti dottrinali.

¹⁰ Sui vari (anche ulteriori) modi di intendere l'"autonomia" del diritto UE mi sia permesso rinviare qui, oltre che a CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 9 ss., 37 ss., 225 ss., ai due seguenti lavori in cui ho esplorato specifici aspetti di quel "tema": CORTESE, B., *Riflessioni sull'autonomia come limite: l'equilibrio tra libertà e condizionamento nel diritto dell'Unione europea, tra Unione, Stati membri ed individui*, in LENAERTS, K., a cura di, *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 222-246; e CORTESE, B., *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autoipotesi e international collaborative law*, in ANNONI, A., FORLATI, S., SALERNO, F., a cura di, *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea / Codification in international and European Union Law*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 457-506.

¹¹ Cfr. su tale concetto: MORELLI, G., *Cours général de droit international public*, in *Recueil des cours*, vol. 89, 1956, pp. 441-601, alla p. 479; ARANGIO-RUIZ, G., *Dualism Revisited ...*, cit., p. 958 s.; cfr. inoltre PICCHIO FORLATI, M.L., *Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale e transnazionalità*, in *Jus*, 1999, pp. 461-473, p. 464.

¹² Cfr. con grande chiarezza le considerazioni espresse in termini generali da ARANGIO-RUIZ, G., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, p. 279 e s. in critica alla teoria degli "ordinamenti speciali" di diritto internazionale.

il processo di integrazione europea. La vertigine che ingenera a prima vista un simile accostamento è degna della caduta di Alice nella tana del coniglio e... come Alice, temo di incastrarmi nell'alternativa del se siano i gatti a mangiare i pipistrelli, o i pipistrelli a mangiare i gatti¹³. A pensarci meglio, credo però che la provocazione intellettuale che si cela dietro questa suggestione sia, per dirla con lo spirito di Horatio Walpole, un caso degno dei figli di Serendippo, felici scopritori di cose che non stavano cercando, a partire da segni che, se osservati distrattamente, nulla avrebbero rivelato di quelle scoperte¹⁴. Infatti, l'arduo compito assegnatomi mi spinge a cercare delle tracce, dei segni di quel legame tra la fine della grande guerra e il rapporto tra dimensione pattizia e costituzionale nel processo attuale dell'integrazione europea, che normalmente non avrei pensato di cercare. Nel mio caso quei segni non sono i fievollissimi indizi del passaggio del cammello, del cui furto quei tre figli di Serendippo sarebbero stati ingiustamente accusati proprio per l'astrusità delle loro deduzioni¹⁵, ma altrettanto fievoli ipotesi storiche e scientifiche che, per esser mie, sono necessariamente imprecise ed abbozzate, consentendo comunque almeno di cogliere l'interesse della sollecitazione che mi è fatta.

Il punto di partenza sarà dunque constatare che, essenzialmente, il processo dell'integrazione comunitaria, e poi nell'Unione, può senza dubbio leggersi anche come reazione alle guerre europee, di cui la grande guerra è stato uno dei momenti più drammatici. Fin qui, si dirà, *nihil sub sole novum*¹⁶. È cosa nota, infatti, che il *plan Schuman*, origine del processo d'integrazione comunitaria, è in fondo il modo in cui il governo francese, sospinto dall'alleato USA, regola in modo innovativo la questione del controllo delle risorse carbo-siderurgiche che era stata all'origine dei conflitti franco-tedeschi e poi europei e mondiali. Ed è argomento invocatissimo quello per cui sarà proprio quel piano, nel determinare un nuovo equilibrio tra le forze opposte di qua e di là del Reno, a trasformare la rivalità franco-tedesca da fattore distruttivo (per i ricorrenti disequilibri tra le due potenze che provocano conflitti, che determinano altri disequilibri in paci ingiuste, che ingenerano a loro volta

¹³ CARROL, L., *Le avventure di Alice nel paese delle meraviglie*, trad. CENI, A., intr. BARTEZZAGHI, S., Torino, Einaudi, 2003, p. 4.

¹⁴ Cfr. MERTON, R. K., BARBER, E., *The Travels and Adventures of Serendipity*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 2. Il divertente racconto che sta all'origine della famosa lettera di Horatio Walton a Horatio Mann, il *Peregrinaggio di tre giovani figliuoli del re di Serendippo*, di tal Christoforo Armeno, stampato a Venezia da tal Michiele Tramezzino per privilegio dogale concesso nel 1557, si legge liberamente in rete, nella scansione della copia conservata alla K.u.K Hofbibliothek di Vienna: https://archive.org/details/bub_gb_ncpOAAAACAAJ (vista in luglio 2019).

¹⁵ Quei tre figli di Serendippo, nella storia, sono mandati a morte dall'Imperatore per il furto del cammello la cui presenza essi avevano soltanto immaginato: troppo astruse erano le loro deduzioni per esser credute tali, invece che coperture di un delitto. Fortunatamente i tre furono però salvati sul bordo del patibolo, non già per essersi alcuno convinto dei loro argomenti, ma per l'improvviso riapparire del cammello, che li provò veri.

¹⁶ *Vetus Testamentum, Liber Ecclesiastes*, 1, 9.

nuovi conflitti) in fattore costruttivo, e proprio attraverso il processo di integrazione comunitaria. Cosicché, la domanda che sembrava così difficile avrebbe, dunque, una risposta degna dell'epitaffio del maresciallo di Francia Jacques de la Palice... e però, come per quell'epitaffio, anche qui l'apparente banalità della risposta sembra essere il frutto di un equivoco¹⁷.

Perché l'ipotesi non è solo che ci sia un legame tra i conflitti franco-tedeschi e l'inizio del percorso comunitario, ma piuttosto che il livello cui è giunta l'integrazione, con il suo grado più o meno istituzionale/costituzionale – o, per l'inverso, meno o più pattizio – sia in qualche modo l'esito necessario della coesistenza nello spazio europeo dei corpi separati degli Stati (e dei popoli) europei, e del loro moto in direzioni confliggenti, espressosi nelle rivoluzioni e nei conflitti dell'ultimo secolo e mezzo. L'equilibrio giuridico-istituzionale attuale sarebbe dunque iscrivibile all'interno del terzo principio della dinamica di Newton¹⁸ - in forma, si potrebbe dire, di necessario equilibrio dinamico.

3. Verifica empirica – Stati Uniti d'America e non d'Europa: il ruolo del nazionalismo

Riprendendo per un attimo i panni dell'osservatore di un fenomeno fisico, l'ipotesi della "necessità" dell'esito attuale del processo di integrazione, quale conseguenza di quei fenomeni, sembra infatti scontrarsi con una contraddizione sperimentale: se spostiamo lo sguardo oltre oceano e ripetiamo l'esperimento, in quelli che sono ora gli Stati Uniti d'America¹⁹, troviamo che sconquassi importanti sì, ma minori, sono fronteggiati da una reazione di rinsaldamento istituzionale ben più forte, dove l'elemento pattizio è sostanzialmente scomparso e quello costituzionale domina incontrastato la scena.

