

**IL TERRITORIO FRA SOVRANITÀ STATALE E GLOBALIZZAZIONE DELLO SPAZIO ECONOMICO\*\***

*Sommario: 1. Prologo. Il territorio come nozione culturale e giuridica. 2. Il territorio nella Costituzione repubblicana. 3. I fattori di crisi della territorialità statale: 3.1. la dissociazione fra luoghi della politica e luoghi di formazione del diritto; 3.2. la tensione fra principio di mondialità, costitutivo della forma mercato e principio di territorialità, costitutivo della forma Stato; 3.3. la rivoluzione spaziale globale del Web. 4. "Miniaturizzazione" del territorio nazionale, disaggregazione dello Stato e riallocazione di poteri fra scale diverse di azione politica. 5. Le conseguenze della perdita di rilievo della territorialità politica statale: 5.1. Costituirsì dello spazio globale come "non luogo" omogeneo e isomorfo e sostituzione al civis di un cosmopolita del consumo. 5.2. Oscuramento dei criteri di legittimazione giuridica connessi al principio di territorialità. 5.3. Mutamento dei tradizionali criteri di legittimazione della normatività nel diritto globale a-territoriale. 6. Territorio e confine. 6.1. Confine territoriale come fattore identificativo del rapporto amico-nemico e despazializzazione dei teatri di guerra. 6.2. Crisi del confine territoriale, migrazioni di massa e ripensamento del limes nella prospettiva dell'universalismo dei diritti. 7. La prassi della teoria: il "territorio europeo" come problema. Lo spazio europeo fra interno ed esterno e il paradosso della "politicizzazione" delle Corti costituzionali. 8. La crisi della spazialità europea e la rivincita dei territori. 9. Sradicamento del diritto dallo spazio e riterritorializzazione del νόμος: fra nichilismo e giusnaturalismo storicista.*

**1. Prologo. Il territorio come nozione culturale e giuridica.**

L'uomo è un animale territoriale e la territorialità influisce sul comportamento a tutti i livelli dell'azione sociale. Non sorprende, perciò, che il territorio abbia uno statuto epistemico multiforme e che possa essere diversamente definito a seconda delle discipline che lo pongono ad oggetto della loro indagine: geografia fisica, geologia, psicofisiologia, antropologia sociale, geoeconomia, geopolitica, diritto. Così stando le cose, è vano muovere alla ricerca di una teoria generale unificatrice delle conoscenze umane sul territorio. Va anzi accolto il

---

\* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Teramo.

\*\* Relazione svolta in occasione del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, Università degli studi di Trento, 11-12 novembre 2016.

suggerimento dello storico dell'architettura André Corboz, secondo il quale esso, più che un concetto unitariamente definibile, costituisce piuttosto un "orizzonte di riferimento"<sup>1</sup>.

Anche nel più delimitato campo della riflessione giuridica, la pluridimensionalità della nozione che ci occupa emerge già nella duplice radice del lessema, che taluni rinvennero nel latino *terra*<sup>2</sup>, altri riconducono a *terreo* e a *territio*<sup>3</sup>. La prima ipotesi etimologica, di più intuitiva comprensione, fa riferimento all'elemento spaziale terrestre, distinto dal *solum*, che identifica il mero strato superficiale del terreno; la seconda indica invece l'attività consistente nell'esercitare su un determinato spazio un "dominio che atterrisce", un'autorità – per meglio dire – che si avvale della forza coattiva, della weberiana violenza legittima e che ha in sé il carattere della durezza, ad accogliere le più recenti ricostruzioni filologiche<sup>4</sup>. Il morfema "it", elemento di raccordo fra le componenti costitutive del sostantivo *territorium* (la radice *terr* – e il suffisso – *orium*) rende difatti plausibile la derivazione dell'intera formazione lessicale dalla forma verbale *terreo* e la colloca in ambito spaziale<sup>5</sup>. Induce, anzi, a preferire a *terreo* l'intensivo *territio*, nel quale è accentuato proprio il carattere della durezza stanziale<sup>6</sup>. Benché meno lineare dello scontato "terra", l'etimo *terreo-territio* evocherebbe, insomma, la stabilità del potere esercitato su una certa porzione di spazio. Questa ricostruzione trova so-

---

<sup>1</sup> A. Corboz, *Le Territoire comme palimpseste*, in *Diogenes*, 1983, n. 121, 14 ss.; ora ripubblicato in Id., *Le Territoire comme palimpseste et autres essais*, Verdier, Paris, 2001.

<sup>2</sup> Terra ha una più netta connotazione geografica, se è vero che rimanda a torreo (riscaldare), e si qualifica perciò in senso oppositivo rispetto all'astro (*sol*, *solis*) che la riscalda. La Terra, come pianeta riscaldato dal sole, è distinta dal *solum*, che indica ciò che si calca con i piedi. Di qui il nesso lucreziano "sola terrae" (*De rerum natura* II, 592), traducibile con "il suolo terrestre" (*sola* è infatti plurale poetico).

<sup>3</sup> Questa è l'accezione che si trova in Sesto Pomponio, *Liber singularis Enchiridii* 50, 16; nonché, in epoca medievale, in Cino da Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomii: id est Digesti veteris doctissima commentaria*, Francoforte sul Meno, 1578 (rist. anast. Torino 1964) e Bartolo da Sassoferrato, *In Secundam Infortiatam partem (commentaria)*, Venezia, 1575, L. pupillos, paragrafo *territorium*, Tit. *De verborum et rerum significazione*, che poneva in rilievo la correlazione esistente tra "populus" e "provincia". Fra quanti più di recente si sono occupati di territorio, l'etimo *terreo* viene preferito a *terra* da T. Perassi, *Sul concetto di ente territoriale*, in *Il Filangieri* 1913, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano vol. I, 1958, 115 ss., 126, nt. 18; E. Bonaudi, *Il territorio dello Stato (a proposito della "Città del Vaticano")*, in *Studi in onore di O. Ranelletti*, Cedam, Padova, 1931, vol. I, 28 e M. Manetti, *Territorio. I) Territorio dello Stato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXXV, Roma, 1994, 1.

<sup>4</sup> S. Elden, *The Birth of territory*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2013, 218 ss. e max. 221-222, prende in esame proprio il caso di *territorium* in relazione all'*usus scribendi* di Bartolo da Sassoferrato, riferendo al solo Pomponio la radice *terreo*. Sul punto, paiono da condividere gli spunti del filologo A. Maiuri, che ringraziamo per averci amichevolmente proposto la sua interpretazione. Secondo Maiuri, scindendo nel sostantivo *territorium* le sue componenti costitutive, l'etimo da *terreo* si fa più persuasivo rispetto a quello da *terra*. Se la parte iniziale, infatti, sembrerebbe raccordare il sostantivo tanto al primo quanto al secondo termine, c'è un morfema che tradisce piuttosto la provenienza dalla forma verbale: si tratta di *-it-*, l'elemento di raccordo tra il radicale *terr-* e il suffisso *-orium*. Se infatti alla base di *territorium* ci fosse il participio perfetto *territ-us*, da *terreo* appunto, avremmo spiegato la presenza del nesso *-it-*, inspiegabile con il solo ricorso al sostantivo *terra*. E d'altra parte l'evocazione di un ambito di appartenenza o di giurisdizione "su" qualcosa sarebbe opportunamente coperto dal suffisso *-orium*. A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*, Klincksieck, Paris, 1959, 687-688 tocca l'argomento, proponendo la radice *terr-* e legandola al suffisso *-torium* anziché a quello qui preferito di *-orium*, adducendo al riguardo casi analoghi come *dormitorium* e *praetorium* (nonché il macabro *obitorium*). Deve però rilevarsi in contrario, e dunque a sostegno della tesi del Maiuri qui patrocinata che, se davvero il suffisso fosse *-torium* (e non *-orium*), non sarebbe spiegabile, nella formazione lessicale completa (*territorium*) la presenza della *i*.

<sup>5</sup> Si confronti al riguardo il composto analogo *pro-mont-orium*, conservatosi nella nostra lingua in questo aspetto, mentre in latino si è leggermente oscurato il timbro della prima vocale (da o ad u).

<sup>6</sup> Come nel rapporto *habeo-habito*, in cui il senso del possesso si sostanzia, appunto, nella sua qualità di radicamento in un dato luogo.

stegno nella definizione del Digesto, secondo la quale “*territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis, quod magistratus ejus loci intra eos fines terrendi id est summovendi jus habent*”<sup>7</sup>. Viene qui in primo piano l’esercizio del potere di dominio e si evoca uno spazio sottomesso all’autorità, controllato e parcellizzato, suddiviso secondo le rispettive *jurisdictiones* degli organi di governo, *magistratus* avendo in questo contesto una latitudine di significato molto estesa e tale da ricomprendere, genericamente, i soggetti detentori del potere pubblico.

La compenetrazione concettuale fra *territorium* e *jurisdictio*, già presente in epoca romana, si rinnova e si complica nel Medioevo, quando il paradigma territoriale sul quale era per l’innanzi ordinato lo spazio si dimostra inadeguato a risolvere i conflitti insorgenti fra le diverse *dominationes* compresenti sulla stessa porzione di terra. Il medesimo spazio geografico è percorso da frontiere interne, corrispondenti ad altrettanti regimi giuridici particolari, differenziati, la cui dimensione non è sempre fissata secondo il μέτρον territoriale, ma viene ricavata da un elemento personale. Si pensi, ad esempio, alle *leges barbarorum*, applicabili, in base al codice teodosiano, *ratione personae* cioè prescindendo dall’insediamento in un *locus* o, emblematicamente, alle diocesi, definite non in base a confini fisici, ma all’estendersi dell’autorità vescovile sulla *plebs devota* riunita per la celebrazione del battesimo e dell’eucarestia<sup>8</sup>. “*Territorium non facere diocesim*”<sup>9</sup>. Il legame fra autorità della Chiesa e territorio viene mediato e anzi condizionato dall’elemento personale (la comunità di fedeli), che diviene fattore identificativo di un confine geograficamente incerto.

Si compie, già in questa fase, lo sganciamento del territorio dalla nuda materialità e oggettività fisica del *limes*, e la connessione di esso con l’esercizio di un’autorità personale; quella del vescovo, che esercita il suo magistero non su una terra che abbia fatto oggetto di apprensione materiale (e che è al contrario, solitamente, di proprietà di conti e viceconti), ma su fedeli che in quella terra esercitano il loro culto; o quella del giudice chiamato ad applicare regolazioni differenziate su base personale e non territoriale.

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

---

<sup>7</sup> Digesto, 50.16.239, §8.

<sup>8</sup> Come si legge nella lettera del Pontefice Gelasio I, *Fragmentum* 19, in Thiel, *Epistolae romanorum pontificum genuinae*, I, Brannenberg, 1868, 492-493. Sul “territorio” della diocesi, F. Mazel (a cura di) *L’espace du diocèse. Genèse d’un territoire dans l’Occident médiéval (Ve-XIIIe siècle)*, PUR, 2008; e in particolare M. Lauwers, *Territorium non facere diocesim...Conflicts, limites et représentation territoriale du diocèse (Ve-XIIIe siècle)*, 31 ss.; S. Patzold, *L’archidiocèse de Magdeburg. Perception de l’espace et identité (Xe-XIe siècle)*. Sul peculiare valore del paradigma territoriale in istituzioni, come la Chiesa, prive di territorialità, v. P. Biscaretti di Ruffia, *Territorio dello Stato*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 334 ss.

<sup>9</sup> Questo il titolo del contributo di M. Lauwers, citato nella nota precedente.

caratterizzazione etnico-morale dei territori che, con l'affermarsi del principio di nazionalità, si arricchirà di un denso significato politico<sup>10</sup>.

Il diritto positivista della modernità, in ragione della sua elevata astrattezza, non è stato sempre capace di cogliere le molteplici sfumature e le dense implicazioni culturali rivelate dalla storia del concetto di territorio e di rappresentare la dualità in esso presente fra la dimensione artificiale di uno spazio vuoto, neutro, una porzione inqualificata della crosta terrestre sulla quale si esercita l'autorità politica e la dimensione concreta di luogo "identitario, relazionale e storico"<sup>11</sup>, che condiziona – secondo la lezione di Montesquieu<sup>12</sup> – gli stessi modi di organizzazione politica della comunità su di esso insediata.

In particolare, la dottrina giuridica formatasi attorno al paradigma concettuale dello Stato-nazione ha generalmente disconosciuto – con notevolissime, celebri eccezioni (Smend, Heller, Schmitt per tutti) – la dimensione cultural-identitaria del territorio, incentrandone tutta intera la nozione sulla sovranità statale e sui poteri ad essa consustanziali e da essa discendenti<sup>13</sup>. Tanto da fare dello spazio territoriale un effetto riflesso dell'*imperium* e da giungere – nel pensiero rivoluzionario francese – a negare ogni pluralismo territoriale, considerandolo incompatibile con l'unità e indivisibilità del potere sovrano. Così – si perdoni la sintesi davvero brutale – il territorio è stato variamente definito, fra l'Ottocento e il Novecento: come *res*, esteriore allo Stato e oggetto di un diritto reale di contenuto dominicale (*Eigentumstheorie*)<sup>14</sup>; come elemento costitutivo e qualità immanente dello Stato (*Eigenschaftstheorie*)<sup>15</sup>, che su di esso vanterebbe un diritto assoluto di natura personale<sup>16</sup>; come campo di estensione e dunque limite esterno del potere sovrano<sup>17</sup>, secondo la teoria della compe-

---

<sup>10</sup> Per una ricostruzione storica sull'affermarsi del principio di nazionalità e l'identificazione fra Nazione e Stato, per tutti, F. Chabod, *L'idea di nazione*, Laterza, Roma-Bari, 1961, 61 ss.

<sup>11</sup> Come lo definisce l'antropologo Marc Augé, *Nonluoghi. Introduzione a un'antropologia della surmodernità*, Eleuthera, Milano, 2005, 71.

<sup>12</sup> C. L. de Secondat (Montesquieu), *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot & Fils, 1748, XIX, § 4 ss.

<sup>13</sup> Un passo non decisivo, ma importante, verso "l'astrattizzazione" del concetto di territorio è compiuto dalla dottrina francese di inizio Settecento, la quale, nell'intento di giustificare razionalmente il potere per emanciparlo da ogni legittimazione di tipo trascendente, ne svaluta l'ancoraggio alla terra. Per tutti: M. Belissa, *Fraternité universelle et intérêt national (1715-1795): Les cosmopolitiques du droit des gens*, Kimé, Paris, 1998.

<sup>14</sup> Per la tesi proprietaria, per primo P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, Laupp, Tübingen, 1876, 133 ss.; per l'Italia: U. Forti, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Arch. dir. pubbl.* 1902; E. Bonaudi, *op.cit.*, 57 ss. Più sfumata la teoria di Donato Donati, il quale, in *Stato e territorio*, Athenaeum, Roma, 1924, 59 ss. e *max* 60, perfeziona la teoria proprietaria distinguendo la potestà di imperio come potestà sugli individui dalla potestà di dominio sul territorio, rilevante sul piano internazionale e quindi "perfettamente conciliabile con la simultanea proprietà dei privati su parti del territorio".

<sup>15</sup> K.V. von Fricker, *Vom Staatsgebiet* (1867), in *Gebiet und Gebietshoheit: mit einem Anhang vom Staatsgebiet*, Laupp, Tübingen, 1901, 100 ss., per il quale il territorio è semplicemente lo Stato nella sua manifestazione spaziale; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, III ed., 1928, 394 ss.

<sup>16</sup> S. Romano, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Arch.dir.pubbl.* 1902, 114 ss., nonché Id., *Il Comune. Parte generale*, Società editrice libraria, Milano, 1908, movendo dalla concezione dello Stato come entità reale e concreta, vede nel territorio una parte della struttura materiale dello Stato, e pone perciò la loro relazione in termini di "essenza" e non invece di "dominio", non potendo appartenere a un soggetto ciò che è parte integrante di esso. In questo modo Romano fa del territorio l'oggetto di un diritto dello Stato sulla propria persona (un diritto della personalità), con ciò, secondo I. Ciolli, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010, 53 e spec. 54 nt. 125, qualificandolo problematicamente come elemento interno e, al contempo, esterno allo Stato.

<sup>17</sup> E. Radnitzky, *Die rechtliche Natur des Staatsgebietes*, in *Archiv für öffentliches Recht*, XX (1906), 313 ss. Annota W. Schönborn, *La nature juridique du territoire*, in *Académie de Droit international. Recueil des cours*,

tenza (*Kompetenztheorie*) esposta da Radnitzky e condotta al punto di massima compiutezza teorica da Kelsen<sup>18</sup>.

Se per l'innanzi – nella teoria della proprietà come in quella della qualità – il territorio era assunto comunque nella sua materialità, fosse oggetto di diritti proprietari o risultasse una qualità essenziale dello Stato nella sua concretezza fisico-geografica, nella teoria della competenza, e in ispecie nel normativismo puro kelseniano, esso viene de-materializzato, assunto come entità noetica, deprivato di ogni valore identitario e culturale e ridotto a “*Geltungsbereich von Rechtsnormensystemen*”<sup>19</sup>, e quindi a mera derivazione logica della normatività.

Sarà questa definizione del territorio come ambito di signoria<sup>20</sup> a risultare dominante nella dottrina dello Stato novecentesca, imponendosi sulle visioni di Smend<sup>21</sup> e di Heller<sup>22</sup>, che valorizzavano la forza integrativa del radicamento territoriale e quindi la connessione fra territorio e popolo, e soprattutto vincendo le fascinazioni suggestive della *Landnahme* schmittiana come ordine concreto dei rapporti sociali, scaturigine della normatività (*Ordnung da Ortung*), piuttosto che suo oggetto<sup>23</sup>. Il fondamento della giuridicità è infatti, nella dottrina pura di Kelsen, in una *Grundnorm* ipoteticamente postulata, che può fare a meno di ogni contatto con la fattualità, simbolica o mitizzata, di un'originaria conquista della terra<sup>24</sup>. E così, laddove nel decisionismo schmittiano c'è concretezza, legame tellurico, in Kelsen e nei suoi epigoni c'è separatezza dalla terra, prevalenza degli elementi immateriali sugli elementi fisici o culturali, e perciò primato dell'elemento politico, di una volontà sovrana che non incontra limiti nell' *ἔθνος* o nella storia<sup>25</sup>.