Molto sinteticamente ed imprecisamente, cioè, si può osservare che se, per gli USA, una rivoluzione coloniale ed una guerra civile sono riuscite a portare ad un unico Stato, democratico e costituzionale, tanto non può dirsi per l'Europa. In essa almeno quattro periodi rivoluzionari (la rivoluzione borghese del 1789 e degli anni seguenti, le rivoluzioni nazionali e in parte proletarie del 1848/49, la rivoluzione comunista del 1917 con i suoi strascichi postbellici negli Stati entrati nella sfera di influenza sovietica dopo il 1945, ed infine la rivoluzione liberale del 1989 e degli anni

¹⁷ L'epitaffio fatto iscrivere dalla moglie sul mausoleo del valente guerriero, caduto nel 1525 nella battaglia di Pavia, recitava infatti: «Hélas s'il n'était pas mort / Il ferait encore envie». Fu solo due secoli dopo che Bernard de la Monnoye, avvocato e poeta borgognone, avrebbe trasformato quei versi nella più famosa ovvietà: «Un quart d'heure avant sa mort,/ il était encore en vie».

¹⁸ Penso evidentemente al terzo principio della dinamica newtoniana, di azione e reazione. Per una descrizione matematica di quella legge v. p.e. MAZZOLDI, P., NIGRO, M., VOCI, C., *Fisica*, vol. 1, 2. ed., Edises, Napoli, 2000, p. 121 ss.

¹⁹ Cfr. gli interessanti paralleli tra *American civil war* e movimenti risorgimentali italiano e tedesco tracciati da KELLY, P.J., *The European Revolutions of 1848 and the Transnational Turn in Civil War History*, in *The Journal of the Civil War Era*, Vol. 4, N. 3, 2014, pp. 431-443.

seguenti nell'ex impero sovietico) e almeno quattro guerre continentali, a quei moti in tutto o in parte collegate (le guerre napoleoniche, la guerra franco prussiana e le due guerre mondiali), non sono affatto riuscite a condurre ad un fenomeno statale unitario democratico e costituzionale. Di più, non sono riuscite a portare ad un quadro istituzionale e politico in cui le conquiste dell'integrazione europea possano dirsi pienamente garantite.

Per esprimersi nei termini del titolo di questo intervento, dunque, il quadro pattizio, e la sua intrinseca fragilità, risultano ancora fortissimamente presenti nel fenomeno di integrazione europea, ed il quadro costituzionale così apparentemente debole, da lasciar dubitare della correttezza dell'ipotesi che l'equilibrio assunto dal processo di integrazione europea possa in qualche modo ricondursi alla terza legge della fisica dinamica. Usando ancora i termini della fisica newtoniana, insomma, la spinta alla dissoluzione che nel quadro nordamericano ha incontrato la reazione della definitiva affermazione dell'Unione, pur essendo in Europa più forte, non avrebbe qui incontrato quella reazione uguale e contraria presupposta dalla legge di conservazione del moto.

Siccome però di qua e di là dell'Atlantico le leggi della fisica sono, per forza di cose, le stesse, la spiegazione dev'essere probabilmente nell'insufficiente analogia dei "corpi" storico-sociali le cui interazioni conflittuali (moti) così arditamente si vorrebbero confrontare.

In altre parole: se la nascita di uno Stato unico, democratico e costituzionale (gli USA) – fenomeno aggregatore – è la conseguenza di fenomeni sociali drammatici e – in varia misura – disgregatori che sono state la rivoluzione sfociata nell'indipendenza dal dominio coloniale e la *American civil war*, l'incompleto verificarsi di un fenomeno aggregatore nell'Unione europea deve spiegarsi, almeno in parte, con la diversità dei fenomeni sociali disgregatori e con la maggiore complessità delle interazioni conflittuali tra "corpi" (Stati, gruppi sociali) che si sono prodotti nel vecchio continente, rispetto al caso americano.

Affianco ad altri elementi più visibili, quale l'immediato esito confederale della rivoluzione americana in conseguenza di una necessità di comune difesa dal nemico, antico dominatore coloniale, cui si aggiunge l'uniformità linguistico-culturale almeno apparente su cui si basano gli USA, è forse anche l'intreccio (almeno parziale) tra movimenti nazionalisti, o almeno l'affermarsi di forti identità nazionali, e la genesi dei singoli fenomeni costituzionali statali, in Europa, a spiegare la diversità di componimento dell'interazione tra le forze che si sono, in questo continente, manifestate.

Mi riferisco, per fare alcuni tra gli esempi più evidenti, all'intreccio tra nazionalismo e movimenti democratici risorgimentali in Italia e in Germania, nella seconda metà del XIX secolo, o ancora a

quello tra nazionalismo e fondazione delle democrazie postsovietiche, sul finire del secolo da poco trascorso. Non meno significative sono però la relazione inscindibile tra la forma istituzionale della *République française* e l'eredità della rivoluzione del 1789 in Francia, o quella altrettanto inscindibile tra il Parlamento di Westminster e l'idea stessa di democrazia, com'è vissuta nel Regno Unito. Si tratta, a me pare, di una serie di elementi che, considerati nel loro insieme, aiutano a spiegare la profonda diversità negli esiti dei due progetti di integrazione e delle due Unioni, di qua e di là dell'Atlantico.

Insomma, una delle chiavi dell'indefinitezza del progetto di integrazione europea sembrerebbe risiedere nella necessità che incontra quel progetto di disfarsi, se vuol giungere a compimento, di preesistenti relazioni fondamentali – verrebbe da dire, in qualche modo incestuose – tra democrazie (e costituzionalismi) statali e nazionalismo.

Si tratta di relazioni fondamentali, perché è su di esse che si è costruita l'identità costituzionale statale, sul piano interno; se hanno trovato nel progetto di integrazione europea l'antidoto al deflagrare della loro naturale tendenza distruttrice sul piano esterno, quelle radici nazionali(ste) rimangono nel DNA di molti, se non in tutti, gli Stati che del progetto di Unione europea (e dei Trattati su cui esso si fonda) sono stati i protagonisti, o i *Signori*²⁰. È un po' come, per riprendere il paragone d'oltreatlantico, la relazione fondamentale tra una buona parte della società nordamericana e il fenomeno dello schiavismo prima e del segregazionismo poi, che continua ad avvelenare molti dei pozzi cui si abbevera la coscienza sociale di quelle società, pur nel suo formale superamento delle distinzioni razziali nel procedere del progetto costituzionale.

4. Nazionalismo politico, nazionalismo giuridico e unilateralismo costituzionale

Sulla fondatezza di queste ipotesi non spetta certo ad un giurista esprimersi in via definitiva. Certo è che il dato empirico, con cui lo studioso del diritto (e al tempo stesso il cittadino) dell'Unione europea si confronta oggi, è un risorgere delle pulsioni del nazionalismo politico – sia esso di destra, di sinistra, o infine di impronta qualunquista.

Quelle pulsioni nazionalistiche sono coltivate e sfruttate anzitutto, e ben coerentemente, da chi ha ancora oggi della democrazia una concezione distorta. Sono gli sfrontati epigoni di un mai sopito spirito autoritario, o i più diffusi ed insidiosi coltivatori del consenso plebiscitario come strumento di creazione/conservazione del potere personale. Sono in effetti molte, e sotto gli occhi di tutti, le

²⁰ Il riferimento è alla nota metafora degli Stati *Herren der Verträge* impiegata dal *Bundesverfassungsgericht* nella sua giurisprudenza sull'integrazione europea: cfr. le mie osservazioni in CORTESI, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 211 ss.

espressioni contemporanee di quel cesarismo che ha costellato la crisi delle democrazie, sin dalla degenerazione dell'istituto ateniese dell'ὄστρακισμός²¹. È evidente la minaccia, per quell'equilibrio tanto delicato tra dimensione pattizia e dimensione costituzionale dell'Unione, sprigionata dall'invocazione a livello nazionale del feticcio della *sovranità popolare*, trasformato da momento di definizione/preservazione della scelta costituzionale fondamentale, a strumento di gestione della lotta politica tra i clan che si contendono l'influenza nella Πόλις.

Il punto è però che il fenomeno nazionalista non è coltivato solo da chi si pone al di fuori dei paradigmi dello Stato di diritto, come i fenomeni politici appena evocati. Nell'Unione, infatti, le pulsioni dei nazionalismi politici sono in effetti sempre più spesso affiancate – a volte in realtà anticipate – da fenomeni di nazionalismo giuridico ammantati delle nobili vesti della difesa della democrazia e dei diritti umani. Quelle vesti sono indossate da autorevoli corti nazionali, siano esse corti costituzionali o corti supreme, non per far fronte ad evidenti lacune del sistema costituzionale comune, bensì per affermare orgogliosi particolarismi dei singoli sistemi costituzionali nazionali. Ciò comporta però il rischio, sia esso compreso o meno da quei protagonisti del teatro istituzionale europeo, di fornire un'oggettiva copertura al progetto politico nazionalista.

Penso evidentemente alla scivolosa china su cui si è imbarcata la giurisprudenza costituzionale tedesca dal *Maastricht Urteil*²² in avanti, i cui rischi sono divenuti evidenti con il *Lissabon Urteil*²³ e con la giurisprudenza sull'*Identitätskontrolle*²⁴, ma anche al tradimento dell'iniziale natura dei controlimiti costituito dall'ordinanza della Corte costituzionale italiana nel caso *M.A.S e M.B* (c.d. *Taricco II*)²⁵.

²¹ Si vedano al riguardo le attente ricostruzioni di SCHUBERT, Ch., *Die Macht des Volkes und die Ohnmacht des Denkens: Studien zum Verhältnis von Mentalität und Wissenschaft im 5. Jahrhundert v. Chr.*, Steiner, Stuttgart, 1992, pp. 20 ss.

²² *Bundesverfassungsgericht* 12 ottobre 1993, cause 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, *BVerfGE* 89, pp. 155-213. Cfr. MACCORMICK, N., *The Maastricht Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 1995, pp. 259-266; BAQUERO CRUZ, J., *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 389-422. V. anche le osservazioni critiche che ho formulato estesamente in CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., p. 203 ss.

²³ *Bundesverfassungsgericht* 30 giugno 2009, cause 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, *BVerfGE* 123, pp. 267-437. V. in particolare la mia critica all'impostazione teorica seguita dalla Corte di Karlsruhe in quella sentenza in CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., p. 209 s.

²⁴ Ordinanza 15 dicembre 2015, causa 2 BvR 2735/14, *BVerfGE* 140, pp. 317-376; CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 59, 203-219.

²⁵ Ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, Gazzetta Ufficiale, 1. Serie speciale, n. 5, del 1° febbraio 2017. A quell'ordinanza risponde la sentenza della Corte di giustizia 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2017:936. Su quel confronto tra le due Corti cfr. i commenti svolti, nell'ottica del diritto internazionale collaborativo, in CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., pp.186 ss. V. inoltre ulteriori approfondimenti sulla sentenza della Corte in CORTESE, B., *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali...*, cit., p. 480 ss.

Penso ancora alle fughe in avanti delle corti supreme danese (*Ajos*)²⁶ e ceca (*Landtova*)²⁷ sul controllo degli atti *ultra vires* dell'Unione, e della sua Corte di giustizia in particolare. In quelle sentenze, l'unilateralismo posto alla base della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco viene assunto nella sua dimensione più radicale. Nel caso *Ajos*, questa è svincolata da qualsiasi giustificazione che non sia la cruda difesa della sovranità e il rifiuto della dimensione sovranazionale dell'ordinamento dell'Unione, insito nella *disapplicazione*, da parte di un giudice nazionale (supremo) dei principi e delle norme UE che istituiscono un diritto individuale²⁸. Nel caso *Landtova*, poi, tutto ciò si ritrova condito per di più da un forte riferimento simbolico all'identità fondativa della Repubblica ceca nella dissoluzione della Cecoslovacchia. La distinzione, nazionalistica, tra le due cittadinanze dei Paesi nati da quella dissoluzione è più forte della spinta unitaria data dalla comune cittadinanza dell'Unione (anche se, nel caso di specie, le disposizioni applicabili erano direttamente quelle regolamentari relative alla libera circolazione dei lavoratori, o degli ex lavoratori ora pensionati).

Questi passaggi manifestano il risorgere, almeno nella giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati membri, di un'impostazione di unilateralismo costituzionale²⁹ che mette a rischio la tenuta del nuovo ordinamento, la cui istituzione, prima, e il cui mantenimento, poi, sono invece perseguiti con coerenza e trasparenza dalla Corte di giustizia sin dalla sua giurisprudenza fondativa del 1963/64. Siffatti sviluppi della dimensione costituzionale (interna) mettono a rischio, in altre parole, il progetto costituzionale comune. Ciò avviene nonostante il fatto che quel progetto comune sia stato accettato da ognuno di quegli Stati, nei vari passaggi di modifica dei Trattati e della *membership* dell'Unione, come parte dell'*acquis*. Da ultimo rileva in questo senso la Dichiarazione 17 allegata al Trattato di Lisbona³⁰: si tratta di elementi, certo, della dimensione pattizia dell'Unione, confermati però dalle rispettive decisioni costituzionali interne di autorizzazione alla ratifica dei rispettivi Trattati.