---

1929, V, 30, 118, a commento della tesi di Radnitzky: “*le point de départ, le concept primordial est celui de “souveraineté territoriale”, le territoire lui-même n'étant que le concept secondaire*”. La teoria di Radnitzky è applicata nell'ambito del diritto internazionale da W. Henrich *Theorie des Staatsgebiets entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson*, Hölder Pichler Tempsky, Wien - Leipzig, 1922, nonché *Kritik der Gebietstheorien*, in *Zeitschrift f. Völkerrecht*, XIII, 1926, 28 ss.; e A. Verdross, *Staatsgebiet, Staatengemeinschaftsgebiet und Staatengebiet*, in *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, vol. XXXVII (1927), 293 ss.; Id., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Berlin, 1926, 163 ss.

<sup>18</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1925, 137 ss.; Id., *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, 1926, 27 ss.

<sup>19</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 147.

<sup>20</sup> È T. Perassi, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.* 1912, 151 ss. a vedere nel territorio non un'estensione di superficie terrestre, ma un ambito di signoria su uno spazio, identificando nello Stato la sfera di azione politica del popolo e con ciò dando rilievo anche all'elemento personale della statualità. Nel saggio *Sul concetto di ente territoriale*, cit., 117 Perassi porrà peraltro in rilievo l'intima penetrazione fra comunità politiche e terra, tanto da affermare che: “gli attributi della terra si fanno attributi dell'ente”.

<sup>21</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, 53 ss., per il quale il territorio non è mero spazio fisico, ma fattore di integrazione culturale, decisivo per la costruzione dell'identità del popolo.

<sup>22</sup> H. Heller, *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934, 139 ss., ove si riflette sulle condizioni naturali e culturali dell'unità statale.

<sup>23</sup> Si fa ovviamente riferimento alla capitale opera di C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot, Berlin, 1950. L'irriducibilità del termine tedesco *Land* alla pura terra è attestata da F. Kluge nella voce *Land* dell'*Etymologisches Wörterbuch des Deutschen Sprache*, Trübner, Straßburg, 1899, 343, esso individua in prima battuta un terreno dissodato, ma anche uno spazio di vita e un mezzo di sostentamento per la comunità umana che lo popola.

<sup>24</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Leipzig-Wien, 1934.

<sup>25</sup> Sul punto, utili riflessioni in F. Volpi, *Il potere degli elementi*, postfazione a C. Schmitt, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, trad.it. di G. Gurisatti, Adelphi, Milano, 2002, 137 ss.

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

Nei successivi sviluppi teorici, si sono sviluppate tesi mediane fra le ricostruzioni polarmente opposte di Schmitt e Kelsen, assumendo il territorio come presupposto di fatto *a priori* dell’istituzione statale e perciò, schmittianamente, “fisicità terrestre giuridicamente rilevante”<sup>26</sup> e al contempo intendendolo, kelsenianamente, come elemento immateriale consistente nell’esercizio della sovranità su un dato spazio.

Non è stata del tutto dissolta, tuttavia, la complessità della nozione, che resta in perenne, invincibile tensione fra l’ontologia sociale<sup>27</sup> e la dottrina dello Stato: fra il territorio percepito come fatto sociologico e concrezione storica e il territorio concettualizzato, allegorizzato, reso artificiale per ridurlo alla dimensione giuridica.

La Costituzione repubblicana ci consegna una nozione poliedrica di territorio, che, senza sovrapporsi ad alcuna delle tesi sopra rapidamente enunciate, ne offre una sintesi feconda e ne propone una lettura ermeneutica evolutiva: da un lato, negli artt. 5, 9, 117, 132 e 133 sostituisce all’unitario riferimento al territorio la triade concettuale territorio-paesaggio-ambiente, così afferrandone il valore storico-culturale; dall’altro, negli articoli 2, 10, e 11 sancisce la tutela dei diritti e la promozione della pace e della giustizia dal legame esclusivo con la sovranità statale e li proietta oltre il rapporto di cittadinanza e i confini della territorialità politica.

## 2. Il territorio nella Costituzione repubblicana

Il “territorio dello Stato” non è mai testualmente evocato nel testo costituzionale, che preferisce il ricorso alla locuzione “territorio nazionale” (art. 16, primo comma; 117, secondo comma, lett. *m*, 120, primo comma) o a quella sinonima di “territorio della Repubblica” (art. 10, terzo comma; 16, secondo comma) per designare lo spazio di esercizio di libertà costituzionali che lo Stato deve assicurare in modo indifferenziato a tutti i cittadini anche compiendo incursioni – in via sostitutiva – negli spazi di autonomia degli enti territoriali substatali (art.

---

<sup>26</sup> Così G. D’Alessandro, *Istituzioni e territorio*, in E. Cuccodoro, *Il territorio misura di sovranità*, Mandese, Taranto, 2016, 24-25. Che il territorio sia condizione *a priori* dello Stato e pure oggetto della specifica sovranità (la sovranità territoriale) che connota indefettibilmente l’ordinamento giuridico statale è sostenuto da vasta dottrina. Per tutti, V. Crisafulli, *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 35 ss.; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1998, 105 ss.

<sup>27</sup> Intesa come la scienza che indaga il rapporto fra entità materiali ed entità istituzionali, nella prospettiva di D. H. Ruben, *The Metaphysics of the Social World*, Routledge, London, 1985; e J.R. Searle, *The Construction of Social reality*, Free Press, New York, 1995.

120, primo comma). Di territorio, pur senza citarlo, si avverte però l'eco già nell'art. 5 Cost., ove si enuncia il principio fondamentale di unità e indivisibilità della Repubblica. La non divisibilità si traduce infatti nell'assoluto e insuperabile divieto di frammentare o dividere il territorio nazionale in più territori autonomi, e dunque di costituire, in seno all'unitario e indivisibile Stato italiano, Stati indipendenti e sovrani, che da questo si distacchino per secessione<sup>28</sup>. Intesa come infrazionabilità del territorio statale, l'indivisibilità non implica, tuttavia, anche l'indisponibilità o immodificabilità assoluta dei confini territoriali<sup>29</sup>. L'art. 80 Cost., infatti, prevede che con legge formale del Parlamento possa autorizzarsi la ratifica di Trattati che importino "variazioni di territorio", e dunque consente non solo ampliamenti, ma anche riduzioni dello spazio territoriale sul quale si esercita l'autorità sovrana dello Stato italiano. Ne deriva che il principio di indivisibilità non ha quale suo corollario logico l'improponibilità giuridica di ogni e qualsivoglia atto di disposizione da parte dello Stato italiano di porzioni più o meno estese del proprio territorio, ma allude, più che all'intangibilità fisica di uno spazio territoriale, all'indivisibilità del potere sovrano dello Stato e, mediatamente, all'unità politica del popolo italiano. Questo è il valore primario da preservare, ed è l'*ensemble* dell'unità fisico-territoriale e politica della Repubblica italiana a definire la cornice entro la quale si iscrive la proclamazione, nel medesimo art. 5, dei principi di autonomia e di decentramento.

Detti principi informano l'organizzazione della funzione amministrativa e legislativa e autorizzano opzioni legislative orientate al più ampio pluralismo territoriale e istituzionale, facendo dell'unità nazionale l'esito di un processo di ricomposizione dinamica di visioni territorialmente differenziate del *bonum commune* e perciò negando ogni equivalenza fra unità ed uniformismo. In tal senso gli enti territoriali autonomi sono rifrazione del principio democratico e della sovranità popolare<sup>30</sup>; e tuttavia è loro precluso agire nelle forme proprie ed infungibili della sovranità territoriale<sup>31</sup> perché ciò comprometterebbe – appunto – l'unità politica del popolo italiano, indivisibile come lo sono le *Schicksalgemeinschaften*. Il riconoscimento di forme di autonomia territoriale, che può portare nel corso storico a variabili modalità di ripartizione dei poteri politici fra centro e periferia, trova, dunque, il suo limite interno nella conservazione dell'unità territoriale, non assunta – già nell'art. 5 Cost. – soltanto nella sua

---

<sup>28</sup> Il rilievo è comune in dottrina cfr., *ex plurimis*, G. Pastori, *Unità nazionale, autonomie e federalismo*, in *Le Regioni*, 1995, 71; L. Paladin, *Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Mazzotti di Celso*, Giuffrè, Milano, 1995, 369 ss.; Id., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Il Mulino, Bologna, 2008, 176; R. Bifulco, *Art. 5*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 137; G. Pistorio, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 1/2005, 7 ss. ed è avvalorato dalla giurisprudenza costituzionale: *ex plurimis*, sentt. nn. 496 del 2000; 303 del 2003, 118 del 2015. Articolata la posizione di C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana - Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 72 ss., che considera elastico il limite dell'unità, inderogabile anche da parte del legislatore di revisione costituzionale il vincolo della indivisibilità.

<sup>29</sup> Fra le Costituzioni dell'Occidente, in ordine alla disciplina del territorio e dei confini, si vedano: art. 53 Cost. Francia; art. 3 e 102, comma 2, Cost. Austria; art. 167 Cost. Belgio; art. 94 Cost. Spagna.

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 106/2002.

<sup>31</sup> Fra le molte, si vedano esemplarmente le sentenze nn. 106 e 306/2002 sul carattere infungibile e caratterizzante del *nomen* Parlamento e della rappresentanza parlamentare, e n. 365/2007 sulla pretesa "sovranità del popolo sardo".

fisica materialità, ma avvinta piuttosto all'unità del potere popolare sovrano in un inscindibile nesso di condizionalità reciproca<sup>32</sup>.

La concezione culturale e non meramente fisico-geografica del territorio, racchiusa come in un bozzolo nel principio di unità e indivisibilità repubblicana, si disvela pienamente nella formulazione dell'art. 9 Cost., che affida alla Repubblica, nella complessità delle sue articolazioni organizzative e istituzionali, il compito di tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Il richiamo al paesaggio come "forma del territorio", sagomato dalla comunità umana che vi è insediata e dunque frutto dell'interazione fra uomo e natura, accosta la nozione di territorio a quella di ambiente – che senza l'attività antropica è del tutto inconcepibile – ed impegna la Repubblica ad assicurare "la tutela del patrimonio culturale nazionale e la tutela dell'ambiente, ad assecondare la formazione culturale dei cittadini e ad arricchire quella esistente, a realizzare il progresso spirituale e ad acuire la sensibilità dei cittadini come persone"<sup>33</sup>.

Lo spazio materiale e inanimato della terra, che pur forma l'ambito in cui le istituzioni repubblicane dispiegano la loro azione politica, si connette nell'art. 9 Cost. all'incessante opera conformativa dell'uomo, e dunque si lega alla storia e alla cultura della comunità che lo abita. Il territorio, modellato dall'attività antropica in "paesaggio" e dunque in *prodotto della cultura* (qui più che mai etimologicamente "*coltura*" come *coltivazione del terreno*) diviene oggetto di un apprezzamento costituzionale quale valore da conservare e da promuovere; e viene felicemente collocato, quale oggetto di tutela statale, al fianco del patrimonio storico e artistico della Nazione italiana<sup>34</sup>. Così istituendo una connessione fra lo *spazio* in cui si svolgono i processi di creazione di senso e di identità (il territorio-paesaggio) ed il *tempo* che quell'identità stabilizza in memoria e accumula in un patrimonio che alimenta i processi di socializzazione culturale necessari alla formazione di un popolo. Ripensato in una dimensione dinamica, non inerziale, che lo personalizza e vi annette individualità storica e identità culturale, il territorio viene a porsi come limite alla direzione politica dello sviluppo economico-sociale<sup>35</sup>. Le forme esteriori in cui il progresso si manifesta, infatti, devono conciliarsi con i valori culturali di cui il territorio è deposito, delle identità storicamente sedimentate in esso, della memoria di cui esso è veicolo; e la Repubblica è tenuta a rispettarle perché in quel deposito di memorie vi è un elemento essenziale dell'appartenenza civica, se non addirittura della dignità umana<sup>36</sup>. "Distruocere" il territorio, stravolgerlo oltre i limiti ragionevolmente dettati dal corso delle scienze e dell'evoluzione tecnica, anche semplicemente abdicando al do-

---

<sup>32</sup> Afferma C. Esposito, *Autonomie locali*, cit., 72: «nella ripartizione politica dei poteri tra centro e periferia (...) non deve andare perduta l'unità politica dell'Italia».

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 388/1992.

<sup>34</sup> Fra i molti contributi, F. Merusi, *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1975, 445 ss.; A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969, 3 ss.

<sup>35</sup> F. Merusi, *op.cit.*, 446, secondo il quale l'art. 9, affidando alla Repubblica la tutela del paesaggio, "ambisce a imporre una valenza culturale all'intero sviluppo economico-sociale, secondo moduli (...) umanistico-rinascimentali".

<sup>36</sup> Questa la posizione di G.M. Flick, *Elogio del patrimonio*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2016, 15.



vere costituzionale di “governarlo” nel rispetto del contesto storico-culturale<sup>37</sup> e delle identità locali, significherebbe, dunque, disperdere il sostrato necessario a ogni collettività umana che ambisca a porsi come comunità politica, riconoscendosi in un comune passato e proiettandosi verso un comune futuro. In questa prospettiva di valorizzazione storico-culturale del territorio può spiegarsi anche la prevalente interpretazione giurisprudenziale della materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” come di una competenza trasversale, un campo di estensione sul quale insistono interessi diversi, alla cui realizzazione devono poter concorrere, ciascuno nel proprio ambito e nei limiti delle rispettive attribuzioni costituzionali, Stato e Regioni<sup>38</sup>. Più che una materia, dunque, un *valore* costituzionalmente protetto<sup>39</sup>.

A chiudere l’insieme compatto e coerente delle previsioni costituzionali testualmente dedicate al territorio stanno gli artt. 132 e 133, che, ai fini della modifica territoriale di Regioni ed enti locali, pongono come indefettibile requisito procedimentale lo svolgimento di un referendum approvativo (così per la fusione di Regioni, la creazione di nuove Regioni o il distacco di Province o Comuni da una Regione per aggregarli ad altra) o comunque la consultazione delle popolazioni interessate (tale è il caso dell’istituzione di nuovi Comuni o di modifica delle circoscrizioni comunali). Questo aggravamento procedurale, che si applica anche alla “già aggravata” legge costituzionale, sembra potersi plausibilmente giustificare con l’argomento che l’appartenenza a un dato territorio è elemento a tal punto decisivo per l’edificazione dell’identità personale e l’elaborazione di valori collettivi che la delega politica alle istituzioni rappresentative (Parlamento o Consiglio regionale) deve essere integrata dalla manifestazione diretta, non mediata, della volontà popolare<sup>40</sup>. Le forme della democrazia rappresentativa incontrano il loro limite nelle quote non delegabili di sovranità che restano in capo ai singoli quando siano messe in gioco sfere decisive del loro mondo vitale, quali, per l’appunto, le dimensioni e i confini della comunità di appartenenza.

La concezione di territorio come prodotto della cultura, quale emerge dalla connessione sistematica delle sopra richiamate disposizioni costituzionali, trova risonanza nelle più avanzate dottrine giuridiche dello Stato costituzionale, che elaborano le loro posizioni movendo da una revisione concettuale del paradigma statualista<sup>41</sup>. Questo cambio di orizzonte ermeneutico è evidente in modo esemplare in posizioni pionieristiche come quella di Peter

---

<sup>37</sup> Come richiede espressamente l’art. 117 Cost. affidando allo Stato la competenza a dettare in materia le norme di principio.

<sup>38</sup> Fra le moltissime: sentt. nn. 210/2016, 210/2014, 246/2013, 171/2012, 12/2009, 14/2008, 378/2007, 187/2011, 182 e 183/2006.

<sup>39</sup> La giurisprudenza costituzionale, che già anteriormente alla riforma costituzionale del 2001 definiva l’ambiente come un “valore”, più che una materia (C. cost. sentt. nn. 151/1986, 641/1987), ha confermato questa sua posizione anche dopo che l’art. 117 novellato ha attribuito allo Stato la competenza legislativa esclusiva in tema di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema (la prima di una lunga teoria di pronunce sul tema è C. cost., sent. n. 407/2002).

<sup>40</sup> Analoghe forme aggravate sono previste in altri ordinamenti costituzionali (cfr. art. 29 LF tedesca; art. 141 e 148 Cost. Spagna, art. 3 e 120 Cost. Austria, Cost. Svizzera art. 53, art. IV sez, 3 Cost. USA). Va segnalato inoltre l’art. 5 della Carta europea dell’autonomia locale (sottoscritta a Strasburgo il 15 ottobre 1985), ove si prescrive che: “Per ogni modifica dei limiti locali territoriali, le collettività locali interessate dovranno essere preliminarmente consultate, eventualmente mediante referendum, qualora ciò sia consentito dalla legge”.

<sup>41</sup> È questo il *fil rouge* dell’ampia trattazione di A. Di Martino, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010.

Häberle<sup>42</sup>, che ha elaborato una dottrina della Costituzione “permeata dal punto di vista testuale dalla scienza della cultura”<sup>43</sup>. Il giurista tedesco, nel raccogliere e sviluppare intuizioni di Rudolf Smend<sup>44</sup> e Hermann Heller<sup>45</sup> in ordine alla forza di integrazione materiale e simbolica del radicamento territoriale, ha proposto una riforma dei tre tradizionali elementi dello Stato (popolo, governo e territorio), individuando nella cultura il “quarto elemento” della statualità e ripensando la nozione di spazialità politica. Nell’attuale fase di sviluppo storico dello Stato costituzionale – argomenta Häberle – il territorio non tollera di essere ridotto alla rude materialità fisica della terra o all’astratta artificialità di un campo di vigenza normativo, e va inteso piuttosto come uno spazio culturale che forma la “base dell’identità culturale e dell’individualità storica dello Stato”<sup>46</sup>. Un “terreno sicuro, culturalmente formato” sul quale poggiano le libertà fondamentali; un “*valore della costituzione*” da conquistare e realizzare continuamente, preservandolo nel corso del tempo<sup>47</sup>. Non, dunque, un elemento algido, inerte, preesistente ed esterno allo Stato, ma un prodotto della cultura, costituito attraverso il lavoro continuo dell’uomo e delle istituzioni, che diviene esso stesso “una parte di costituzione vivente” e una componente della *Costituzione come cultura*<sup>48</sup>.