²⁶ *Højesteret*, sentenza 6 dicembre 2016, 15/2014, *Dansk Industri acting for Ajos A/S*. In essa lo *Højesteret* rigetta la soluzione raggiunta, in merito al riconoscimento di effetto diretto al principio di non discriminazione in base all'età, nella sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2016, causa C- 441/14, *Dansk Industri*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2016:278.

²⁷ *Ústavní Soud*, sentenza 31 gennaio 2012, *Slovak Pensions*, Pl. ÚS 5/12, ECLI:CZ:US:2012: Pl.US.5.12.1. In essa la Corte ceca rifiuta di applicare il principio di diritto enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza 22 giugno 2011, causa C-399/09, *Landtová*, in *Raccolta*, 2011, p. I-5573. Sulla sentenza dell'*Ústavní Soud*, criticamente: KOMÁREK, J., in *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 323-337; Id., *Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution*, in STEINBEIS, M., KEMMERER, A., MÖLLERS, C., Hrsg., *Krise und Konstitutionalisierung in Europa*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 101-107.

²⁸ CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., p. 23 s.

²⁹ *Ivi*, p. 215 ss.

³⁰ Ancora *ivi*, pp. 50 ss.

5. Constitutional Pluralism

È opportuno ora spostarsi dalla giurisprudenza costituzionale al versante delle ricostruzioni teoriche enunciate da una parte non secondaria della dottrina. Si tratta, è vero, di una “fonte” sprovvista nell'immediato di alcun potere, ma capace in realtà di orientare lo sviluppo della prima, fornendo ad essa le basi teoriche per lo sviluppo di soluzioni giurisprudenziali “innovative”, come quelle che abbiamo già in parte ricordato. Il dato forse più significativo e preoccupante, in un'ottica pro-integrazione, è il successo oserei dire continentale delle teorie di c.d. *constitutional pluralism*³¹. Tali teorie tendono a ricostruire il fenomeno dell'integrazione europea come l'esito inevitabilmente precario del coesistere di diversi costituzionalismi, tendenzialmente posti sullo stesso piano: quelli nazionali e quello dell'UE³². Ciò che si rischia di perdere di vista, in tal modo, è però l'ancoraggio del sistema costituzionale comune nell'obbligo che gli Stati membri hanno congiuntamente assunto, sul piano internazionale, di consentire lo sviluppo del sistema dell'Unione come sistema di diritto interindividuale e il ruolo che essi hanno congiuntamente attribuito alla Corte di giustizia di unico arbitro dello sviluppo di quel sistema, compreso l'aspetto dell'estensione delle limitazioni di sovranità necessarie a consentire tale sviluppo. In questo senso, tali impostazioni rischiano di dar luogo a risultati internazionalmente illeciti. Anche dove questo non sia il caso³³, tali teorie sviscerano ingiustificatamente il dato pattizio.

Riprendendo per un attimo le considerazioni collegate alla sollecitazione esterna che ispira in qualche modo questo studio³⁴, non solamente l'impostazione di *constitutional pluralism* è strutturalmente inadatta a contrastare le derive del nazionalismo giuridico e politico. Essa le rende anzi più “attraenti”, banalizzando la violazione del diritto comune da parte degli Stati membri: per la maggior parte delle teorie che in quell'approccio si iscrivono, in caso di conflitto si tratta unicamente di constatare chi, tra la sfera del costituzionalismo nazionale e quella del costituzionalismo dell'Unione, ha la forza di prevalere, nei fatti. Inoltre, accettando di porre i termini

³¹ Per diffuse osservazioni ricostruttive e critiche sulle teorie nel complesso riconducibili all'idea di *constitutional pluralism* cfr. CORTESI, B., *L'ordinamento...*, cit., pp. 135-142.

³² Il riferimento è alle teorie di Neil MacCormick e ai molti che a quelle si sono accodati, pur a volte con importanti scostamenti quanto all'esito del conflitto tra i molteplici costituzionalismi coesistenti in Europa, come in particolare avviene nell'approccio di c.d. *multilevel constitutionalism* proposto da Ingolf Pernice. Del primo si vedano, tra i molti scritti, MACCORMICK, N., *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993, pp. 1-18; ed inoltre ID., *The Maastricht Urteil...*, cit, ed infine ID., *Questioning Sovereignty*, OUP, Oxford, 1999. Del secondo: PERNICE, I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703-750; ID., *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, pp. 541-562.

³³ Come negli approcci di Pernice e Poiars Maduro: v. *infra* alle note 35 e 36 e testo corrispondente.

³⁴ *Supra*, par. 2.

del confronto tra i diversi sistemi interindividuali e costituzionali in termini di mera giustapposizione, senza l'ancoraggio e il coordinamento offerti dal dato pattizio, si disegna un orizzonte ideologico nuovo (o, piuttosto, molto vecchio), nel quale il valore propulsivo delle scelte costituzionali interne non è più quello dell'integrazione ma è, piuttosto, quello della ricostituzione della sovranità nazionale.

Del resto, il prezzo per l'affermazione della preminente sovranità nazionale è, spesso, il sacrificio di diritti che il sistema comune attribuisce al singolo. Il risultato dello scontro tra sistemi costituzionali, non mediato dal diritto internazionale, risulta dunque regressivo, anche se considerato in un'ottica di diritto interindividuale (e, nei termini della questione di ricerca di questo studio, costituzionale): basti pensare al caso *Ajos* e, indirettamente, al caso *Landtova*.

Un approccio di *constitutional pluralism*, infine, non è appropriato neppure quando viene "piegato" ad obiettivi comunque pro-integrazionisti, poiché tale "forzatura" di una costruzione che si basa sul presupposto della mera giustapposizione di ordini costituzionali concorrenti avviene, nelle posizioni degli autori pro-integrazionisti, o sulla base di un principio, francamente lontano dalla realtà, di prevalente legittimazione democratica dell'Unione³⁵, o sulla base di un principio di preferenza meramente assiomatico³⁶.

L'approccio che si impone è piuttosto, come ho ricordato in apertura, quello del diritto internazionale collaborativo, che tiene conto appunto della duplice natura del fenomeno dell'integrazione attraverso il diritto nell'Unione europea: il diritto di un ordinamento interindividuale autocostituitosi, dotato di una dimensione costituzionale propria, il cui estendersi è però regolato dal diritto internazionale, e soggetto al controllo della speciale giurisdizione (al tempo stesso interna ed internazionale) a tal fine istituita dai Trattati: la Corte di giustizia.

³⁵ PERNICE, I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam...*, cit., p. 719 s. V. le convincenti critiche di BARENTS, R., *The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism*, in AVBELJ, M., KOMÁREK, J., *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, OUP, Oxford, 2012, p. 153-183, alle pp. 166-175. V. anche le mie osservazioni in CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., p. 140 s.

³⁶ È questo il caso dell'approccio di *contrapunctual law* di Poiares Maduro: POIARES MADURO, L.M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutionalism in Action*, in WALKER, N., ed., *Sovereignty in Transition*, OUP, Oxford, 2003, pp. 501-537. V. le critiche di BAQUERO CRUZ, J., *The Legacy of the Maastricht-Urteil...*, cit., p. 414, e di CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., p. 139; *ivi* ulteriori riferimenti.

6. Autonomia senza eccezionalismo: l'equilibrio tra elemento costituzionale ed elemento pattizio nella dimensione esterna dell'Unione

L'approccio del diritto internazionale collaborativo non può essere seguito solo dalle corti costituzionali o supreme nazionali. Esso deve piuttosto essere specularmente adottato dalla stessa Corte di giustizia. Ciò è vero anzitutto quando si tratta, da parte di quella Corte, di evitare, o depotenziare, conflitti straordinari con i sistemi costituzionali nazionali degli Stati membri dell'Unione, riconoscendo la coesistenza di una pluralità di sistemi giuridici interindividuali (e costituzionali), la natura culturale del diritto e dunque la necessità di un approccio sufficientemente flessibile al diritto comune³⁷.

La necessità per la stessa Corte di seguire un approccio basato sul riconoscimento della duplice natura del diritto dell'Unione, insieme interindividuale (costituzionale) ed internazionale si palesa però anche quando ci si pone il problema dell'autonomia dell'ordinamento (costituzionale) dell'Unione verso l'esterno³⁸. L'attenzione alla *duplice* natura del fenomeno dell'integrazione europea, infatti, servirebbe anche ad evitare inutili tendenze *eccezionaliste*³⁹ sul piano della tutela dei diritti fondamentali, nel momento in cui si discutono i rapporti tra Unione e sistema CEDU (Parere 2/13).

Da un lato vi è l'esigenza di preservare l'autonomia del sistema di diritto interindividuale dell'Unione⁴⁰, anche nella sua dimensione costituzionale relativa alla garanzia dei diritti fondamentali. Questa autonomia giustifica l'utilizzo di un approccio dualista nei rapporti tra ordinamento interindividuale UE e diritto internazionale ad esso estraneo. Si tratta dell'approccio che trova la sua dimensione più alta nell'adozione di una versione UE della teoria dei controlimiti con le sentenze *Kadi I* del 2008⁴¹ e *Kadi II* del 2013⁴² relative al rapporto tra sistema UE di tutela dei diritti fondamentali e sistema di sicurezza delle Nazioni Unite. Nella stessa ottica, l'autonomia del

³⁷ Su tali aspetti rinvio a CORTESE, B., *L'ordinamento...*, cit., p. 158 s.

³⁸ Si veda in particolare l'analisi che ho cercato di svolgere, in relazione al rapporto tra Carta dei diritti dell'Unione e Convenzione europea in CORTESE, B., *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali...*, cit., specialmente alle pp. 482-490.

³⁹ Cfr. IGNATIEFF, M., *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005; BRADFORD, A., POSNER, E., *Universal Exceptionalism in International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2011, pp. 1-54; LICKOVÁ, M., *European Exceptionalism in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2008, pp. 463-490; NOLTE, G., AUST, H.P., *European Exceptionalism?*, in *Global Constitutionalism*, 2013, pp. 407-436. Per una mia estesa valutazione della misura in cui è presente, e criticabile, l'approccio eccezionalista della Corte al rapporto con il sistema CEDU, presupposto almeno in parte dal Parere 2/13, v. CORTESE, B., *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali...*, cit., p. 485 ss.

⁴⁰ Da intendere anzitutto quale carattere originario di quel sistema, come illustrato in Premessa, *supra*, alla nota 10 ed al testo corrispondente.

⁴¹ Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat*, in *Raccolta*, 2008, p. I-6351.

⁴² Cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione e.a. c. Kadi*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2013:518.

sistema dell'Unione potrebbe adeguatamente essere perseguita, nei rapporti con la CEDU, tramite la valorizzazione del principio della fiducia reciproca - legata alla dimensione anche sovrana assunta dai poteri di governo degli individui da parte dell'Unione, unita ad un'eventuale esclusione di effetti diretti al sistema di controllo esterno⁴³.

Dall'altro lato, però, il sistema del diritto dell'Unione deve anche correttamente intendersi come diritto internazionale speciale in vigore tra i suoi Stati membri, che non può dunque modificare il diritto speciale in vigore tra quei primi ed altri Stati, non membri dell'Unione, com'è la CEDU.

Alla luce di tale considerazione, si comprende come un'aprioristica accettazione dell'adeguatezza del sistema UE da parte del sistema convenzionale - e dei Paesi terzi membri di quello - è pretesa inusitata, espressione di *eccezionalismo* nella forma di c.d. *exemptionalism*⁴⁴. La pretesa, espressa dalla Corte di giustizia nel Parere 2/13, di un'accettazione automatica dell'equivalenza del sistema di tutela UE a quello convenzionale implica infatti che un sistema di controllo *interno*, come è quello esercitato dalla Corte di giustizia nell'ambito dell'ordinamento interindividuale dell'Unione, dovrebbe determinare l'esclusione di qualsiasi controllo *esterno* sull'Unione. Non può essere questa, però, la conseguenza dell'autocostituzione del sistema giuridico interindividuale dell'Unione come sistema originario (o autonomo, com'è definito nella terminologia cara alla Corte), perché quell'autonomia si manifesta pur sempre a valle del sistema dei Trattati dell'Unione, come strumenti di diritto internazionale speciale⁴⁵: la coesistenza della dimensione pattizia e di quella costituzionale implicano, in questo contesto, che l'Unione non possa giocare da battitore libero, nella partita dell'adesione, ma debba accettare i termini pattizi preesistenti.

7. Dimensione pattizia e dimensione costituzionale: una relazione complessa anche attorno all'Unione – il perverso intreccio tra crisi, *troika* e nazionalismo

In quanto precede si trova conferma del fatto che la perdurante dimensione (anche) pattizia del diritto UE costituisce un elemento - non sufficientemente valorizzato né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza della Corte – capace di ridurre le tensioni che l'affermarsi di un sistema

⁴³ Più estesamente CORTESE, B., *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali...*, cit., p. 490 ss.

⁴⁴ Sul concetto IGNATIEFF, M., op. cit., p. 4.

⁴⁵ Per la dimostrazione di come sia la *rule of recognition* del sistema di diritto interindividuale dell'Unione, sia la sua *rule of change*, implicino l'apertura verso l'esterno e la piena considerazione degli obblighi internazionali assunti dai suoi Stati membri tramite, in particolare, l'adesione alla CEDU, cfr. estesamente CORTESE, B., *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali...*, cit., p. 487 ss.

costituzionale dell'Unione provoca tanto in relazione ai sistemi costituzionali degli Stati membri, quanto in relazione al sistema CEDU.