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

Al territorio-valore, che è compito dello Stato preservare in vista della conservazione della specifica individualità storica e identità culturale di una comunità politica<sup>49</sup>, non si attaglia, infatti, la logica propria del territorio-oggetto di diritti dominicali. Proiettandosi sulla sua immagine costituzionale la tutela della natura e dell’ambiente (cioè dei “fondamenti naturali della vita”)<sup>50</sup>, esso si lega intimamente alle popolazioni che lo abitano e ai diritti collettivi indivisibili di queste di disporre per le generazioni a venire delle risorse che il territorio offre. In questa prospettiva, la pretesa dello Stato di esercitare diritti sul proprio territorio può trovare giustificazione solo “trattandolo come il rappresentante legittimo della popolazione” insediata su quella data porzione di terra<sup>51</sup>. I diritti territoriali, distinguibili in “diritti di giurisdizione” (cioè

---

<sup>42</sup> P. Häberle, *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2000, 1 ss.

<sup>43</sup> P. Häberle, *Stato costituzionale*, cit., 8.

<sup>44</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., 53 ss.

<sup>45</sup> H. Heller, *Staatslehre*, cit., 139 ss..

<sup>46</sup> P. Häberle, *Stato costituzionale*, cit., 3; ma riflessioni analoghe erano state già sviluppate in Idem, *Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre*, in *Festschrift fuer Batliner*, Basel, 1993, 397 ss.

<sup>47</sup> P. Häberle, *Stato costituzionale*, cit., 7, ove si afferma: “Ogni Stato costituzionale si appropria continuamente del proprio territorio che così diviene cultura”. Cultura nel senso in cui ne parla L. Gallino *Cultura, ad vocem*, in Id., (a cura di), *Diz. di Sociol.*, Torino 2006, 185 ss.

<sup>48</sup> P. Häberle, *Stato costituzionale*, cit., 8.

<sup>49</sup> Identità culturale che è costituisce a sua volta l’oggetto di un vero e proprio diritto, secondo l’analisi di Y.M. Donders, *Toward a right to cultural identity?*, Antwerpen - Oxford - New York 2002, 327 ss.

<sup>50</sup> L’espressione si rinviene nell’art. 20 a della Legge fondamentale tedesca, il quale recita: “Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l’esercizio del potere legislativo, nel quadro dell’ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto”.

<sup>51</sup> D. Miller, *Diritti territoriali: concetto e giustificazione*, in *Ragion pratica*, 2/2009, 446.

diritti all'esercizio dei poteri autoritativi), diritti sulle risorse e diritti al controllo dei confini, appartengono originariamente alle popolazioni, e non agli Stati che le rappresentano, giacché sono filosoficamente giustificati e legittimati non "in forza del semplice fatto dell'occupazione, ma in forza del valore materiale e simbolico che viene annesso al territorio col passare del tempo"<sup>52</sup>. Lo Stato, non più *dominus* libero di disporre a suo piacimento del territorio, è piuttosto un amministratore responsabile<sup>53</sup>, che instaura con il proprio territorio una relazione trilaterale<sup>54</sup> (e non binaria), perché mediata dal popolo. I diritti dello Stato *sul* territorio si trasformano, con un copernicano rovesciamento di prospettiva, in *diritti al territorio* da parte delle popolazioni insediate, di cui lo Stato si fa garante e amministratore<sup>55</sup>.

Accanto alla nozione concreta, storicamente radicata di territorio come prodotto di cultura e quindi valore costituzionale che è compito dello Stato preservare e sviluppare, la Costituzione, negli articoli 2, 10 e 11, ospita una visione della spazialità politica diversa e per certi versi opposta a quella su cui abbiamo finora indugiato. Una visione inclusiva, aperta della sovranità territoriale, che apre la Costituzione all'internazionalismo e all'interdipendenza funzionale con altri spazi politici.

Già nella proclamazione di diritti inviolabili "dell'uomo", che la Repubblica non fonda, ma "riconosce" quali principi primi, ontologicamente preesistenti alla comunità politica, è insita una qualche svalutazione della capacità escludente del confine territoriale. Sul fondamento di diritti intesi come un *a priori* meta-legislativo ed extrasociale perché radicati nella dignità umana, può essere infatti eretta una sorta di "legalità cosmopolitica", universale<sup>56</sup>, capace di proiettare la tutela delle libertà oltre il rapporto di cittadinanza e quindi oltre i confini della territorialità politica nazionale. Questa vocazione universalista viene rafforzata dalla previsione dell'obbligo di conformazione dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale aventi natura consuetudinaria (art. 10 Cost.), e dal riconoscimento del diritto di asilo allo straniero "al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche

---

<sup>52</sup> D. Miller, *op.loc.cit.*: "Un gruppo, di solito una nazione, che acquisisca diritti di giurisdizione su di un territorio sulla base del valore che crea in quella porzione di terra avrà anche una pretesa moralmente giustificata a controllare le risorse inerenti a quell'area e a decidere chi debba avere accesso ad essa, in via temporanea o permanente"

<sup>53</sup> Importanti suggestioni nella Lettera enciclica di papa Francesco *Laudato si*, par. 116, dove si riprende e rinnova la dichiarazione *Love for Creation. An Asian Response to the Ecological Crisis*, Colloquio promosso dalla Federazione delle Conferenze dei Vescovi dell'Asia (Tagaytay, 31 gennaio-5 febbraio 1993)

<sup>54</sup> D. Miller, *op.cit.*, 437 ss., 438. L'Autore considera non eludibile, anche per chi accolga concezioni "territorialiste" dello Stato, "il problema se gli stati ottengano i loro diritti territoriali direttamente, oppure indirettamente, in quanto agenti dei popoli che governano".

<sup>55</sup> Diritti che sono alla base del risarcimento dei danni che Corti costituzionali e sovranazionali hanno riconosciuto ai discendenti di comunità autoctone per esser state private del territorio e delle sue risorse naturali. Si vedano: le sentenze della Corte interamericana del 31 agosto 2001 (Mayagna Sumo Awas Tingni Community c. Nicaragua); e del 28 novembre 2007 (Pueblo Saramaka c. Suriname); le sentenze della Corte Suprema USA del 30 giugno 1980 (United States c. Sioux Nation of Indians) e dell'analoga Corte dell'Australia del 3 giugno 1992 (*Mabo vs. Queensland*). In Canada si è giunti ad un accordo tra governo e popolazioni autoctone e con il piano "*Gathering strenght – Rassembler nos forces*" del 1996 sono stati stanziati 350 milioni di dollari a titolo risarcimento degli abusi subiti da dette popolazioni.

<sup>56</sup> F. Ciaramelli, *Legislazione e giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2007, 96, parla di un'illusione universalistica delle Costituzioni.

garantite dalla Costituzione italiana”. Una formula in cui si avverte lontano, ma udibile, l’eco della kantiana “ospitalità universale”, fondata sul necessario riconoscimento reciproco fra gli uomini, abitanti di una superficie sferica che rende loro impossibile disperdersi senza incontrarsi<sup>57</sup>. Alla cittadinanza politica si viene affiancando una cittadinanza cosmopolitica dei diritti, grazie alla quale i cittadini del mondo che non vivono in libertà sono considerati degni di protezione e tutela per il solo fatto che lo Stato di cui sono parte non pratica le regole e i metodi del costituzionalismo liberale cui si ispira la nostra Costituzione.

Pienamente sintonico con questo disegno di “umanizzazione” della storia è il ripudio assoluto della guerra come criterio di risoluzione delle controversie internazionali, che implica la negazione di ogni legittimità al ricorso alla violenza bellica per la conquista di territori, la modifica di confini e la costituzione di nuovi *limites*. Questo principio pacifista, affermato nel modo più reciso nel primo periodo dell’art. 11 Cost., si traduce nel secondo periodo in principio di organizzazione, con la previsione che l’Italia consente in condizioni di parità con gli altri Stati alle “limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”, e con il conseguente obbligo di favorire e promuovere le istituzioni internazionali rivolte a tale scopo.

Prende qui corpo una nozione di sovranità territoriale che rigetta l’idea di un confine chiuso e introflesso e definisce lo spazio politico nazionale in rapporto di interdipendenza con quello internazionale. Lo Stato italiano fuoriesce dal “cerchio di superbia e nazionalismo”<sup>58</sup> nel quale si era rinchiuso nel ventennio fascista e si dispone all’interdipendenza funzionale con gli altri Stati. Fornisce il proprio contributo alla costruzione di uno spazio sovra territoriale comune di diritti e di pacifica convivenza fra Nazioni che si intreccia con i luoghi della territorialità politica e li trascende, rinunciando – nell’interesse della pace e della giustizia – all’esclusività del dominio sul proprio territorio, all’impermeabilità del proprio ambito territoriale. Il confine, infatti, assume un valore funzionale quando sul medesimo ambito spaziale vengono ad essere esercitati poteri “sovrani” non statuali, ma riferibili piuttosto ad organizzazioni internazionali alle quali lo Stato cede quote di sovranità. L’unitario spazio sovrano si frammenta e ricomponde in un insieme di relazioni funzionali con sfere di potere riferibili ad altri Stati e a organismi sovranazionali.

In queste previsioni così innovative, che hanno fornito la base sulla quale ha potuto attecchire e fiorire il processo di integrazione europea, e su cui si è impiantata la tutela giurisdizionale “planetaria” dei diritti, il territorio statale, senza smarrire la sua dimensione tradizionale di luogo in cui si esercita la sovranità dello Stato-nazione, viene aperto all’orizzonte di un diritto cosmopolitico e scomposto, nell’ottica della pace, in uno spazio funzionale di esercizio dei diritti dell’uomo.

---

<sup>57</sup> I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf von Immanuel Kant* (1795), qui citato nella trad. it. *Per la pace perpetua*, RCS, Milano, 2004, 65 - 66 ss.: ospitalità universale, quale terzo articolo definitivo per la pace perpetua, significa per Kant “il diritto di uno straniero, che arriva sul territorio altrui, di non essere trattato ostilmente”.

<sup>58</sup> Così l’intervento del deputato Corsanego, nella seduta del 3 dicembre 1946, in *Costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Segretariato generale, 1970, VI, 753.

In definitiva, e riassumendo, nelle norme costituzionali che declinano il principio internazionalista è possibile intravedere una nozione destoricizzata di territorio, che bilancia quella “situata” ed identitaria di territorio-paesaggio-ambiente, evitandone potenziali letture “isolazioniste” o etnicamente connotate.

Quanto delle affascinanti e talora affabulatorie teorie<sup>59</sup> che sono state sopra concisamente illustrate sia trasponibile in precisi orientamenti di azione, e in politiche del diritto, in ordine alle diverse aree di intersezione fra territorio e sovranità (disciplina della cittadinanza, regolazione dei confini e del fenomeno migratorio, esercizio dei diritti territoriali e delle risorse) è difficile a dirsi. Esse però forniscono una preziosissima indicazione di metodo. La visione della spazialità politica che, nel Continente europeo, lega al territorio l'appartenenza, il radicamento, la sicurezza, l'identità culturale ha assunto, nelle sue versioni meno moderate, un valore escludente, ed è stata di intralcio allo sviluppo di dinamiche pluraliste. Talora ha dato alimento a derive *xenofobe*, distanziandosi in ciò dalla spazialità politica anglo-americana, sia nella versione talassocratica britannica sia in quella anarco-libertaria statunitense. Tanto la proiezione inglese verso il mare aperto – sul cui profondo significato resta insuperata la pagina di Schmitt<sup>60</sup> – quanto il mito della frontiera statunitense, che ha concorso decisamente nel modellare lo spirito individualistico e democratico dell'uomo americano, hanno dato forma a una visione dello spazio politico non chiusa e respingente, come quella europeo-continentale, ma «capace di ospitare in sé i molteplici “luoghi” e le variopinte identità, atteggiandosi come “libertà” plurale»<sup>61</sup>. Questa diversa considerazione della spazialità politica, nel suo legame con le forme di legittimazione del potere politico democratico<sup>62</sup>, consiglia di non accogliere nella loro forma pura né concettualizzazioni del territorio troppo *astratte*, puramente normative, né, all'opposto, visioni eccessivamente *concrete*, e cioè sovraccariche di richiami a identità escludenti, all' *ἔθνος* anziché alla *humanitas*.

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

---

<sup>59</sup> Impossibile non avvertire la vertigine del piacere intellettuale – non sempre associato al pragmatismo giuridico - quando P. Häberle, *Stato costituzionale*, cit., 3, afferma che “il modello Stato costituzionale deve dare agli uomini lo spazio per un “*quantum* di utopia”, e non solo sotto forma di elaborazione ed incentivazione delle libertà di cultura (anche della religione!), ma anche e addirittura in maniera più intensa: i testi costituzionali devono fornire norme a speranze”.

<sup>60</sup> C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1954, qui citato nella trad.it. di G. Gurisatti, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Adelphi, Milano, 2002.

<sup>61</sup> C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, 2001, 104. Sul valore “costituente” della frontiera americana, da ultimo, A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Ombre corte, Verona, 2016, 9 ss.

<sup>62</sup> M. Hespahna, *L'espace politique dans l'ancien régime*, in *Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, II, in *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, 58, 1982, 445 ss.

cazioni nefaste della terra non già come fattore di identificazione del Sé, quanto come elemento di marginalizzazione ed esclusione dell'Altro<sup>63</sup>.

La ricerca di una sintesi – nel senso hegeliano di *Aufhebung* – fra la pura astrattezza del territorio come spazio di vigenza delle norme e la concretezza della terra come prodotto della cultura e sede della democrazia politica è il compito che si prospetta alla scienza del diritto e l'orizzonte nel quale si colloca la riflessione di queste pagine, che lascia deliberatamente fuori dal campo di indagine temi pure di grande momento, che al territorio sono legati, ma che si collocano più decisamente sul terreno di ricerca proprio del diritto internazionale: la sovranità statale sulle risorse naturali deperibili, il diritto dei popoli all'autodeterminazione e quindi il diritto "a un territorio" delle popolazioni indigene; la secessione (da Stati o Unioni di Stati); lo statuto giuridico della piattaforma continentale.

### 3. I fattori di crisi della territorialità statale

Territorio e territorialità statale appaiono oggi categorie in trasformazione, soggette come sono – secondo diffusa opinione – a un oscuramento del loro significato originario e tradizionale, se non a una vera e propria "crisi di senso"<sup>64</sup>. A procurare questa crisi della territorialità sono una molteplicità di fattori, che, per semplicità espositiva, possiamo schematizzare in tre essenziali punti: 1. la dissociazione fra luoghi della politica e luoghi di formazione del diritto; 2. La tensione fra principio di mondialità, costitutivo della forma mercato e principio di territorialità, costitutivo della forma Stato; 3. la rivoluzione spaziale globale del Web.

#### 3.1. la dissociazione fra luoghi della politica e luoghi di formazione del diritto

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

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

È in atto una dislocazione del *Politico* nel mondo dell'economia globalizzata, che fa venire meno la coincidenza fra luoghi del diritto e luoghi della politica. Sempre più luoghi di

---

<sup>63</sup> Utili spunti in S. Sicardi, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Politica del diritto*, 1/2003, 114 ss. 117, che osserva "non si è costretti a scegliere tra una concezione puramente formale/convenzionale, meramente quantitativa di spazio geografico, strettamente servente all'ingegneria sociale ed istituzionale che su di esso intenda esplicarsi (come fu la concezione rivoluzionario-giacobina) e, all'opposto, la ferrigna e funesta idea di «sangue e suolo»".

<sup>64</sup> Come dice S. Sicardi, *Essere di quel luogo*, cit. 114.

formazione del diritto (organismi internazionali come FMI, BCE, Banca mondiale, WTO, ILO, Comitato di Basilea, e agenzie di regolazione private come ISO, ICANN<sup>65</sup>, e la Codex Alimentarius Commission) non sono infatti anche luoghi della politica, assoggettabili alle procedure discorsive della democrazia deliberativa. E con il distacco degli interessi dai territori la rappresentanza politica subisce un processo di astrattizzazione e di perdita di capacità funzionale e gli spazi della politica si riconformano precludendo alla formazione di nuovi modelli di società all'interno dei quali la cittadinanza democratica potrebbe risultare fortemente indebolita rispetto alla sua sostanza reale.

### **3.2. La tensione fra principio di mondialità, costitutivo della forma-mercato e principio di territorialità, costitutivo della forma Stato**

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

La cosiddetta planetarizzazione o globalizzazione dell'economia ha certamente ampliato la misura di questo scarto, di questa distanza fra spazio del mercato e spazio della politica statale, ma se di sola misura si trattasse, non vi sarebbe differenza concettuale fra la situazione esistente nella Persia degli Achemenidi (primo esperimento di sviluppo di una pan-idea geopolitica con ambizioni globali<sup>66</sup>), la Roma imperiale, la Mongolia di Kublai Khan, la Repubblica di Venezia, il *Commonwealth* britannico e il contesto attuale. Si tratterebbe pur sempre dell'antico, inesausto confronto fra le sfere separate del mercato (come luogo politicamente neutrale di svolgimento dell'attività economica) e della πόλις (come luogo della socializzazione culturale e della partecipazione politica).