Parallelamente, però, esiste una dimensione internazionale pattizia delle relazioni tra Stati membri, e tra questi e le istituzioni UE, che non si pone a fondamento del sistema giuridico interindividuale dell'Unione, ma ai margini di esso (si potrebbe dire: una dimensione pattizia non *del* ma *attorno al* diritto UE). L'emergere di questa dimensione ha trovato accoglimento nella giurisprudenza della Corte da tempo risalente, ma ha ricevuto un impulso significativo nell'ultimo decennio. Penso in particolare a quei meccanismi (c.d. *troika* in testa) con i quali si è gestita la crisi dei debiti sovrani, ed in particolare la crisi del debito sovrano greco, al di fuori del sistema giuridico dell'Unione.

A tale proposito va osservato, in limine, che si tratta di un fenomeno di espansione della dimensione pattizia dell'Unione ben concepibile, nel quadro internazionale pattizio. Questo perché non vi è dubbio da un lato che le relazioni tra Stati sovrani, pur parte dell'Unione, possano continuare in una sfera esterna ad essa, benché con quella coordinata⁴⁶, né si può escludere dall'altro lato la legittimazione, in diritto internazionale, di un soggetto internazionale qual è l'Unione ad intessere un quadro di relazioni internazionali con altre organizzazioni (FMI) e i suoi stessi Stati membri, al di fuori degli stretti meccanismi dell'integrazione tra Stati all'interno di essa. Nondimeno tale evoluzione ha, nella sua parte relativa alla gestione della crisi dei debiti sovrani, rappresentato una sfida non sempre riconosciuta alla coerenza del sistema di diritto proprio dell'Unione, e ai diritti riconosciuti agli individui nella sfera interindividuale e costituzionale di quel sistema.

La fuga verso l'esterno del sistema dell'Unione che si è determinata in quel contesto ha infatti prodotto un doppio *vulnus* alla dimensione sia costituzionale sia pattizia del sistema dell'Unione: da un lato, ha portato all'adozione di una serie di misure capaci di ridurre in maniera radicale il godimento dei diritti sociali dei cittadini greci, fuori dal quadro della *rule of law* dell'Unione e senza la copertura democratica che i meccanismi dell'Unione avrebbero potuto almeno in parte garantire. Dall'altro lato, questa dimensione pattizia esterna al sistema UE ha fatto riapparire quegli approcci di politica di potenza nei rapporti tra Stati membri che i meccanismi comunitari erano riusciti per lungo tempo a tenere fuori dal sistema. Il tutto con la benedizione della Commissione: l'istituzione dell'Unione, cioè, chiamata tutelare l'interesse comune.

⁴⁶ Fenomeno del resto contemplato dallo stesso quadro pattizio fondamentale dell'Unione, come dimostra in modo indiretto l'art. 273 TFUE, relativo alla competenza per clausola compromissoria della Corte in relazione ad eventuali controversie tra Stati membri "in connessione con l'oggetto dei trattati".

La malaugurata gestione della crisi greca è, in altre parole, il frutto della sottovalutazione della peculiare interazione tra dimensione costituzionale e dimensione pattizia e l'abbandono di quell'equilibrio tra tali dimensioni, che il sistema dell'Unione aveva faticosamente raggiunto. Ciò ha contribuito in maniera determinante a far venir meno, agli occhi della grande massa dei cittadini dell'Unione non direttamente toccati dagli effetti positivi dell'integrazione europea, la legittimazione ideale di quel progetto, spingendoli, se così si può dire, tra le braccia dei nazionalisti. Al tempo stesso, non bisogna nascondersi come la rottura di quell'equilibrio sia stata in qualche misura il segno di un morbo autoimmune. Infatti, proprio la precarietà dell'equilibrio sinora raggiunto, che ancora consente in molti casi la prevalenza degli egoismi nazionali nel processo decisionale (specie quando sia necessario aggiornare gli impegni pattizi alla base di quello costituzionale), rende appetibili scorciatoie esterne al sistema: scorciatoie che si traducono però, a loro volta, in nuovi e ben più pericolosi nazionalismi di ritorno.

8. Dimensione pattizia e dimensione costituzionale nel momento del recesso dall'Unione – il rompicapo della Brexit

Oltre a ciò che accade *attorno* all'Unione, coinvolgendo a volte in modo spurio le stesse istituzioni europee, il delicato equilibrio tra dimensione costituzionale e dimensione internazionale pattizia, e il rischio di un riemergere dei nazionalismi latenti negli Stati membri, si impongono con forza di fronte all'ipotesi del recesso dall'Unione, e al di là di quanto previsto dall'art. 50 TUE. In contrasto con l'apparente semplicità di quel meccanismo internazionalistico, infatti, la dichiarazione di recesso del Regno Unito dall'Unione e la gestione successiva delle conseguenze di quella dichiarazione mettono in luce come la coesistenza delle due dimensioni dell'Unione, insieme pattizia e costituzionale, rendano il recesso un processo incredibilmente complesso dal punto di vista giuridico: processo in cui la dimensione internazionale pattizia, quella costituzionale interna e quella costituzionale comune si influenzano reciprocamente.

La decisione del governo britannico di procedere alla notifica della dichiarazione ex art. 50 TUE basandosi sui poteri della Corona inerenti alla gestione delle relazioni internazionali viene infatti sconfessata da *High Court*⁴⁷ e *Supreme Court*⁴⁸, sulla base dell'argomento che la partecipazione

⁴⁷ *England and Wales High Court*, ordinanza 3 novembre 2016, *Miller & Anor, R (On the Application Of) v The Secretary of State for Exiting the European Union* (Rev 1) [2016] EWHC 2768 (Admin).

⁴⁸ *United Kingdom Supreme Court*, sentenza 24 gennaio 2017, *Miller & Anor, R (on the application of) v The Secretary of State for Exiting the European Union* (Rev 3) [2017] UKSC 5.

all'integrazione europea ha dato luogo, per decisione costituzionale interna iscritta nello *European Communities Act 1972*, integrata nei suoi contenuti dal livello costituzionale comune e dal livello pattizio su cui quello si fonda, al sorgere di una serie di diritti individuali la cui modifica avrebbe richiesto necessariamente, per diritto costituzionale interno, un passaggio parlamentare. La dimensione interindividuale e in certa misura costituzionale del nuovo ordinamento richiede dunque, per la sua dissoluzione sul territorio di quello Stato membro, una decisione di rilievo costituzionale interno. Salvo poi esporre, in drammatici quanto inconcludenti passaggi parlamentari, la contraddizione tra l'apparente semplicità della decisione di relazioni internazionali, alquanto binaria (*leave or remain*), e la lacerante difficoltà della scelta (anch'essa internazionale, ma portatrice di importanti conseguenze costituzionali interne) sul *come* lasciare l'Unione. Non si tratta infatti di "*take back control*", come recitava lo slogan dei nazionalisti della piattaforma elettorale *Vote Leave*, ma di scegliere quali legami internazionali sostituire a quelli che costituiscono l'ossatura del sistema di diritto internazionale dell'Unione⁴⁹, chiarendo al tempo stesso se ed in che misura sostituire alle posizioni giuridiche garantite agli individui nel sistema di diritto interindividuale comune, più deboli garanzie di diritto interno, e quali obblighi e controlli internazionali accettare in relazione ad esse.

L'intersecarsi delle dimensioni internazionale pattizia e costituzionale nella decisione di recesso è del resto espressa anche nella sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Wightman*⁵⁰, relativa agli effetti e alla revocabilità della dichiarazione di recesso. In quell'occasione, l'interpretazione di un atto tipicamente appartenente alla dimensione pattizia e la determinazione dei relativi effetti, nel contesto del Trattato, è operata alla luce delle implicazioni costituzionali di quell'atto. La Corte, infatti, mette al centro del proprio ragionamento la natura della cittadinanza dell'Unione quale status fondamentale dei cittadini degli Stati membri, ma valorizza altresì l'interazione necessaria tra il livello pattizio e quello costituzionale interno, dove l'espressione democratica del secondo impone

⁴⁹ Anche l'eventuale *no-deal* Brexit, in questo senso, non potrebbe che essere fase intermedia (inutilmente dannosa) di un riaggiustamento successivo dei legami di collaborazione: lo provano le misure di natura temporanea predisposte dal legislatore dell'Unione per assicurare il perdurare dei più significativi legami di mercato interno nell'eventualità di un'uscita senza accordo. Si veda, per l'enunciazione di quelle misure, la Comunicazione 10 aprile 2019 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti "Affrontare le conseguenze di un recesso del Regno Unito dall'Unione senza accordo: la strategia coordinata dell'Unione Protezione dei dati Strategia coordinata in caso di recesso del Regno Unito dall'Unione senza accordo", doc. COM(2019) 195 final.

⁵⁰ Sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2018:999.

una determinata interpretazione del primo⁵¹. Un'interazione, questa, che avrebbe forse meritato un richiamo esplicito, nella motivazione, al principio democratico che (deve) informare l'intera Unione e (deve) essere condiviso dai suoi Stati membri, secondo l'art. 2 TUE, così da rendere esplicito che l'influenza del principio democratico, iscritto tra i principi fondamentali dell'Unione nel Trattato, è bidirezionale. Essa non deve procedere, dunque, solo dal sistema costituzionale nazionale a quello pattizio, per condurre ad un'interpretazione di questo che non sviscila una scelta democratica di ripensamento. Piuttosto, quel principio di fonte pattizia deve influire anche in senso inverso, così da pretendere che il recesso sia gestito, sul piano costituzionale interno, in modo coerente con il carattere anche costituzionale del sistema da cui si intende uscire. È quella direzione discendente che avrebbe giovato considerare, in effetti, nella discussione sulla sussistenza o meno del potere dell'esecutivo britannico di portare ad un'uscita senza accordo contro un'espressa risoluzione contraria del Parlamento stesso, o comunque del suo potere di sospendere il Parlamento per frustrarne il controllo e scongiurare un'eventuale censura⁵². Il fatto che le Corti britanniche si siano pronunciate, in materia, senza considerare che oltre alla dimensione costituzionale interna era coinvolta anche quella dell'Unione, è la conseguenza, oltre che dell'impeto dei tempi in cui erano chiamate a pronunciarsi⁵³, anche della mancata considerazione dell'obbligo, di fonte pattizia, di rispettare il principio democratico di cui all'art. 2 TUE, nel decidere un cambiamento tanto radicale per *tutti* i cittadini dell'Unione. Un'impostazione unilaterale della questione costituzionale è tanto più sciagurata, in quanto si pone in un momento storico in cui, invece, la predisposizione della Corte di giustizia a chiarire i legami tra l'art. 2 TUE e i diritti costituzionali dei singoli Stati membri, per il fatto stesso dell'appartenenza di quegli Stati all'Unione, è affermata con forza dalla

⁵¹ Si veda in particolare il punto 64 della motivazione, in cui la Corte richiama, per i cittadini degli Stati membri, la natura fondamentale dello status di cittadino dell'Unione, per argomentare subito oltre, al punto 66, circa la necessaria revocabilità della dichiarazione di recesso, ove lo Stato recedente dovesse manifestare, prima del prodursi del recesso nei termini fissati dall'art. 50 TUE, una volontà contraria "espressa in esito a un processo democratico conforme alle sue norme costituzionali".

⁵² È questo il contesto nel quale si inquadra la materia del contendere nei casi decisi dalla *Supreme Court* con sentenza 24 settembre 2019, *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) and Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, [2019] UKSC 41. Quei casi sono il frutto degli appelli presentati contro le contrastanti decisioni adottate l'11 settembre, rispettivamente, dalla *Scottish Court of Session* in grado d'appello, e dalla *England and Wales High Court* in primo grado, nei casi *Cherry, Reclaiming Motion by Joanna Cherry QC MP and Others against the Advocate General*, [2019] CSIH 49, e *Miller, R (On the Application Of) v The Prime Minister*, [2019] EWHC 2381 (QB).

⁵³ Dato dalla data necessità di giungere in tempi utili ad un verdetto della Corte Suprema: in *Cherry* la *petition per judicial review* è stata depositata il 30 luglio, rigettata definitivamente il 4 settembre in primo grado dalla *Outer House* della *Court of Session* e infine accolta in appello dalla *Inner House* l'11 Settembre. Un tale sviluppo procedurale ha escluso in radice la possibilità di una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia, coerentemente del resto con il fatto che nessuno dei ricorrenti ha utilizzato argomenti di diritto UE, diversamente da quanto era accaduto nel caso *Wightman*.

recente decisione sulla procedura di infrazione contro la Polonia per violazione dei principi dello Stato di diritto⁵⁴.

Il caso della Brexit ci dà del resto anche un'altra indicazione: una decisione frutto del prevalere dello spirito nazionalistico nel quadro costituzionale interno di uno degli Stati membri ha ricadute negative in molteplici direzioni. Il recesso dal Trattato, oltre ad allentare i legami instauratisi tra Stati membri nella dimensione pattizia, in una misura peraltro non chiaramente determinata, comporta una diminuzione di diritti costituzionali dei singoli, fondati tanto nella sfera del diritto nazionale, quanto in quella del diritto interindividuale UE. Esso conduce infatti alla dissoluzione del patrimonio costituzionale comune sia per i milioni di cittadini dell'Unione che hanno scelto di vivere in quello Stato membro, esercitando la libertà di circolazione loro riconosciuta in quanto cittadini di un'Unione che lo include(va), sia per i milioni di cittadini del Regno Unito che hanno esercitato la scelta di stabilirsi in uno Stato membro diverso, in quanto cittadini di quell'Unione. Ora, se la ricostituzione di legami analoghi, seppure attenuati, a quelli precedenti, sembra essere un inevitabile scenario dell'aggiustamento internazionale pattizio contestuale o successivo al recesso, la natura dei diritti individuali che potranno essere "rigenerati" in quel quadro ulteriore ne sarà inevitabilmente sminuita.