Neppure la cosiddetta globalizzazione dei commerci è fenomeno inedito. In forme simili a quella attuale, si è già manifestata fra la prima e la seconda guerra mondiale; e tuttavia la globalizzazione del XXI secolo ha un tratto di indiscutibile novità storica<sup>67</sup>. E ciò non tanto perché riguarda, in dimensioni mai sperimentate in precedenza, tutti i fattori produttivi e non solo le merci; ma soprattutto e più decisamente perché il mercato globale non cerca oggi semplicemente – come sempre è avvenuto – di sfuggire alla regolazione politica, ma intende invece *conformarla*, occupando lo spazio della politica e della società. Il mercato – come aveva preconizzato Michel Foucault nelle celebri lezioni al *Collège de France* – rivendica il *potere di dare una forma allo Stato e alla società*, ponendo così in questione i tradizionali

---

<sup>65</sup> ILO è acronimo di International Labour Organisation ISO e ICANN sono, rispettivamente, acronimi di International Standards Organisation e Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

<sup>66</sup> K. Haushofer, *Geopolitik der Pan-Ideen*, Berlino, 1931, citato nella traduzione italiana *Geopolitica delle Pan-idee*, edita da Nuove idee nel 2006 e ristampata nel 2016 nella collana "I libri del Borghese", Pagine, Roma, 2016, 95.

<sup>67</sup> Una novità che fra i primi, nella dottrina italiana, ha colto A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

schemi ricostruttivi del fenomeno statale e lo stesso valore ermeneutico del paradigma stualista<sup>68</sup>.

Il mercato non è più “il luogo politicamente neutrale della libera attività dell’*homo oeconomicus*”, ma si antropomorfizza, assume i connotati di un soggetto di dimensioni globali che sotto una veste puramente economica, manifesta invece una specifica natura politica<sup>69</sup>. Pur nel carattere pulviscolare e talora inafferrabile delle tecnostrutture dell’economia finanziaria (agenzie di rating, fondi di investimento, *big corporations*, istituzioni internazionali come il FMI, il WTO, la Banca mondiale, la BCE) il “mercato” – moderno *macroantropos* – opera al fianco degli Stati nazionali in posizione di condizionamento e di influenza<sup>70</sup>. Si colloca, anzi, fra cittadino e Stato per contendere agli organi politici di governo la direzione della vita sociale, non più limitandosi a sfuggire alla regolazione politica, ma forzando lo Stato ad imprimere una data direzione all’economia nazionale. E ciò avvalendosi di strumenti ancora privi di una strutturazione giuridica capace di assicurarne la trasparenza, oggettività, controllabilità; di ricondurli a una qualche forma di responsabilità politica<sup>71</sup>. Strumenti non coattivi, di *soft law*, diversi da quelli tradizionalmente propri della sovranità statale, ma altrettanto e forse più convincenti, se è vero che possono consistere nella distruzione della ricchezza nazionale, ossia nella prospettazione di effetti economici rovinosi e di attivazione immediata (il denaro non dorme mai!) per le opzioni distributive nazionali che si discostino dai dettami del *Washington consensus*. “Sanzioni finanziarie”, dunque, che oltre ad essere enormemente persuasive, hanno il vantaggio di arrivare prima di qualunque controllo democratico, parlamentare o popolare, e di condizionarlo con la forza irresistibile dell’interesse economico. Chi non merita l’apprezzamento delle piazze finanziarie si vede revocare i benefici derivanti dalla mondializzazione degli scambi; e questa condizione di soggezione è particolarmente evidente per gli Stati più deboli economicamente, gli Stati maggiormente indebitati, le cui finanze

---

<sup>68</sup> M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2005. Sulla presa del mercato sulla società e sullo Stato, fra la sterminata letteratura: S. Sassen, *Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization*, Columbia University Press, 1996; M. Cacciari, *Geofilosofia dell’Europa*, Adelphi, Milano, 1994; Id., *Nomadi in prigione*, in A. Bonomi e A. Abbruzzese (a cura di), *La città infinita*, Mondadori, Milano, 2005; M. Terni, *Stato*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014; G. Marramao, *La passione del presente*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008 e Id., *Passaggio a occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, 2003; e fra i giuristi, C. Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in *The European Journal of International Law*, 2006, 187-214; C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Giappichelli, Torino, 2008; I. Ciolli, *op.cit.*, spec. 21-29.

<sup>69</sup> Nel senso che la natura del mercato “è insieme economica e politica”, M. Terni, *op.cit.*, 80 ss., che, a pag. 81, rileva: “lo Stato, disaggregandosi, si economicizza; e nel contempo il mercato, diventando sempre più globale, si politicizza. E cioè, la confusione in atto di Stato e mercato, di ‘politico’ ed ‘economico’ contribuisce a uno scambio delle parti, dove ciascun soggetto trascura la propria funzione naturale e adempie al compito spettante all’altro. Così lo Stato-impresa pensa agli affari e alla ricerca del profitto, e il mercato impone i suoi diktat, ad esempio facendo salire e scendere gli indici dello spread con dirette ricadute sul bilancio degli Stati e diventa, suo malgrado, il luogo del diffuso esercizio di una nuova sovranità”.

<sup>70</sup> Lapidariamente nota S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati*, Il Mulino, Bologna, 2016, 37: “tramite le agenzie di rating, sono i mercati che controllano gli Stati, non viceversa”.

<sup>71</sup> M. Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., 161, il quale, insistendo sul profilo della responsabilità, rileva “un’evidente continuità logica fra il costituzionalismo moderno e il costituzionalismo contemporaneo: se oggetto della costituzione deve essere il potere, nessuna delle sue forme può logicamente sfuggire al contenimento e alla limitazione”.



dipendono in larga parte dal loro merito di credito e quindi dalla reputazione internazionale. Stati che possono essere condotti in tempi fulminei alle soglie del fallimento di bilancio e che si piegano alle condizioni loro imposte dalle tecnostutture della finanza mondiale con rassegnata uniformazione.

Non solo le decisioni di più diretto e immediato impatto sui fondamentali dell'economia, ma persino quelle che possono creare un "clima" psicologico favorevole o contrario agli interessi della finanza, un "mood" positivo o negativo, sono sottoposte al vaglio del mercato, che formula i propri giudizi e somministra le proprie ricette, ponendosi come inedita fonte di esercizio di una sovranità non localizzabile, nebulosa, ma non per questo meno tangibile. Un potere "sovrano" che si dispiega attraverso il cyberspazio, nuova dimensione a-territoriale del potere finanziario globale nel quale si compie netta la separazione fra potere e politica<sup>72</sup>. La finanziarizzazione dei mercati ha dissociato infatti l'economia da ogni definito spazio pubblico di discussione; ha distaccato gli interessi dai luoghi della politica territoriale, facendoli migrare in un indefinito *altrove*, e rendendo perciò più tortuosa la loro rappresentazione e ricomposizione in sede politico-parlamentare.

### **3.3. la rivoluzione spaziale globale del Web**

La rivoluzione tecnologica di Internet sta agendo come acceleratore storico dei processi di spiazzamento della politica e della territorialità nazionale su cui abbiamo già insistito. La possibilità di connessione alla Rete, favorita dalla diffusione capillare dei computer e, soprattutto, dagli *smartphone* – con cui larghi strati della popolazione, soprattutto giovanile, vivono un rapporto letteralmente simbiotico – ha prodotto una vera e propria rivoluzione spaziale globale. Ha dato forma a un mondo sovrasensibile, un territorio artificiale sovrapposto al territorio naturale e fisico; un 'non luogo' nel quale si svolgono sfere crescenti della vita economica, sociale e politica, oltre che affettivo-relazionale. Ne risultano modificate le nozioni di spazio e di tempo. Ogni utente di Internet è in condizione di essere "ciberneticamente" presente in tempo reale in qualunque luogo della Terra e ciò incide sulle coordinate antropologiche, i processi di socializzazione, le modalità della vita comunitaria. L'azione individuale, abbia essa rilievo nel campo civile, politico o economico, si proietta in una dimensione spazialmente e temporalmente nuova, rimuovendo i confini fisici e psicologici nei quali era stata tradizionalmente racchiusa. Le vite degli esseri umani si sono "globalizzate" ed è cresciuta l'attitudine a guardare fuori dal proprio orizzonte nazionale non solo per seguire un corso di perfezionamento professionale o sottoporsi a una cura dentistica, ma anche per informarsi in modo libero, superando i filtri e i condizionamenti dell'informazione "ufficiale", per sostenere campagne globali di opinione o esercitare forme di *lobbying* fuori dello spazio della territorialità statale. È in atto un "dislocamento dello 'stare insieme' degli esseri umani al di fuori del territorio chiuso della *polis* in una società transnazionale coincidente con il mercato mondia-

---

<sup>72</sup> Uno spazio che Z. Bauman, *Fiducia e paura nella città*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, 18, definisce "il campo-giochi dei poteri".

le”<sup>73</sup>. Anche la vita politica nazionale tende in misura crescente a perdere contatto con la territorialità e a occupare gli spazi virtuali della Rete, dove i cittadini possono sviluppare forme di mobilitazione democratica e di pressione politica sui decisori pubblici senza abbandonare la loro scrivania. Ne deriva che i luoghi di elaborazione dell’azione collettiva non sono più tipizzati e facilmente collocabili nello spazio. Si moltiplicano al contrario i *non luoghi* della politica e cresce lo sradicamento dal τόπος del “cittadino globale”, che non necessita di uno spazio fisico né per lo scambio economico né per l’incontro relazionale. Modificazioni di questa portata non possono non riflettersi sull’esistenza politica dello Stato.

In una prospettiva entusiasticamente aperta alla modernità potrebbe dirsi che le istituzioni politiche possono fare a meno del territorio, esistendo ormai spazi virtuali e domini informatici privi di una delimitazione fisica, ed estranei a ogni concezione storicamente data di spazio come sede di formazione dell’opinione e dei rapporti giuridici. E in effetti i più accesi *fan* della Rete affermano che i tradizionali modelli di partecipazione democratica sarebbero ormai superati dalla tecnologia informatica e che le forme di azione politica più incisive e coinvolgenti sarebbero quelle virtuali<sup>74</sup>. Già s’avanzano, in coerenza con questa visione, tentativi di sostituire i dispositivi tradizionali della territorialità politica con i moderni strumenti della democrazia digitale. Forme di consultazione pubblica per la deliberazione di decisioni collettive, referendum *on line*, designazione via *web* di candidature a incarichi pubblici mettono in questione il rapporto fra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, proponendone un riequilibrio a favore della prima; e in porzioni non marginali dell’elettorato viene posta apertamente in discussione l’idea che la rappresentanza parlamentare libera sia la forma più alta di rappresentanza politica e si rivendica una diretta partecipazione del popolo alle decisioni pubbliche, eventualmente nella forma del vincolo di mandato – e del conseguente *recall* – per gli eletti.

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

---

<sup>73</sup> M. Terni, *op.cit.*, 86.

<sup>74</sup> Analisi convincenti in S. Sassen, *Territory, Authority, Rights*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, 328 ss.; Idem, *Sociologia della globalizzazione*, Einaudi, Torino, 2008 (tit. orig. *A sociology of globalization*, Norton & company, New York, 2007).

Ai limitati fini di una riflessione sul territorio, peraltro, non è il caso di indugiare oltre per verificare quale fra questi due orientamenti ideali sia dotato di maggiore forza persuasiva, né è possibile fornire un'articolata risposta al quesito se la tradizionale democrazia rappresentativa e la nuova democrazia del Web debbano porsi in una relazione necessariamente conflittuale e alternativa, o non possano invece reciprocamente integrarsi e fecondarsi<sup>75</sup>. Ciò che unicamente rileva ai limitati fini della nostra indagine è che, con la dislocazione – in costante crescita – di processi di socializzazione e mobilitazione politica individuale nello spazio virtuale, il territorio non costituisce l'unico ed esclusivo sostrato fisico-materiale della comunità politica statale, né l'unico elemento necessario per l'esercizio del controllo sociale e politico<sup>76</sup>, con esso concorrendo la nuova dimensione a-territoriale del *cyberspazio*, ἀγὼρά postmoderna nella quale hanno luogo nuove forme di socializzazione che non richiedono, diversamente dal passato, la compresenza fisica e la diretta relazionalità intersoggettiva.

Se al tempo di Schmitt la crisi del νόμος veniva dal mare, oggi essa viene dallo *spazio virtuale* della Rete. In questo spazio, che come quello marino non può essere interamente occupato, né ripartito, si svolge la competizione economica e culturale per la conquista del potere sulla terra<sup>77</sup>.

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

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

Lo Stato nazionale, vuoi per la partecipazione ad organismi internazionali e Unioni sovranazionali che ne condizionano profondamente le politiche (fino a sottoporre al controllo

---

<sup>75</sup> Sembra in effetti possibile immaginare una via mediana rispetto alla secca alternativa fra la deterritorializzazione della politica e il legame totale e foscamente identitario con la territorialità della rappresentanza. Occorrerebbe prendere le mosse dalla considerazione indubitabile che la partecipazione e mobilitazione personale assicurate dal Web sono potenzialmente più alte di quelle garantite dai mezzi tradizionali della politica. Se dunque i canali di Internet non possono considerarsi strumenti radicalmente alternativi e sostitutivi degli strumenti tradizionali della democrazia, né la comunità degli utenti di Internet può sostituirsi al popolo, nel suo legame relazionale con il territorio, è pure indubbio che il Web potrebbe rafforzare gli strumenti della democrazia territoriale e della rappresentanza, vivificarli anziché destituirli di senso.

<sup>76</sup> A. Di Martino, *op. cit.*, 290 “il territorio non costituisce più il supporto esclusivo della comunità politica, il fattore discriminante della competenza statale, l'elemento necessario e sufficiente per esercitare il controllo sociale e politico, la base ineludibile dell'obbedienza civile, la pietra angolare dell'ordinamento internazionale” (; sulla crisi della sovranità territoriale, fra i molti: S. Sassen, *Losing Control. Sovereignty in an Age of Globalization*, New York 1995; B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, in *EJIL* 1998, 599 ss.; A.M. Slaughter, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, in *Stan.J.Int'l Law*, 2004, 283 ss.

<sup>77</sup> Così S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra, Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Il Mulino, Bologna, 1999, 24: “Lo spazio cibernetico come lo spazio marino e lo spazio del nomade, non può essere né occupato, né ripartito, ma è parte del nomos planetario, in quanto diventa la via dell'espansione culturale, commerciale ed economica e il luogo della competizione e della spartizione della terra”.

giurisdizionale delle Corti penali internazionali la stessa “ragione di Stato”); vuoi per la staticità dell’elemento terrestre, che mal si concilia con il dinamismo frenetico dello spazio economico globale e con l’a-territorialità della realtà virtuale, vede ridursi l’area su cui esercita la sua giurisdizione sovrana e, in questo senso, si “miniaturizza”. Per poter avere una sfera di azione globale, esso cerca allora di “globalizzarsi”: frammenta la propria unitaria sovranità in una serie di capacità funzionali, differenziate a seconda delle politiche da perseguire su scala trans-nazionale, il cui esercizio è affidato all’alta burocrazia statale. Lo Stato si “disaggrega”<sup>78</sup>, rinuncia a ogni monolitismo, e quando, così disaggregato e ridotto a fasci di funzioni, fuoriesce dalla propria giurisdizione territoriale, si inserisce in un sistema reticolare composto da una molteplicità di soggetti: altri Stati (anch’essi rappresentati dalle rispettive burocrazie); poteri pubblici sovranazionali; privati detentori di un potere di posizione loro derivante dalla forza economica o dalla capacità di mobilitazione politica nei singoli ambiti di interesse (imprese multinazionali, soprattutto, ma anche ONG attive nel campo umanitario e ambientale, come *Amnesty international*, il WWF o la Croce rossa). Nessuno di questi soggetti, isolatamente considerato, è in grado di assicurare una *governance* efficace e riconosciuta nei settori di volta in volta considerati. Non vi è un’autorità apicale, e in tal senso “sovrana”, cui siano riferibili le decisioni ultime e che abbia perciò il potere di ordinare attorno a sé gli operatori privati e pubblici agenti in queste reti. Non vi è uno spazio politico in senso proprio, ma piuttosto un’interconnessione funzionale fra élites burocratiche, né le forme di potere che quivi si manifestano sono congiunte a corrispondenti meccanismi di responsabilità.

In parallelo con la miniaturizzazione della giurisdizione territoriale nazionale e la disseminazione dei luoghi del potere, dispersi fra le tecnostrutture dell’economia globale e il *cyberspace*, cresce anche – quasi per contrappasso – il ritorno alle appartenenze locali, alle piccole patrie, alla solidità di spazi reali e non artificiali intessuti di richiami identitari<sup>79</sup>. Si accende la “voglia di comunità” L’impossibilità, per i singoli Stati, di concorrere secondo forme politiche democratiche al governo del cyberspazio extraterritoriale nel quale si gioca la grande partita del potere globale spinge naturalmente la politica nazionale a ripiegarsi sulla dimensione locale, l’unica nella quale è ancora possibile compiere scelte direttamente e concretamente incidenti su aspetti rilevanti della vita collettiva.

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

Tornano così a levarsi alte, in sede politica, richieste di autogoverno, di un più diretto rapporto con il proprio “miniaturizzato” territorio e con la gestione dei beni naturali, ambientali

---

<sup>78</sup> La definizione di Stato disaggregato è di A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, New York - Oxford, 2004; M. Terni, *op.cit.*, 41, ss., che tale definizione fa propria, lo definisce come lo Stato “composto da una costellazione di pezzi istituzionali del suo stesso apparato burocratico”, ciascuno dei quali si occupa di settori specializzati.

<sup>79</sup> Per riprendere Z. Bauman, *Missing Community*, Cambridge, 2000, trad. it., *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari 2001.

e culturali che lo caratterizzano e ne fanno un *unicum*<sup>80</sup>. Alla proiezione dello Stato verso lo scenario globale attraverso la disaggregazione delle sue funzioni sovrane si contrappone la contropinta verso il riassetto dell'organizzazione giuridica dello spazio nazionale.