In conclusione, la considerazione delle diverse questioni poste dalla Brexit rende plasticamente l'idea di come, da un lato, la dimensione costituzionale, nell'Unione, poggia ancora necessariamente ma in modo precario su quella pattizia e di come, dall'altro lato, anche nel momento della risoluzione dei legami rispettivamente costituzionali e pattizi che formano l'essenza dell'integrazione europea, lo spirito nazionale e la scelta nazionalista non siano comunque più liberi di muoversi come se quel processo di integrazione non vi fosse mai stato. Con il risultato che la scelta nazionalista si riassume, per l'essenziale, in un peggioramento del patrimonio giuridico (costituzionale) degli individui, senza che la difesa del feticcio della sovranità popolare (malamente intesa come capacità di una *polis* nazionale di decidere senza vincoli esterni) benefici realmente, in termini giuridici, quel *popolo* che si vorrebbe onorare.

9. Conclusioni... astronomiche: l'Unione come sistema di interazioni gravitazionali

Tornando, in conclusione, all'ardua sfida di riflettere sul tema del rapporto tra dimensione pattizia e dimensione costituzionale nel momento attuale del processo di integrazione europea, e di far ciò

⁵⁴ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 24 giugno 2019, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2019:531.

considerando il cammino percorso dal continente dai tempi della grande guerra, cerco di riprendere in mano il paragone con l'altra riva dell'Atlantico, e con esso il gioco della similitudine scientifica, provando a rilanciarla dal terreno della fisica a quello dell'astronomia.

Ecco allora che, nelle due galassie che cerchiamo di confrontare, quella nordamericana e quella europea, gli scontri tra i corpi (non celesti, ma statali e sociali) hanno determinato esiti diversi, ma riconducibili ad una spiegazione coerente. La differenza sta tutta nella maggiore massa, e dunque forza gravitazionale, del centro dei rispettivi sistemi.

In questa similitudine la rivoluzione americana ha, si potrebbe dire, determinato la nascita di una Confederazione, e poi di una Unione, inizialmente instabile, perché due corpi di grande massa vi si affrontavano. Questi due corpi, scontrandosi nella guerra civile, hanno determinato una fortissima concentrazione, dove l'Unione, acquisendo massa dalla Confederazione, ha dato luogo ad una sorta di "buco nero", originato da quel sistema binario: gli USA, un sistema costituzionale capace di attrarre a sé tutto ciò che gira intorno, annullando le spinte centrifughe, contrasti razziali e sociali compresi.

L'incontro/scontro tra i corpi statali e sociali che si contrastavano nel continente europeo, per contro, non ha mai dato luogo ad un soggetto unitario (Unione) dotato di una massa così forte da annullare le spinte centrifughe: quei corpi incontrandosi non hanno generato un buco nero, ma piuttosto un sistema stella/pianeti, l'UE. In questo sistema l'equilibrio esiste, ma è un equilibrio molto più instabile di quello determinatosi nel sistema USA. Ognuno dei pianeti che formano quel sistema (gli Stati membri) è vincolato alla stella (l'Unione) e attraverso di essa è vincolato agli altri componenti del sistema, pur mantenendo la propria diversa orbita (formale indipendenza).

Se così è, la dimensione costituzionale è un po' come la radiazione solare, che unisce e beneficia tutti i membri di quel sistema. La dimensione pattizia, invece, è insieme la gravità che tiene unito il sistema, e il moto di quei corpi che lo compongono.

Quella radiazione e quella gravità, pur nel moto, non sono state sempre presenti in quel sistema. Continuando in questo gioco di allegoria scientifica, possiamo dire che, originariamente, gli Stati europei erano corpi che seguivano piuttosto moti erratici, ognuno definito da una logica propria (nazionalista), anche se portati a influenzarsi reciprocamente. In quella fase, i frequenti scontri davano luogo a nuovi corpi e ad equilibri reciproci diversi che, dato il disordine del moto del sistema, preludevano a nuovi scontri.

La grande guerra è uno di quegli eventi. Il suo esito furono nuovi nazionalismi e la premessa di un nuovo, ancora più devastante, conflitto.

Con la fine della seconda guerra e con la scelta di istituire le Comunità, invece, quel sistema di corpi disordinati ha finalmente trovato un centro di gravità comune, che è stato capace di ordinarne il moto: per l'appunto la Comunità, e poi l'Unione, in una duplice dimensione pattizia e costituzionale. I nazionalismi, però, non sono scomparsi: formano parte del nucleo di ognuno di quei corpi che hanno dato origine al sistema e possono essere rimessi in moto da eventi "catastrofici", come lo scontro con corpi il cui moto non è (o non è sufficientemente) influenzato dalla gravità del sistema dell'Unione (la grande crisi economica, o il referendum indetto per l'azzardo scellerato di un debole premier in veste di *Zauberlehrling*⁵⁵). Anche quando uno di questi eventi catastrofici viene a turbare la posizione di un singolo membro di quel sistema, però, la forza attrattiva (gravitazionale) dell'Unione è tendenzialmente troppo forte per consentire al membro colpito dalla pulsione nazionalista di lasciare propriamente il sistema: rimane nell'orbita esterna, incapace di andarsene definitivamente.

Altro sarebbe, invece, se gli eventi catastrofici si moltiplicassero, ed i nazionalismi prevalessero in un numero troppo grande di quei corpi ora tra loro legati, o in uno dei due corpi prevalenti da cui il sistema si è formato. Allora quel sistema potrebbe perdere definitivamente il suo equilibrio, poiché l'Unione, privata della sua massa critica, finirebbe per dissolversi... e vedremmo infine ritornare l'incubo della guerra. Perché la guerra, non dimentichiamocene, non ha smesso negli ultimi tre decenni di insanguinare anche il suolo europeo, appena fuori dai confini dell'Unione, dove i nazionalismi avevano ed hanno libero gioco: ex Jugoslavia, Georgia, Armenia, Ucraina sono lì a ricordarcelo.

⁵⁵ GOETHE, J.W. von, *Der Zauberlehrling (Ballade)*, in SCHILLER, F., Hrsg., *Musen-Almanach für das Jahr 1798*, 1798, J. G. Cotta, Tübingen, pp. 32-37. La copia elettronica dell'edizione originale conservata presso la Herzogin Anna Amalia Bibliothek di Weimar è accessibile liberamente via wikimedia commons su https://commons.wikimedia.org/wiki/Template:Schiller_Musenalmanach_1798#/media/File:Schiller_Musenalmanach_1798_A_005.jpg (visto in luglio 2019)