Il ripiegamento della politica sulla dimensione locale, solo apparentemente contraddittorio rispetto alla strutturazione del mondo su processi sempre più globali<sup>81</sup>, è ulteriormente accentuato dall'importanza che vanno assumendo i distretti regionali – particolarmente valorizzati dalla scuola economica dei territorialisti<sup>82</sup> – e soprattutto le metropoli, snodi essenziali dell'economia globalizzata. Il *global market* ha elevate capacità di spostamento dei fattori produttivi e di dispersione geografica, ma, al contempo, ha bisogno di “forti concentrazioni territoriali di risorse necessarie a gestire questa dispersione”<sup>83</sup> e a fornire i servizi indispensabili per il sistema economico (si parla perciò di *agglomeration economies* e *agglomeration dynamics*). Tali forti concentrazioni di capitali e servizi si realizzano più facilmente nelle città, che si collegano fra di loro costituendo reti transfrontaliere per l'erogazione di prestazioni professionali complesse alle imprese multinazionali operanti sul mercato planetario<sup>84</sup>. Le città connesse in tali reti si sganciano dalle regolazioni poste sul territorio nazionale, giacché la gran parte delle funzioni delle reti (in specie quelle necessarie alla finanza mondiale) sono governate da standard tecnici definiti da soggetti privati (agenzie di regolazione o grandi *law firms*) anziché da principi del diritto nazionale o internazionale. Metropoli come Londra, New York, Shanghai, Singapore, Hong Kong, Dubai, si “despazializzano” e si pongono come città “globali”, *non luoghi* che vivono la contraddittoria condizione di *pivot*, ma pure di “discariche”<sup>85</sup> della globalizzazione per gli irrisolti problemi che questa produce: inquinamento, migrazioni di massa, esplosione demografica dei centri urbani.

L'esito di questa duplice tensione verso la “miniaturizzazione” dello Stato nello scenario di azione globale e la concentrazione dell'azione politica verso i livelli infrastatali di governo è “il parziale dissolvimento, o perlomeno allentamento, del nazionale quale unità spaziale”<sup>86</sup> e l'emergere di nuove unità spaziali: sia verso il basso (città, regioni, distretti transfrontalieri), sia verso l'alto (aree di libero commercio transnazionali, mercati elettronici globali).

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

---

<sup>80</sup> Un paese che la cultura rende unico, dice P. Häberle, *Stato costituzionale*, cit., 7.

<sup>81</sup> M. Castells, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. II, *the Power of Identity*, Blackwell, Oxford 1997, 61 ss. parla al riguardo di paradosso, ma la localisation non è che l'altra faccia della globalisation (tanto che si parla pure di glocalisation).

<sup>82</sup> Scuola che in Italia fa capo a G. Becattini, del quale si vedano almeno *Ritorno al territorio*, Il Mulino, Bologna, 2009 e *La coscienza dei luoghi. Il territorio come soggetto corale*, Donzelli, Roma, 2015.

<sup>83</sup> S. Sassen, *Sociologia della globalizzazione*, cit., 27.

<sup>84</sup> V. ancora S. Sassen, *op.ult.cit.*, 23 ss.

<sup>85</sup> L'espressione è di Z. Bauman, *Paura*, cit., 19 che definisce le metropoli le “discariche per i problemi causati dalla globalizzazione”.

<sup>86</sup> S. Sassen, *Sociologia*, cit., 29

tuzionale dei poteri amministrativi, dal principio di sussidiarietà<sup>87</sup>. Alla mondializzazione, che allontana i δῆμοι dai luoghi di formazione della politica, si è immaginato di poter rispondere responsabilizzando le istituzioni territoriali nella gestione della cosa pubblica, avvicinando governanti e governati e così riattivando circuiti di responsabilità sovente arrugginiti. La riforma costituzionale del 2001 si iscrive, pur con tutte le sue contraddizioni e lacune, in questa tendenza; ed il processo di riarticolazione territoriale allora avviato, con l'introduzione fra gli enti territoriali delle Città metropolitane, è proseguito in tempi più recenti con la soppressione delle Province<sup>88</sup>, private dalla riforma del 2016 di un fondamento costituzionale. Non è certo, però, se questo riassetto trovi solide ragioni giustificative in un'analisi economica da cui emerga l'esigenza di disporre riallocazioni spaziali del potere per migliorare la connessione del tessuto produttivo nazionale con il mercato globale o se si leghi piuttosto a elementi occasionali e spinte demagogiche, quando non populistiche (come invero sembra essere il caso per la soppressione delle Province).

In disparte il limitato contesto italiano, la riallocazione di poteri fra scale diverse di azione politica (da quella nazionale a quella internazionale e planetaria; da quella nazionale a quella locale; senza trascurare il ruolo autonomo giocato dalle grandi metropoli nel contesto globale) è fenomeno del massimo interesse teorico, non solo perché sposta quote di sovranità da un livello all'altro; ma più in profondità, perché muta il significato della dimensione territoriale statale per il dispiegarsi dell'attività umana e quindi per il diritto, che tale attività è diretto a regolare. Di questo è ora il momento di occuparsi.

## 5. Le conseguenze della perdita di rilievo della territorialità politica statale

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

Nella schmittiana presa di possesso spaziale – lo rileva un finissimo esegeta<sup>89</sup> – “il rapporto tra diritto e spazio non è risolto nella banale ricerca di un ‘dov’è applicativo, ma s’innalza a sintesi di vita, in cui la presa di possesso è, insieme, decisione della volontà, principio d’ordine giuridico e costituirsi di popolo”. Ma qual è l’effetto della *Landnahme* dello spazio globale da parte delle imprese multinazionali e delle istituzioni finanziarie? Sembra

---

<sup>87</sup> B. Guastafarro, *Reframing subsidiarity inquiry from an «EU valed added» to an «EU non-encroachment» test*, in M. Cartabia, N. Lupo e A. Simoncini, *Democracy and subsidiarity in the EU*, Il Mulino, Bologna 2013, 113-156 e, se si vuole, G. Scaccia, *Il principio di sussidiarietà nell’Unione Europea*, in G. Marazzita (a cura di), *Il processo di integrazione europea dopo il trattato di Lisbona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, 117-133, nonché, per i profili di diritto interno, G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

<sup>88</sup> La soppressione delle Province ha il suo fondamento normativo nella legge 7 aprile 2014, n. 56. Essa era stata dapprima disposta con il decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), e con il decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 (convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135), entrambi dichiarati illegittimi (Corte cost., sentenza n. 220 del 2013); quindi erano state oggetto di riordino con il decreto-legge 5 novembre 2012, n. 188, decaduto per mancata conversione.

<sup>89</sup> N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma - Bari, 2006.

possibile dire che essa non esprime valori identitari, ma al contrario omogeneizzanti, omologanti; non è costitutiva di popoli, di culture singolari, ma di comunità indistinte di consumatori globali. Lo spazio del mercato globale deve essere infatti omogeneo, liscio, non già luogo di identità, chiuso e separato, ma “non luogo” indifferenziato, isomorfo. Se la forza tellurica del *nomos* schmittiano era fondativa di identità politica e di unità di popolo, la presa di possesso dello spazio globalizzato da parte della finanza scolorisce le identità particolari, omologa le culture, riduce la dimensione umana alla sfera economico-consumeristica.

L'individuo, nel proiettarsi verso i grandi spazi del mondo, sembra doversi necessariamente liberare dai vincoli sociali; e così al *civis* tende a sostituirsi un agente astorico. Un cosmopolita del consumo che “sembra essere a suo agio nella casualità di un *bargaining* quotidiano, dominato dalla tipica vocazione acquisitiva dell'homo *oeconomicus*”<sup>90</sup>. Nell'orizzonte interpretativo del “consumo” può essere letta anche la dilatazione apparentemente senza confini della sfera dei diritti e la marginalizzazione dal discorso pubblico – massimamente dal discorso pubblico europeo – della dimensione solidale dei doveri. I diritti universali dell'uomo – messo da parte ogni rilievo sulla loro effettiva consistenza giuridica<sup>91</sup> – sono riferiti a un individuo scisso dalle proprie legature sociali, dalle proprie appartenenze, dalla responsabilità per la partecipazione attiva a una comunità politica. Da quegli elementi, insomma, che definiscono limiti di sistema alle posizioni individuali di interesse e permettono bilanciamenti più ragionevoli fra diritti individuali e doveri sociali.

Questa “sovranità consumeristica”, se può regalare un illusorio sentimento di onnipotenza<sup>92</sup>, si rivela tuttavia una signoria infelice quando il sovrano-consumatore troppo si distacca dal proprio territorio, dalla propria cultura, dalle proprie radici<sup>93</sup>. Quando prescinde, insomma, dalla società e dallo Stato. Il singolo, che dalla salda terrestre appartenenza alla *civitas* nazionale prendeva le mosse per elaborare una visione collettiva del bene comune e traeva il senso della propria responsabilità nell'impresa della convivenza, può trovarsi privato delle protezioni sociali, di quella rete di solidarietà pubblica e intersoggettiva che rendeva meno precario il cammino dell'esistenza. E scoprirsi ricco come mai prima di opportunità di vita e di spazi di libertà, e tuttavia privo di legature, solitario nello spazio vuoto lasciato dalla delocalizzazione del diritto e dalla decostruzione della forma statale e della sovranità come principio di unità politica<sup>94</sup>. Un uomo senza più πόλις, perché animato da preoccupazioni e

---

<sup>90</sup> M. Terni, *op. cit.*, 60.

<sup>91</sup> Ecede nella conclusione, ma coglie un elemento di verità, W. Sofsky, *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino, 2005, 138 (trad. it di *Das Prinzip Sicherheit*, Fischer, Frankfurt am Main, 2005, 140 quando rileva che, fin quando non vi sarà uno Stato mondiale in grado di garantire piena ed effettiva tutela ai diritti dell'uomo, la “retorica” dei diritti umani sarà solo “un'arma morale che vorrebbe scalzare la saggezza tradizionale del diritto bellico”.

<sup>92</sup> R. Castel, *L'insecurité*, cit., 22 parla di “*survalorisation*” dell'individuo.

<sup>93</sup> R. Sennett (1998), *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano, 2006 (tit. orig. *The corrosion of character: the personal consequences of work in the new capitalism*, W. W. Norton, London, 1998); S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra, Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Il Mulino, Bologna, 1999, 32.

<sup>94</sup> Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, VI ed., Feltrinelli, Milano, 2015 (trad. it di *In search of politics*, Polity Press, Cambridge, 1999); sulla riduzione delle legature sociali come riflesso dell'incremento delle opportunità di vita conseguenti alla globalizzazione, già insisteva R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

aspirazioni prevalentemente mercantili e debolmente legato a valori comunitari, diviene così *homo impoliticus*, consumatore del mercato globale prima ancora che cittadino. Isolato e fragile, l'uomo globale può diventare allora facile preda delle illusioni e degli incantesimi del consumo idolatrico, nuova religione di massa di un mondo post-metafisico.

Mentre nelle città-Stato della Grecia classica la marcata prevalenza dei valori collettivi su quelli individual-egoistici portava dimensione privata e dimensione pubblica ad accostarsi fin quasi a confondersi "e a riassorbire le identità e volontà individuali in vista dei totalizzanti fini politici della *polis*"<sup>95</sup>, nelle società dell'edonismo consumeristico accade piuttosto il contrario: tutto è privato, tutto è singolare, particolare e irripetibile. L'uomo si sradica dalla propria cittadinanza, dai legami sociali e dai doveri che questa comporta (in primo luogo il dovere fiscale), per cercare ospitalità e accoglienza negli Stati che offrono le condizioni più confortevoli alla propria attività commerciale o finanziaria. La "cittadinanza economica" lo porta dove si realizzano le condizioni di maggiore vantaggio e, nei casi di conflitto con la cittadinanza politica, può essere a questa preferita. Il caso dell'attore Gerard Depardieu, che acquisisce la cittadinanza russa rinunciando a quella francese per sottrarsi all'imposta sulla ricchezza introdotta dal Governo Hollande è emblematico del dominio della dimensione economica su ogni altra sfera di vita e della perdita di senso politico della cittadinanza, che talvolta, come nel caso illustrato, si riduce alla titolarità di un passaporto.

## **5.2. Oscuramento dei criteri di legittimazione del diritto connessi al principio di territorialità**

I criteri di legittimazione del diritto legati al principio di territorialità e ai valori sostanziali della partecipazione civica, della rappresentanza, dell'autovinculatività democratica (il principio di legalità e la riserva di legge) cedono il posto, nello spazio normativo globale, a criteri di legittimazione di tipo procedurale che si dissociano dal principio di territorialità e da meccanismi di produzione politica del diritto. Quale criterio generale di misurazione della legittimità degli atti giuridici si afferma infatti il *Rule of Law*, declinato in una serie di requisiti procedurali (*fairness, due process*) che lasciano sullo sfondo il problema se decisioni collettive pubbliche incidenti sulle libertà o comunque su beni essenziali per la vita sociale<sup>96</sup> siano riferibili a istituzioni "sitate", rappresentative di interessi radicati in territori<sup>97</sup>, e rispondono unicamente al quesito se la limitazione dei diritti sia ragionevole e proporzionata<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> M. Terni, *Stato*, cit. 18.

<sup>96</sup> Secondo la *Wesentlichkeitstheorie* elaborata fin dal 1958 dal tribunale costituzionale federale tedesco con riferimento all'istituto della riserva di legge: cfr. BVerfGE 33, 125 ss.; 33, 303 ss.; 47, 46 ss.; 49, 89, 126; 90, 286 ss.; 95, 251, 307 ss. Per approfondimenti, sia consentito il rinvio a G. Scaccia, *Appunti sulla riserva di legge nell'esperienza costituzionale tedesca*, in *Diritto Pubblico*, 2001, 219 ss.

<sup>97</sup> E in tal senso, come osserva M. Manetti, *Territorio*, cit., 1994, 2, la territorialità dello Stato coincide con la sua politicalità, cioè con la funzione di rappresentanza degli interessi generali di una popolazione insediata in un dato spazio fisico.

<sup>98</sup> Nel campo del diritto UE questa nozione di *Rule of Law* è quanto mai vaga. Nota I. Ward, *Europe and the "Principles" of article 6*, in *King's College Law Journal*, 11 (105), 2000, 107 ss., 109: "There is no coherent concept of a rule of law in the new Europe, because neither the judges nor the politicians dare to venture what it



L'affermazione del *due process* è stata, in effetti, favorita dalla diffusione davvero planetaria del principio di proporzionalità e del bilanciamento come tecniche giudiziali di composizione fra principi e interessi contrapposti<sup>99</sup>.

Nel sorgere di modalità di garanzia universalmente riconosciute può vedersi, sia pure in forma abbozzata, il nucleo fondativo di un *costituzionalismo globale* che affida a organismi non territoriali la tutela contro gli abusi del potere di Stati e operatori privati. Affiorano “isole di legalità” – come le definisce Gaetano Silvestri<sup>100</sup> – nel mare del diritto globale; e sottraggono ambiti crescenti alla deregolazione e all'arbitrio, ponendo vincoli giuridicamente azionabili alle forme vecchie e nuove di potere. Di questi, pur importanti e promettenti istituti di garanzia, non vanno però occultati i limiti e le lacune. A parte il rilievo che lo schema di giudizio della proporzionalità, in ciascuno dei passaggi nei quali si articola, incorpora valutazioni ampiamente discrezionali ed esposte perciò al più elevato soggettivismo, va detto che esso tende a tradursi in imperativi di carattere formale (trasparenza, obblighi di motivazione e di partecipazione al procedimento) che non pongono alcun certo e indeclinabile limite sostanziale alla compressione dei diritti<sup>101</sup>. Regole procedurali applicate sotto la riserva del contingente e quindi mutevoli (perché non esistono “*definitional balancing*” e ogni bilanciamento è necessariamente casistico) rischiano così di realizzare un'eterogenesi di fini rispetto al loro obiettivo dichiarato di accrescere il livello di protezione dei diritti e quindi di offrire tutela, prima di tutto, ai soggetti deboli della globalizzazione. Come aveva intuito Franz Neumann nel 1937, un diritto consistente in un insieme di principi procedurali applicati secondo schemi logici “flessibili” si dispone ad aggiustamenti transattivi generalmente più vantaggiosi per quella delle parti in conflitto che dispone delle maggiori risorse relazionali, culturali, economiche, di influenza<sup>102</sup>. Un diritto molto *principled* e prevalentemente giurisprudenziale, come tende ad essere questo “diritto costituzionale globale”, potrebbe rivelarsi più il diritto delle multinazionali che dei soggetti economicamente e socialmente deboli, che trovano invece

---

might be”. Tra le pronunce che hanno rilevato una violazione della riserva di legge in ambito UE la più famosa è il *Lissabon Urteil* del Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 113, 273 ss.). In senso critico sul carattere formal-procedurale del *rule of law* osserva A. Cantaro, *Lo “Stato” europeo. La governance dell'Unione come potere economico governamentale*, in Osservatorio AIC 2/2016, 6: “La concezione formalista dell'obbedienza alla legge non può essere accettata. La legge, per essere osservata, deve essere il risultato di un processo deliberativo democratico e deve rispettare i diritti umani fondamentali”.

<sup>99</sup> Si segnala il XXV volume dello *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle 2009*, Economica - Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, che ha raccolto attorno tema *Le juge constitutionnel et la proportionnalité* i contributi di studiosi provenienti da ogni parte del globo, dal Brasile all'Egitto, dal Giappone al Kuwait, passando per il Sud-Africa e gli Stati Uniti, oltre ovviamente all'Europa. Fra le monografie più complete e profonde sulla proporzionalità, si raccomandano A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; e S. Cognetti, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino 2011.

<sup>100</sup> G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Costituzionalismo e Globalizzazione*, Annuario AIC 2012, Jovene, Napoli, 2014, 152.

<sup>101</sup> Per una ficcante critica alla struttura logica del controllo di proporzionalità e alle sue “patologie”, T. Endicott *Proportionality and Incommensurability*, in G. Huscroft - B. W. Miller - G. Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge 2014, ora disponibile in italiano con il titolo *Proporzionalità e incommensurabilità*, in G. Pino - V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016, 287 ss., e max. 309 ss.

<sup>102</sup> Lucide intuizioni in F. Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in Id., *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt am Main, 1937.

nella rigidità applicativa della regola la più forte garanzia che il loro *handicap* non si trasporrà in un fattore di debolezza sul piano giuridico (e giudiziale).

### **5.3. Mutamento dei tradizionali criteri di legittimazione della normatività nel diritto globale a-territoriale**

La normatività del diritto a-territoriale globale riposa sempre più sull'effettività e sulla consuetudine, anziché sulla legittimazione democratica. Quando la produzione del diritto non ripete più la sua legittimazione dalla territorialità democratica (cioè dall'essere riferibile a un luogo di esercizio della democrazia politica), i criteri di validazione dominanti sono l'efficienza funzionale, l'economicità, e in definitiva l'effettività, che pone ai margini il principio di legalità<sup>103</sup>.

Rapporti di vita, negoziazioni, relazioni commerciali, scambi avvengono al di fuori della sfera di norme generali e astratte, senza dunque la mediazione e selezione degli organi di direzione politica degli Stati, sulla base di patti di natura privatistica; e si avviano prassi contrattuali in assenza di diritto (come accade nei *grey markets*), che piuttosto arriva dopo, quando quelle forme di regolazione del mercato hanno guadagnato consenso e visibilità. Si tratta di un diritto formato per lo più di clausole generali, in cui il principio di buona fede e il valore correttivo dell'equità assolvono alla funzione di chiusura simile a quella svolta, nel diritto costituzionale interno, dal principio di ragionevolezza. Un diritto che si alimenta di fonti variegata, ma accomunate tutte dal loro carattere *bottom-up*, ossia dal loro nascere dal caso e per il caso per stabilizzarsi progressivamente e divenire universali con l'uso e la reiterazione: gli usi del commercio internazionale, la giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali e i modelli contrattuali di maggiore impiego nella prassi internazionale. Il diritto globale si forma a contatto con la vita in un processo di continuo affinamento e di verifica empirica costante in ordine alla sua efficacia e funzionalità rispetto alla soluzione dei problemi pratici da fronteggiare e, per il tramite degli arbitrati internazionali, prevale su norme imperative del diritto nazionale. A ciò deve aggiungersi che, in mancanza di una regolazione disposta da specifiche autorità nazionali di settore, la *lex mercatoria* "assume una funzione regolativa e redistributiva", senza tuttavia essere riferibile, neppure in via indiretta, a criteri di legittimazione democratica<sup>104</sup>. Soggetti privati, operanti in specifici ambiti del mercato, si autoimpongono condizioni contrattuali che hanno rilievo non meramente personale e sinallagmatico, ma "pubblicistico", offrendosi come generale norma di regolazione di quel dato segmento di mercato globale, senza trarre da altro la forza giuridica e la legittimità delle norme poste, se non dall'uniformità e reiterazione delle prassi concordate.

Norme consuetudinarie così formate, nello spazio deterritorializzato del mercato globale, vengono a loro volta riprese e validate dalle giurisdizioni statali e, in un gioco di reci-

---

<sup>103</sup> Fra i primi a sviluppare organicamente questa riflessione, F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2003, 229 ss.

<sup>104</sup> A. Di Martino, *op. cit.*, 360.

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

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

La crescita della forma contrattuale e soprattutto della decisione giudiziale a scapito della legge è del resto comprensibile. Da una parte, la forma giuridica che maggiormente si presta a varcare i confini della territorialità statale e disporsi a un uso globale è quella giurisdizionale. Dall'altra, il contratto e la sentenza appaiono più adatte dei precetti generali e uniformi della legge a confrontarsi con sistemi caratterizzati da un pluralismo esasperato. Tanto il contratto, quanto la sentenza, pongono difatti gli attori in campo nella loro singolarità ed elaborano soluzioni valide caso per caso, insuscettibili di definire stabili ordinazioni gerarchiche fra gli interessi e i principi che vengono di volta in volta in rilievo. Disattivano, perciò, il conflitto ideale che al contrario deflagrerebbe se quelle stesse posizioni divergenti dovessero essere accordate a livello di principio, in testi legislativi dotati di effetti generali.

Vi è chi plaude a questa trasformazione del diritto contemporaneo, che vede la contaminazione di moduli di stampo anglosassone con istituti e modelli di formazione del diritto tipici della tradizione di *common law*; e la considera il segno di un superamento del diritto rigidamente positivista, che era stato edificato attorno all'idea dello Stato nazionale e che non sarebbe più adatto a uno Stato costituzionale aperto e cooperativo (*Offene Verfassungsstaat*) che si connette ai circuiti transnazionali di formazione del diritto e fa dell'interdipendenza funzionale la sua regola aurea<sup>105</sup>. In questa prospettiva, è fisiologico che

---

<sup>105</sup> Fra i molti rappresentanti di questo indirizzo di pensiero, basti il rinvio a Sabino Cassese e ai numerosi scritti in cui ha dato il suo contributo all'edificazione della nozione stessa di diritto globale. Si vedano almeno: S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009; Id., *La globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003; Id., *Oltre lo Stato*, cit.; Id., *The Globalization of Law*, in *Journal of International Law and Politics*, 2005, vol. 37, n. 4, 973 ss.; *Territori e potere*, in cui peraltro prende atto della ripresa di ruolo degli Stati e della rivincita dei territori. Una recente, radicale contestazione della esistenza stessa di un diritto glo-

le aspettative di funzionalità e di efficienza del sistema, nello Stato post-nazionale della globalizzazione, si indirizzino più nei confronti degli attori giurisdizionali, dei regolatori indipendenti, che delle istituzioni politiche rappresentative.

Non mancano però le voci critiche di quanti replicano che i *big regulators* della *big society* globale sono funzionari statali, magistrati, operatori di *law firms*, comunque soggetti detentori di un potere cui non corrisponde alcuna forma di responsabilità. E riflettendo specificamente sul sistema europeo, dove pure la “legge” (intesa come il “diritto derivato”) non è in piena consonanza con i principi – la divisione dei poteri e la legalità – che stanno a fondamento dello Stato di diritto formale, vi è chi paventa il rischio che la crisi del diritto di formazione politica, a livello interno e a livello europeo, comporti un “rischio di civiltà per l’Europa in quanto tale e la sua eredità culturale”<sup>106</sup>.

Il problema vero sembra essere che il Politico, mentre perde il suo radicamento nella territorialità statale, non muove verso altro luogo nel quale trovare albergo, ma sembra quasi disperdersi, divenire inafferrabile. Il venire meno dei tradizionali luoghi di formazione democratica delle decisioni non si accompagna all’individuazione di arene di partecipazione e discussione democratica – e dunque di integrazione politico-sociale – analoghe a quella statale. E si registra un non compiuto allineamento del principio democratico con la logica dei *non luoghi*, sicché, se il vecchio sovrano statale appare ogni giorno più incanutito e vicino all’abdicazione, non si intravede ancora un nuovo sovrano che possa prendere le redini. Guadagna, insomma, crescente forza esplicativa la notazione di Massimo Luciani, secondo la quale le tecnostrutture del diritto globale sarebbero capaci di mostrare solo forza distruttiva delle antiche categorie statuali, non già forza costitutiva di un nuovo *νομός* democratico<sup>107</sup>.

## 6. Territorio e confine.

### **6.1. Il confine territoriale come fattore identificativo del rapporto amico-nemico e la despazializzazione dei teatri di guerra.**

Racconta Jorge Luis Borges che l’imperatore cinese Shih Huang Ti, quando giunse al potere e avviò la costruzione del più esteso confine artificiale della storia (la grande muraglia), dispose che fossero distrutti tutti i libri esistenti, perché fosse rimossa ogni traccia dei suoi predecessori. La narrazione borgesiana ci consegna una suggestione potente: tracciare un confine, quando non si tratti di recingere uno spazio proprietario fra privati, ma di segnare

---

bale in F. Gallo, *Il diritto e l’economia. Costituzione, cittadini e partecipazione*, in *Contratto e impresa* 3/2016, 616 ss., 619 ove si afferma: “tutto ciò che viene avvicinato al diritto globale è in realtà un luogo dove interagiscono svariati sistemi nazionali in competizione”, che ha come effetto “la graduale sostituzione del modello anglo-americano dell’impresa commerciale e della concorrenza a quello europeo-continentale, definito come modello di artigianato giuridico”.

<sup>106</sup> Così A. Carrino, *Il suicidio dell’Europa*, Mucchi, Modena, 2016, 49.

<sup>107</sup> M. Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.* 1996, 129, nt. 20.

il *limes* di una comunità politica, è un'opera di rimozione della memoria<sup>108</sup>, una cesura del flusso storico.

E ciò non solo nel senso comune che l'apposizione di un confine presuppone la volontà di marcare una differenza, una soluzione di continuità nell'indistinzione dello spazio geografico, ma anche in quello meno banale – disvelato dall'antropologo Fredrik Barth<sup>109</sup> – che la posizione di un confine, di per sé stessa, anche quando è forzata e artificiosa, quando non corrisponde a linee di divisione storico-culturali, fa emergere differenze per il fatto stesso di essere stata segnata e spinge alla ricerca di ulteriori diversità che la legittimino razionalmente. La delimitazione di un territorio è dunque, al contempo, *causa* ed *effetto* della separazione di culture, identità, valori collettivi fra chi è da una parte e chi è dall'altra parte del confine. E sul confine sono sempre passate, nel corso storico, le linee della legalità e dell'illegalità, dell'amicizia e del conflitto.

Le linee della guerra. Tanto nella prospettiva westfaliana dell'Occidente, quanto in quella propria della cultura orientale – almeno a far data dalla dinastia Zhou (700 a.c.) – la guerra, fattore costitutivo del "Politico", è stato uno dei tratti indefettibili per la costruzione dello Stato<sup>110</sup>. Per secoli e millenni è stato effettivamente così. La guerra era elemento identificativo dell'amico e del nemico; il mezzo di risoluzione delle controversie internazionali fra Stati quando le risorse della diplomazia fallivano; il male necessario per ristabilire una pace duratura, fin quando un nuovo equilibrio di forze si affermava in modo egemonico e rivendicava, solitamente attraverso un altro conflitto, una revisione degli equilibri preesistenti. Questa tipologia di conflitto bellico era saldamente collocata nella dimensione spaziale. Era una guerra *di confine* e *per il confine*, che contrapponeva Stato a Stato, popolo a popolo.

Nel contesto globalizzato dello Stato "disaggregato" le condizioni e le forme di manifestazione del *bellum* sono radicalmente cambiate, per il concorrere di due convergenti fattori: a) la collaborazione interistituzionale necessaria per il funzionamento del mercato globale, che scoraggia il ricorso ai conflitti militari tradizionali; b) la despazializzazione dei teatri di guerra.

a) La dispersione e frammentazione dei luoghi cui si è fatto riferimento parlando di miniaturizzazione e disaggregazione dello Stato rende necessaria e inevitabile l'interdipendenza fra Stati e fa della cooperazione l'unica opzione realistica e politicamente pagante, scoraggiando il ricorso al conflitto. Lo Stato monolitico della tradizione bodiniana, nello scomporsi in un fascio di relazioni funzionali che lo innestano in una rete di istituzioni transgovernative, si dispone e si obbliga per ciò stesso ad accantonare l'idea che lo scontro bellico tradizionale possa rappresentare uno strumento efficiente di risoluzione delle contro-

---

<sup>108</sup> J. L. Borges, *La muraglia e i libri* (1950), in *Altre inquisizioni*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1991, 9 - 11. Ringrazio per la citazione, e per le stimolanti conversazioni sul tema del territorio, il collega "teramano" Paolo Marchetti, che ne fa uso nel suo *De iure finium. Diritto e confini tra tardo Medioevo ed età moderna*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 2, nt. 2

<sup>109</sup> F. Barth, *Introduction*, in *Ethnic groups and boundaries. The social organization of culture difference*, Universitetsforlaget, Oslo, 1969.

<sup>110</sup> F. Fukuyama, *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution*, Profile Books, London, 2011, 110 ss., che indaga la genesi della forma statale non limitandosi alla cultura occidentale, ma analizzando le fonti e le esperienze d'Oriente.

versie internazionali e si coarta all'accordo. La guerra è opzione sempre meno vantaggiosa in termini economici, quindi sempre più estranea alle relazioni internazionali degli Stati che accettano le regole del mercato globale. La pace ininterrotta che regna in Europa dalla fine della seconda guerra mondiale è il segno tangibile della piena riuscita della scommessa su cui si avviò l'integrazione comunitaria: l'interdipendenza economico-funzionale fra economie e sistemi nazionali ha espulso il *bellum* dall'orizzonte delle possibilità di azione politica nell'Occidente europeo. Se, però, la guerra guerreggiata di vecchio conio, come strumento generativo di nuove egemonie, si manifesta oggi solo nei punti di faglia del sistema, tenendo immuni i territori dei Paesi *leader* dell'economia globalizzata, nuove forme di conflitto, più subdole e indecifrabili, si affacciano all'interno delle comunità politiche nazionali, dando forma a quella condizione che è stata definita da Habermas – con specifico riguardo al terrorismo – come “*Krieg im Frieden*”<sup>111</sup>.

b) La guerra, e la politica statale con essa, richiedono una localizzazione che consenta di segnare un dentro e un fuori, una linea di separazione fra l'amico e il nemico. Questa localizzazione è indispensabile per la “procedimentalizzazione” dello scontro bellico e quindi per la sua limitazione giuridica. La guerra così intesa, come guerra fra Stati-nazione, risponde a una codificazione formale (dichiarazioni di guerra, trattati di pace), è dominabile dall'artificialità normativa e riducibile a regola. Regola che viene meno quando, con la guerra civile, la linea di demarcazione amico-nemico passa dentro il territorio statale, che vede allora messa in questione la propria forma politica e contestata la propria specifica legalità. Questa dimensione spaziale della guerra, che da sempre è alla base del mescolamento degli uomini sul globo<sup>112</sup>, e che tanta parte ha avuto nella costruzione dei confini, è messa in crisi dalla trans nazionalità della guerra, che non contrappone Stati sovrani, ma assume forme diverse dal conflitto bellico tradizionalmente inteso (la violazione dei diritti umani nei confronti di minoranze; la repressione interna, la presa di campo di gruppi privati organizzati), tanto da meritare la qualificazione di guerra post-moderna<sup>113</sup>. Lo sviluppo tecnologico, che già con l'aviazione militare aveva cominciato a porre in crisi la forma interstatale della guerra, sta ora imprimendo un'accelerazione fortissima a tale processo grazie ai droni armati. Essi, pur concepiti per compiere azioni selettive (secondo la divisione del campo di battaglia in *kill-box*), possono colpire, in forme tipiche del conflitto bellico, aree e Nazioni fra di loro in pace, “de-spazializzando” il campo di battaglia, e togliendo in particolare all'attraversamento del

---

<sup>111</sup> J. Habermas, *Der gespaltene Westen*, 2004, Frankfurt a.M., trad. it. *L'occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 12 ss. E il terrorismo in effetti, ha fatto venire meno la tradizionale regola per la quale l'esercizio del diritto di autodifesa previsto dall'art. 51 della Carta delle nazioni unite presuppone quale sua condizione imprescindibile la commissione di un atto di guerra. L'attacco terroristico, pur non imputabile ad un'organizzazione statale, legittima il ricorso all'uso della forza da parte dello Stato attaccato inquadrandosi giuridicamente come atto autodifesa. Sul punto, R. Barberini, *Terrorismo e guerra*, in *Quest. giust. (speciali) Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, Settembre 2016, 68 - 70.

<sup>112</sup> I. Kant, *Per la pace perpetua*, cit., 71 ss.

<sup>113</sup> M. Kaldor, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale*, trad. it. di G. Foglia, Carocci, Roma, 1995, 11 ss.; sul punto anche M. Cartabia – L. Chieffi, *Art. 11* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario*, cit., 271.

confine il carattere tradizionale di “*casus belli*”<sup>114</sup>. I droni attraversano infatti il confine e operano anzi stabilmente in territorio altrui senza che si avverta in tali condotte il tratto dell’invasione di un territorio nemico.

Il processo di sradicamento spaziale dei principali teatri di guerra è ancora più evidente nella guerra cibernetica e terroristica. Il nemico, infatti, non è più, necessariamente, un’istituzione statale, o una comunità politica ben definita, i cui armigeri si pongono oltre il confine terrestre o nel cielo che sovrasta il territorio statale. Il nemico è ovunque e in nessun luogo. Assume le vesti dell’adolescente *nerd* che maneggia il computer come un’arma, attaccando istituzioni, banche, soggetti variamente configurati come “dominanti” e “oppressori”, o della rete *Anonymus*, che coltiva l’ambizione di rappresentare gli “sconfitti” della globalizzazione boicottando le istituzioni di riferimento del *global market*; oppure ha le sembianze del terrorista solitario, il *lone wolf* autoattivatosi sulla base di una visione estremistica del suo credo religioso.

La perdita di riferimenti spaziali di questa inedita guerra “globale”, che è affidata in parte all’iniziativa individuale ed è combattuta con armi di facilissimo ed economico uso (e per questo ha un tasso di imprevedibilità non dominabile), non ha il medesimo statuto giuridico, né lo stesso chiaro esito normativo della guerra tradizionale. In essa diventa problematica la partizione amico-nemico, perde di definitezza il rapporto interno-esterno e si confonde la stessa differenza fra vincitori e vinti. Il nemico vive infatti all’interno della comunità politica, e combatte una guerra asimmetrica, non riducibile a una forma data. Nei plurimi punti di tensione della rete transnazionale, vincitori e vinti non sono nettamente separati e non possono riconoscersi reciprocamente e porre fine al conflitto con un trattato di pace. La guerra segue il processo di dispersione del potere e si disperde e frammenta anch’essa, sganciandosi dai territori e dagli obiettivi di conquista degli spazi “politici” – il territorio statale o la sede delle istituzioni che lo rappresentano e simboleggiano – e piuttosto persegue progetti di boicottaggio delle infrastrutture immateriali della globalizzazione, o, nel caso del terrorismo islamista, di desertificazione dei luoghi in cui si esercitano le libertà individuali e si sviluppa la vita collettiva<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> A. Carati, *Separazione e contaminazione: il doppio volto della guerra dei droni*, in *Quaderni di Scienza Politica*, 1/2017.

<sup>115</sup> Deve aggiungersi nello spazio di una nota che la guerra terroristica – sia essa a sfondo religioso o ideologico – non riconosce al nemico lo statuto di *hostis*, ma lo qualifica come *inimicus*: un soggetto che ostacola con la sua stessa esistenza la realizzazione dell’ordine utopico immaginato dal terrorista e perciò deve semplicemente essere espulso dall’umanità terrestre e dalla storia. A questo nemico totale viene negata la stessa umanità, e pertanto gli si disconosce qualunque diritto, persino quello alla codificazione normativa del conflitto. L’assenza di limite morale all’eliminazione del nemico non è certo nuova nella storia (ce lo ricorda ogni anno la giornata della memoria della Shoah), ma è oggi più che mai preoccupante perché si somma alla grave crisi economica e sociale che attanaglia l’occidente europeo e alla perdita di compattezza e di omogeneità delle società occidentali, nelle quali la mobilità massiccia, priva di efficaci politiche di integrazione culturale, è “infeconda” (così A. Dal Lago, *Esistenza e incolumità: Zygmunt Bauman e la fatalità del capitalismo*, Postfazione a Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, VI ed., Feltrinelli, Milano, 2015, 217 (trad. it di *In search of politics*, Polity Press, Cambridge, 1999), e pone milioni di uomini uno accanto all’altro in condizione di reciproca estraneità, se non di diffidenza od ostilità. Sulla “filosofia” terroristica, dense riflessioni in J. Baudrillard, *L’ésprit du terrorisme*, Gallimard, Parigi, 2001.

## **6.2. Crisi del confine territoriale, migrazioni di massa e ripensamento del limes alla luce dell'universalismo dei diritti**

La nozione di confine, così decisiva per l'identificazione del *Feind* e del *Freund* e quindi per la costituzione del Politico, registra un mutamento di paradigma e di significato. Il confine territoriale tradizionalmente inteso ha perduto infatti la sua funzione differenziatrice, intrecciandosi con altri confini spaziali e giuridici, che si intersecano e si sovrappongono a quello statale, in corrispondenza con la moltiplicazione degli spazi dell'azione sociale. Le diverse modalità di svolgimento dell'attività umana, in sistemi caratterizzati da un crescente pluralismo culturale e ideale, si proiettano – come si è già rilevato – all'esterno del territorio statale, autonomizzandosi da questo. Ambiti di vita crescenti tendono a sottrarsi alle regolazioni statali, a differenziare il loro spazio politico, economico e sociale dallo spazio pubblico istituzionalizzato, a dotarsi quindi di una propria costituzione civile<sup>116</sup>. Il variegato mondo vitale della società globale si de-statalizza; e al criterio meramente territoriale di apposizione dei confini si sovrappone un criterio funzionale. Con la conseguente, inevitabile “regionalizzazione”, o meglio relativizzazione sistemica delle costituzioni politiche, le quali, nell'impossibilità di definire regole proiettate oltre gli orizzonti nazionali e capaci di orientare l'agire dello spazio globalizzato, sembrano doversi limitare alla regolazione e al governo delle interazioni reciproche fra spazi territoriali e spazi sistemici<sup>117</sup>.

Sebbene sia una nozione entrata in un campo di tensione, fra spinte identitarie e aperture mondialiste, il confine non ha disperso il suo valore etico-politico quale fondamento giustificativo delle politiche di controllo delle frontiere. Il carattere strutturale – e non più contingente – delle migrazioni di massa e la difficoltà degli Stati “di destinazione” di esercitare il pieno presidio dei propri confini territoriali stanno peraltro riconformando la frontiera, dilatandola o restringendola rispetto a quella risultante dalle rilevazioni cartografiche nella misura considerata migliore per un più efficace controllo sull'immigrazione. Si pensi ai pattugliamenti esercitati fuori dalle acque territoriali o alla ritrazione artificiale del confine praticata dagli Stati Uniti e dall'Australia allo scopo di creare una zona cuscinetto extraterritoriale in cui svolgere procedure di espulsione sottratte alle garanzie giuridiche previste dalle leggi nazionali, e peculiarmente al due *process of law*.

Quali che siano le soluzioni tecniche prescelte, torna al centro della riflessione teorica la questione del diritto degli Stati a difendere le loro frontiere e la ricerca di un fondamento costituzionale a opzioni selettive sull'immigrazione. Come giustificare, nell'ottica cosmopolitica della comunità globale, i criteri di inclusione e di esclusione connessi alla cittadinanza nazionale<sup>118</sup>?

---

<sup>116</sup> G. Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, 1 ss.; Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma, 2005.

<sup>117</sup> Questa la riflessione di A. Di Martino, *op.cit.*, 285, che movendo da premesse luhmanniane, giunge a porre in questione il fondamento statalista della concezione della Costituzione e indaga i riflessi della scomposizione dello spazio di regolazione dell'attività umana sulla teoria della Costituzione e della democrazia.

<sup>118</sup> A. Di Martino, 488.



Sul piano di una riflessione giusfilosofica orientata al kantismo repubblicano, cioè all'universalismo dei diritti umani, il tema dei limiti etico-giuridici al presidio delle frontiere è stato affrontato partendo da una ricostruzione dei diritti territoriali dello Stato come diritti esercitati quale rappresentante e *procurator* nell'interesse della popolazione (o meglio delle popolazioni che una certa porzione di terra hanno storicamente acquisito e valorizzato). Secondo David Miller, che di recente ha patrocinato questa tesi, il mandato di cui lo Stato è titolare consentirebbe scelte di difesa delle frontiere dall'immigrazione nelle quali verrebbero a scontrarsi i diritti delle popolazioni insediate e i "diritti umani di coloro che stanno fuori"<sup>119</sup>. Con la conseguenza che "se i bisogni fondamentali di coloro che stanno fuori del territorio possono essere soddisfatti soltanto trasferendo loro alcune delle sue risorse, o dando loro accesso al territorio, allora giustizia esige che si faccia così"<sup>120</sup>. Basterebbe replicare a questa conclusione che nel mondo del diritto l'ideale filosofico di giustizia è destinato a restare una meta inarrivabile; e che è spesso necessario rinunciare alla sua piena realizzazione, per limitarsi a ricomporre bilanciamenti "ragionevoli" fra esigenze contrapposte e parimenti meritevoli di tutela: nel caso di specie, il rispetto dei diritti umani, ma anche l'insopprimibile potere degli Stati di regolare gli ingressi nel proprio territorio a tutela della sicurezza, della sanità, dell'ordine pubblico<sup>121</sup>.

Lo stesso Miller, con riguardo all'aspettativa degli immigrati di insediarsi stabilmente nel territorio dello Stato ospitante, assume che l'esercizio del diritto al controllo delle frontiere sia giustificato "in relazione alle particolari circostanze in cui si trovino le singole società", nello specifico senso che "una società di grandi dimensioni, che sia già al suo interno culturalmente diversificata, avrà *ceteris paribus* meno ragioni per limitare l'immigrazione, vuoi in termini di numero complessivo, vuoi in termini del tipo di persone ammesse, rispetto a una piccola comunità" più coesa e dall'ecosistema più fragile. Pur senza dirlo, e anzi negando che lo Stato abbia "un diritto a selezionare gli immigranti di lungo termine su basi culturali", Miller finisce però per collegare il controllo delle frontiere – in un rapporto di proporzione inversa – al grado di diversificazione culturale già presente in una società. Ed è quanto mai chiaro come in questo preciso momento storico sia forte, nel dibattito politico, la tentazione di far coincidere le differenze culturali con le differenze religiose. Segnare un limite a questo riguardo è operazione drammaticamente difficile, e si espone alle più patenti violazioni del principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3, primo comma, Cost., che enumera espressamente la religione tra i fattori che non possono costituire elemento di irragionevoli discriminazioni soggettive. Fermo restando tutto ciò, e pur dovendo riconoscersi che l'inclusione dell'immigrazione non è solo una necessità derivante dal suicidio demografico dell'Europa, ma un valore positivo, poiché implica accettazione del diverso da sé e quindi attiva feconde

---

<sup>119</sup> D. Miller, *op.cit.*, 456.

<sup>120</sup> D. Miller, *op.cit.*, 457.

<sup>121</sup> Il potere statale di presidio delle frontiere giustifica la previsione di sanzioni penali per l'entrata illegale di stranieri nel territorio nazionale. Sul punto, basti il richiamo alla giurisprudenza della CGUE (fra le molte, sentenze 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian*, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor*, 1 ottobre 2015, *Celaj*, C-290/14).

contaminazioni culturali<sup>122</sup>, vi è però un limite oltre il quale l'inclusione dell'Altro diviene esclusione di Sé, disconoscimento della propria identità culturale e del proprio *Lebenswelt*<sup>123</sup>. A segnare questo incerto e mobile confine sono l'insieme delle libertà costituzionalmente garantite e il rispetto della dignità della persona e dell'eguaglianza, specie fra i sessi. Su questo terreno l'umanesimo razionalista che ispira la nostra civiltà costituzionale può incontrarsi con la millenaria tradizione sapienziale che ci proviene dalle religioni senza rinunciare alla propria *ratio essendi*, e senza d'altro canto offrire la copertura di un credo religioso a discriminazioni non tollerabili nello spazio pubblico di una democrazia pluralista.

In un ordine di riflessioni schiettamente giuridico, e orientato alla prassi politica, vi è chi propone di ripensare il confine alla luce del paradigma interpretativo multiculturalista, che sarebbe quello più coerente con l'universalismo dei diritti della comunità globale. Questo indirizzo di pensiero, che ha trovato da ultimo un'acuta interprete in Alessandra Di Martino, nega il valore escludente del confine, la funzione determinativa – schmittianamente – del *Feind* e ne rivendica il carattere "poroso"<sup>124</sup>, facendo del *limes* il luogo del riconoscimento reciproco dei diversi fondato sul rispetto dell'essere umano. Da questa angolazione, le politiche di ingresso dovrebbero essere orientate dal principio costituzionale della dignità umana anziché dall'esigenza della sicurezza pubblica. Non si tratta – come precisa la Di Martino<sup>125</sup> – di attribuire al migrante un diritto perfetto di ingresso nel territorio europeo "bensì di fissare, a partire dalla dignità rivendicata da un essere umano e non dal bisogno di sicurezza di una data comunità, una misura al di là della quale le politiche nazionali ed europee possano, ove quel principio risulti violato, essere censurate come arbitrarie".

Proposte interpretative come quella in esame sono utili a inquadrare le politiche di difesa dei confini (e quindi di ingresso e di respingimento) nella loro corretta cornice costituzionale, e cioè a porre in termini corretti il bilanciamento fra sicurezza dello Stato e diritti da riconoscersi all'uomo in quanto tale, astratto da ogni appartenenza alla comunità politica, da ogni statuto soggettivo di conformità o difformità rispetto alle leggi della frontiera e del confine. E tuttavia il punto decisivo e cruciale è quale preciso contenuto ascrivere agli interessi che la giurisprudenza costituzionale ha posto come fondamento giustificativo del potere/dovere statale di presidiare le frontiere e come limite alla discrezionalità legislativa nelle politiche di immigrazione: la sanità, la sicurezza, l'ordine pubblico<sup>126</sup>, i vincoli di carattere internazionale<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> Osserva G. Laneve, *Istruzione e identità culturale: le potenzialità di una relazione profonda, in una prospettiva interna ed europea*, in *federalismi.it.*, n. 24/2012, 22, che "la globalizzazione non solo ha favorito i contatti e le mescolanze tra le diverse culture, ma ha profondamente inciso anche su processi neogenerativi di culture localistiche".

<sup>123</sup> R. Ferrari Zumbini, *L'Europa fra luogo e non-luogo*, in *Il Mulino* 2/2016, 338 ss., 339 il quale lucidamente annota: "occorre comunque domandarsi quale contenuto abbia il "sé" dell'Europa. Volenti o nolenti ci si deve porre la domanda del limite, di quel limite oltre il quale l'inclusione diviene esclusione di sé, l'abrogazione di sé".

<sup>124</sup> A. Di Martino, *op. cit.*, 512

<sup>125</sup> A. Di Martino, *op. cit.*, 514.

<sup>126</sup> *Ex plurimis*, Corte cost., sentt. n. 104/1969, 144/1970, 62/1994, 146/2002, 206/2006, 148/2008; 187 e 250/2010; 172/2012; 98, 172 e 202/2013, 168/2014. Nella sent. n. 353/1997 si legge: "Lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere" e che "le regole stabilite in funzione di un adeguato

Mentre l'individuazione in concreto delle condotte implicanti un rischio per la sanità pubblica sembra lasciare margini minori all'interprete, le nozioni di sicurezza e di ordine pubblico sono ben più manipolabili e scivolose in sede applicativa e giudiziale. La loro estrema indeterminatezza concettuale può infatti dare copertura a discriminazioni odiose, come talora è accaduto con quelle ordinanze sindacali "anche" contingibili e urgenti (ex art. 54, comma 4, t.u.l.p.s.)<sup>128</sup> che, con il pretesto dell'ordine pubblico, miravano in realtà a colpire selettivamente attività commerciali gestite da stranieri (e come è ora clamorosamente manifesto nell'Executive Order adottato dal Presidente statunitense Trump, che transitoriamente ha bloccato l'accesso, sul suolo americano, di rifugiati e cittadini provenienti da 7 Paesi africani ed arabi a maggioranza musulmana)<sup>129</sup>.

È da escludere che dei due termini si possa dare una lettura "penalistica" basata sulla presunzione che la concentrazione di uomini normalmente privi di risorse economiche possa procurare un incremento dei livelli di criminalità nelle comunità su cui insistono<sup>130</sup>. Politiche restrittive all'ingresso non possono fondarsi su presunzioni di pericolosità sociale dei migranti.

Nel contesto dell'economia globalizzata, che produce una perdurante crisi di sovranità fiscale dello Stato, la sicurezza potrebbe piuttosto assumere una connotazione spiccatamente economica, cioè politicamente collegata alla necessità di conservare integri i presupposti finanziari dello Stato sociale. Politiche di ingresso orientate – come propone Di Martino – dal "principio costituzionale della dignità umana", se condotte alle loro più coerenti conseguenze applicative, potrebbero rivelarsi incompatibili con la missione propria del *Welfare State*, che consiste non tanto nella redistribuzione della ricchezza, quanto nella protezione, e

---

flusso migratorio" sono "poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, di tutti coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali".

<sup>127</sup> Il potere di ammettere o di escludere gli stranieri dal territorio nazionale è riconosciuto dal diritto internazionale consuetudinario quale esplicazione del principio della sovranità territoriale ed implica la potestà di ordinare a stranieri o a gruppi di stranieri di abbandonare il proprio territorio (Corte EDU, sent. 28 maggio 1985, *Abdulaziz e al c. Regno Unito*; § 67, 21 ottobre 1997, *Bonjulifa c. Francia*, § 42). Limitazioni sono peraltro previste da accordi internazionali, e segnatamente dalla CEDU, che nell'art. 4 del Protocollo n. 4 espressamente vieta le espulsioni collettive o di gruppo. Fra le pronunce relative all'Italia, si veda ad es. Corte EDU, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri*, sui respingimenti in alto mare e sui limiti che la disciplina dei procedimenti di espulsione incontra negli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) e 13 (diritto a un ricorso effettivo) CEDU.

<sup>128</sup> Con sent. 115/2011, la disposizione citata è stata colpita da declaratoria di incostituzionalità, nella parte in cui comprende la locuzione «anche» prima delle parole «contingibili e urgenti».

<sup>129</sup> Per un primo commento, si veda D. De Lungo, *Il bando di Trump al vaglio del costituzionalista*, in *Affari internazionali*, 8.2.2017. L'A. rileva come l'adozione di misure siffatte - la cui legittimità è, peraltro, ancora incerta, in attesa di un ormai probabile giudizio della Corte Suprema - sia stata resa possibile dagli ampi margini discrezionali che l'*Immigration and Nationality Act* del 1952 lascia al Presidente, nell'opporre all'ingresso degli stranieri la lesione di non meglio circostanziati interessi nazionali. Vengono a confronto, nella specie, i par. 1152 dello U.S. Code, Titolo VIII (in cui il citato INA è trasfuso) il quale prescrive: "no person shall receive any preference or priority or be discriminated against in the issuance of an immigrant visa because of the person's race, sex, nationality, place of birth, or place of residence"; e il successivo par. 1182, il quale dispone che "whenever the President finds that the entry of any aliens or of any class of aliens into the United States would be detrimental to the interests of the United States, he may by proclamation, and for such period as he shall deem necessary, suspend the entry of all aliens or any class of aliens as immigrants or nonimmigrants, or impose on the entry of aliens any restrictions he may deem to be appropriate".

<sup>130</sup> Istruttiva al riguardo la sentenza della Corte costituzionale sentenza n. 249/2010, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità.

cioè nell'assicurazione collettiva contro le disavventure individuali. Una protezione fatta di prestazioni sanitarie, istruzione, edilizia popolare, assistenza sociale. Diritti sociali che migrazioni bibliche di diseredati espongono al rischio di progressiva erosione. Si spiega così la connessione, apparentemente paradossale, fra pulsioni xenofobiche e livello di *Welfare* e protezione sociale. "Quanto più persistono – in un determinato luogo – le protezioni 'dalla culla alla bara' (...) tanto più diventano allettanti – per l'accomunante sensazione di un pericolo imminente – gli sfoghi xenofobici". Paesi come la Svezia, la Danimarca, la Finlandia, che sono al vertice delle classifiche mondiali per qualità della vita e che generalmente sono additati come avanguardia della modernità anche sul piano della convivenza associata e del costume sociale, scoprono oggi il valore terrestre dell'identità nazionale e il sentimento di estraneità e di ostilità nei confronti degli stranieri immigrati. Per questo la xenofobia, specialmente verso i migranti, "può essere intesa come un riflesso perverso del disperato tentativo di salvare quel che resta della solidarietà locale"<sup>131</sup>. A dirlo, e a comprendere razionalmente – senza con questo ovviamente giustificarla sul piano morale – la *mixofobia*<sup>132</sup>, cioè la paura di mescolarsi che dilaga nelle città dell'occidente portando all'erezione di nuove linee divisorie, di *gated communities* (comunità precluse), architettonicamente congegnate per evitare il contatto con gli estranei, non sono, purtroppo, rozzi demagoghi o populistici arruffapopolo ma sociologi giustamente celebrati come Zygmunt Bauman (dal quale ho ripreso la citazione testuale) e Robert Castel<sup>133</sup>. Messa da parte la carità cristiana e i buoni sentimenti, con i quali purtroppo non si fa politica, le masse di migranti prodotte dagli irrisolti squilibri del mercato globale che vediamo accalcarsi alle nostre frontiere tendono ad essere percepiti in modo crescente come un messaggio di sventura per le sorti dell'istituzione suprema della solidarietà civica: lo Stato sociale. Non è casuale, del resto, che la più spettacolare capacità di assorbimento di migranti della storia umana si sia realizzata – almeno prima dell'era Trump! – negli Stati Uniti, cioè in uno Stato che affida prevalentemente al mercato la ricomposizione degli squilibri sociali, impegnando in misura ridotta le istituzioni pubbliche in un'opera di assistenza, tutela, soccorso, protezione contro le avversità della vita<sup>134</sup>. Ad attendere le masse di disperati che si riversavano da ogni dove verso la frontiera americana, era, ad Ellis Island, il mercato concorrenziale, che prometteva a tutti eguali opportunità di riuscita nella lotta quotidiana della vita, fondandosi sulla selezione meritocratica. Ad attendere invece ai valichi di frontiere marine e terrestri i disperati di oggi è la potenza militare dello Stato, che non tanto difende da presunte invasioni il proprio mercato del lavoro, anzi bisognoso – lo sa bene la Kanzlerin Merkel – del marxiano "esercito industriale di riserva", ma salvaguarda invece le istituzioni della solidarietà, il *Welfare* pubblico.

---

<sup>131</sup> Z. Bauman, *Fiducia*, cit., 9 - 10.

<sup>132</sup> Così Z. Bauman, *op. ult. cit.*, 29 definisce la paura di mescolarsi con chi ci appare irriducibilmente diverso, imprevedibile nel suo agire perché ne sono ignoti ignota la storia e l'orizzonte morale.

<sup>133</sup> R. Castel, *L'insécurité sociale: Q'est qu'être protégé?*, Editions du Seuil, Paris, 2003.

<sup>134</sup> Certo non sono mancate e non mancano negli Stati Uniti tensioni e lacerazioni a sfondo razziale, ma è pure indubitabile il complessivo successo del *melting pot* statunitense, se è vero che 50 anni dopo la condanna di Rosa Parks per essersi rifiutata di cedere il posto a un bianco su un autobus di linea (rifiuto che diede la stura al movimento di Martin Luther King) un uomo con lo stesso colore di pelle di quella involontaria eroina è diventato Presidente della Repubblica.

In presenza di una crisi della sovranità fiscale ormai strutturale, e di un vincolo costituzionale all'equilibrio di bilancio che può legittimare il sacrificio dei diritti alle esigenze della finanza pubblica<sup>135</sup>, una politica di accoglienza troppo generosa rischia insomma di pregiudicare il modello europeo di protezione sociale e il più efficace esplicitarsi delle politiche di rimozione delle diseguaglianze fra i cittadini. L'immigrazione incontrollata, in definitiva, lacera i legami sociali non perché aumenta i livelli di criminalità comune (il che peraltro è da dimostrare), ma piuttosto perché innesca una velenosa guerra fra poveri: pone le fasce sociali più deboli, e per questo maggiormente bisognose delle prestazioni e dell'assistenza dello Stato, in un rapporto di freddezza quando non di aperta ostilità nei confronti delle istituzioni pubbliche, avvertite come matrigne perché – nella percezione dei ceti popolari, che normalmente non dispongono di statistiche sui benefici dei flussi migratori in termini demografici, economici, contributivi – ritraggono la loro mano sollecita nei confronti dei membri più bisognosi della comunità politica e la dirigono verso persone estranee al patto di solidarietà civica. L'antidoto contro questa strisciante contesa sociale non può che essere il più ampio coinvolgimento degli stranieri soggiornanti nella condivisione dei doveri della cittadinanza e delle prestazioni di solidarietà civica, al fine di una loro piena ed effettiva integrazione nel tessuto sociale<sup>136</sup>.

La crescita ovunque in Europa – dalla Francia alla Germania, dall'Ungheria alla Slovacchia, dalla Polonia all'Olanda – di partiti che idoleggiano il richiamo identitario al territorio e alla Nazione non può dunque sorprendere, ma è il risultato inevitabile non solo di fallimentari politiche di integrazione culturale, ma anche, e soprattutto di un'assenza di politiche solidaristiche a livello interno ed europeo. Sembra infatti evidente che il riconoscimento ai migranti, nel diritto europeo e convenzionale, di diritti a prestazione coesenziali alla tutela della loro dignità e quindi non riducibili nel loro contenuto essenziale, non è ancora associato a un'efficace condivisione di doveri di accoglienza e di solidarietà da parte di tutti gli Stati membri; a una "comunitarizzazione" delle politiche di accoglienza fondata davvero su una visione comune di Europa, e non riflesso di tatticismi e di egoismi nazionali.

---

<sup>135</sup> Vanno richiamate almeno le sentenze della Corte costituzionale n. 10 del 2015 sulla c.d. *Robin Hood Tax*, ove a un'esigenza di tenuta dei conti pubblici è stato sacrificato il diritto inviolabile di difesa (su cui si consenta il rinvio a G. Scaccia, *Equilibrio di bilancio, irretroattività assoluta della dichiarazione di incostituzionalità e principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015*, in *Rass. Trib.*, n. 5/2015, 1106 ss.); la sent. n. 310/2013 sul blocco degli stipendi dei docenti universitari, giustificato alla luce dei vincoli di bilancio costituzionali, europei e internazionali; la sent. n. 70 del 2015, dichiarativa della illegittimità costituzionale delle norme sul blocco delle indicizzazione delle pensioni "d'oro", ove il bilanciamento fra principio dell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) e tutela dei diritti sociali ha dato un esito opposto rispetto alle due sentenze prima richiamate; la sent. n. 275 del 2016, che reca l'importante affermazione di principio: "È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Un approfondimento del tema in C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista Aic*, 2013, 1 ss., e, nella prospettiva europea, G. Bronzini, *Le misure di austerità e la giurisprudenza "multilivello". Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna?* in *Questione giustizia* 3/2015.

<sup>136</sup> Meritano pieno apprezzamento le illuminate pronunce con cui la Corte costituzionale ha censurato il divieto per gli stranieri regolarmente soggiornanti di svolgere il "servizio sociale provinciale" nella Provincia di Bolzano e il "servizio civile nazionale" (Corte cost., sent. n. 119/2015 e sent. n. 309/2013, nella quale ultima si afferma che le prestazioni volontarie di servizio civile "rappresentano la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale (...) e la partecipazione a tale forme di solidarietà deve essere ricompresa tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente".

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

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

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

Non minori difficoltà incontra la declinazione, nell’ambito della UE, della nozione di territorio. L’Unione europea non dispone giuridicamente di un proprio territorio, ma fa rinvio, per la determinazione di esso, al diritto costituzionale interno degli Stati membri, oltre che al diritto internazionale, alla stregua del quale sono segnati i confini territoriali dei singoli Stati (art. 52 TUE, art. 355 TFUE)<sup>137</sup>. Un rinvio ai territori nazionali opera anche per la definizione di due tra i più importanti corollari dell’appartenenza a uno spazio politico: la cittadinanza e il diritto di voto. Sia la cittadinanza europea, riconosciuta a “chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro” (art. 20 TFUE<sup>138</sup>), sia l’elettorato attivo e passivo per le elezioni del Par-

---

<sup>137</sup> Di territorio si parla nel TUE e nella Carta dei diritti fondamentali con esclusivo riguardo ai territori di Stati nazionali, non anche della UE. Così accade negli 21; 23; 35; 42, paragrafo 7; 43; 45, lett. b 2 d; 49, 50, par. 2, lett. d, e, f e par. 3; 55, paragrafo 2; 79 parr. 4 e 5; 88 par. 3; 89; 91, par. 1 lett. a; 111; 153, par. 1 lett. g); 172 par. 2; 199; 200; 201; 222; 299; 343; artt. 45 e 46 CDFUE.

<sup>138</sup> L’art. 20 TFUE prevede pure che «La cittadinanza dell’Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in Robert Schuman Center for Advanced Studies, Working papers 2010/60, 21, trae dal carattere mera-

lamento europeo sono infatti derivazione automatica dei corrispondenti *status* nazionali, senza che la normativa comunitaria ponga alcun requisito minimo o ulteriore<sup>139</sup>.

L'Unione europea, in breve, è *somma* di molti e diversi luoghi della politica nazionali, non *luogo unitario* della politica europea.

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

Risulta evidente, già da questi rapidi cenni, che il “territorio” comunitario ha un carattere non originario, ma derivato, e oltre tutto differenziato a seconda del rispettivo ambito di applicazione dei diversi Trattati. Non può pertanto parlarsi, a rigore, di un territorio unionale e resta priva di senso ogni attribuzione all'Unione europea, come soggetto del diritto internazionale, della sovranità territoriale, sussistendo tale sovranità solo in capo ai singoli Stati

---

mente addizionale della cittadinanza europea rispetto a quella nazionale la conseguenza che essa sia priva di autonomo valore. Valorizza invece il medesimo carattere A. Schrauwen, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at all?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 55 e ss., il quale rileva: «*If Union citizenship is additional to national citizenship, then there might one day be Union citizenship without national citizenship*». Un inquadramento generale del tema in M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, in *Eng. giur.*, Treccani, Roma, IV, 1995 e, più di recente, C. Pinelli, *Cittadinanza europea*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2007, 181 ss. Sulla cittadinanza dell'Unione come status fondamentale dei cittadini degli Stati membri, cfr. CGUE, sent. 20 Settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*. L'esigenza che «il rapporto di cittadinanza comunitaria si configurasse «in modo autonomo e tale da rappresentare un vero e proprio status, nel contesto del pieno riconoscimento e garanzia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali» è stata per la prima volta formalmente espressa nella risoluzione del Parlamento europeo del 14 giugno 1991 sulla cittadinanza dell'Unione europea (lett. F).

<sup>139</sup> La Corte di Giustizia si è espressa, tuttavia, nel senso che sono inaccettabili criteri di attribuzione della cittadinanza che violino il principio di non discriminazione (sent. 15 giugno 1978, C149/177, *Airola*) e ha definito i criteri che gli Stati membri devono rispettare nel revocare la cittadinanza nazionale, in considerazione delle conseguenze che ciò può determinare sulla cittadinanza europea (sentenza 7 luglio 1992, C-396/90, *Micheletti e altri vs. Delegacion del Gobierno en Catabria*; sent. 2 marzo 2010, C-135/08, *Janko Rottmann vs. Freistaat Bayern*). In particolare, la sentenza 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ha costituito il diritto di cittadinanza dell'Unione come diritto in sé, senza derivarlo – come si era ritenuto per l'innanzi – dal diritto di circolare e soggiornare liberamente nei territori degli Stati membri e ne ha fatto la premessa per il godimento effettivo dei diritti fondamentali proclamati nella Carta di Nizza e nella CEDU (nella specie, il diritto di minori cittadini europei a non essere allontanati da genitori privi di permesso di soggiorno e di lavoro). Rileva al riguardo L. Azoulai, *A comment on the Ruiz Zambrano judgment: a genuine european integration* (<http://eudo-citizenship.eu/citizenship-news/457-a-comment-on-the-ruiz-zambrano-judgment-a-genuine-european-integration>): “the status of EU citizen has been mainly construed as a status of integration into the member states of the Union, a status of transnational integration. Now, what emerges from this case is the notion of integration within the territory of the Union taken as a whole”. La lettura espansiva della cittadinanza europea prospettata da *Zambrano* – che potrebbe portare a una cospicua dilatazione della sfera di applicazione della normativa UE anche a stranieri illegalmente soggiornanti, purché familiari di cittadini europei – è stata in parte ridimensionata nella successiva sentenza *McCarthy* (sent. 5 Maggio 2011, C-434/09, *McCarthy*). Pare in ogni caso dubbio che con la sentenza *Zambrano* la Corte di Giustizia abbia sposato una concezione pienamente “europea”, non più plurinazionale, della cittadinanza dell'Unione, dando corpo a una cittadinanza civica, connessa non già a un legame stabile con uno Stato membro o a un'appartenenza etno-nazionale, ma alla residenza sul territorio europeo considerato nella sua unità. La protezione giuridica accordata a *Zambrano*, in effetti, non gli è stata riconosciuta in forza del suo legame con il “territorio europeo”, ma piuttosto in considerazione del vincolo familiare che lo avvince ai figli minori, cittadini belgi (e quindi europei) bisognosi delle sue cure. I permessi di soggiorno e di lavoro che gli sono stati attribuiti rappresentano, insomma, l'effetto riflesso dello *status* di cittadinanza riconosciuto ai figli sulla base della legge belga.

membri. Per meglio dire: se per un verso la nozione di sovranità territoriale è esposta alla consunzione del tempo e al mutare delle condizioni teoriche che ne hanno definito i contorni tradizionali, per altro verso non sono state ancora proposte convincenti categorie dogmatiche ed analitiche che permettano di comprendere la particolare “modernità” della sovranità territoriale europea. Può solo dirsi che la dissociazione – sul piano della dottrina dello Stato – fra sovranità territoriale e *Gebietshoheit* (ambito di esercizio della sovranità) ha posto le premesse per la disarticolazione del “potere sovrano europeo” in una gamma di competenze che convivono nello stesso spazio terrestre con attribuzioni parimenti sovrane degli Stati membri, consentendo di accantonare il problema costituzionale della statualità dell’Unione e del necessario dominio di un territorio quale tratto ed elemento costitutivo degli ordinamenti politici sovrani. L’Europa-Unione è perciò “Ordnung senza Ortung”<sup>140</sup>.

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

Il territorio – lo si è sopra osservato – è un prodotto della cultura e quindi un “palinsesto”, secondo la felice metafora di André Corboz, risultante da stratificazioni successive di riti, costumi, sentimenti collettivi, tradizioni<sup>141</sup>. Non spazio vuoto e *tabula rasa*, ma realtà storica concreta.

Lo spazio è, invece, nozione astratta, emancipata dalla dimensione storica e impiegata piuttosto nell’universo delle scienze esatte. Non evoca una specifica localizzazione e una determinatezza di confine<sup>142</sup>, ma una circolazione fluida, e frontiere porose e mutevoli. E così, appunto, vuole caratterizzarsi lo spazio comune europeo. Come spazio funzionale e non geografico, sganciato da identità storiche escludenti, permeabile, aperto al pluralismo e all’interculturalità, fondato sull’intreccio e l’interdipendenza di molteplici sovranità statuali insistenti sul medesimo ambito geografico. Un nuovo modello di spazialità politica che si ispira alla più estesa integrazione economica e culturale e che ha il suo asse portante, il suo principio di “costituzione materiale”, nelle quattro libertà di circolazione (delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali) e nella conseguente eliminazione delle barriere e delle frontiere interne (art. 28 TUE).

La proposta – che è stata presente nel dibattito pubblico – di aprire lo spazio europeo alla Turchia è il segno manifesto dell’indipendenza del concetto dalla storia e dalla cultura, dalla tradizione e dalla religione. Siamo qui, come per l’imperatore cinese di cui narra Borges, al desiderio di rimozione della memoria insito nella posizione di un *limes* e alla svaluta-

---

<sup>140</sup> Questa l’efficace sintesi di L. Mari, *Ordinamento, localizzazione, uniformità: quale nomos, dopo Schmitt, per l’Europa?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 1-2/2011, 76 ss.

<sup>141</sup> A. Corboz, *Le Territoire*, cit., 14.

<sup>142</sup> Secondo il *Vocabolario on line* della lingua italiana della Treccani ([www.treccani.it/vocabolario/spazio](http://www.treccani.it/vocabolario/spazio)), lo spazio è: “il luogo indefinito e illimitato in cui si pensano contenute tutte le cose materiali”; per il *Dizionario Zanichelli*, Bologna, 2005, *ad nomen*, la “entità illimitata e indefinita nella quale sono situati i corpi”.



zione del valore originario e identitario dei territori, sostituiti con uno spazio artificiale, un “non-luogo”.

L’unitario spazio geografico europeo – corrispondente alla somma dei territori degli Stati membri –

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

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

Comune ai due spazi considerati è la capacità di omologazione normativa che essi esercitano attraverso il principio del mutuo riconoscimento<sup>143</sup>. Diverso, però, è l’effetto che la declinazione di quel medesimo principio produce nei due differenziati contesti di riferimento. Mentre, infatti, nello spazio del mercato esso amplia la sfera di diritti di coloro che vi accedono, avendo il fine di accrescere l’effettività e pienezza delle libertà economiche, nel secondo si pone a fondamento di politiche securitarie limitative dei diritti individuali<sup>144</sup>, il che spiega come in questo ambito siano più forti le resistenze nazionali ad accettare una piena omogeneizzazione regolativa (come dimostra il ricorso non raro all’ ‘arma’ dei controlimiti da parte delle Corti costituzionali<sup>145</sup>).

Così descritto, *in apicibus*, il disegno astratto, va pure detto che la sua attuazione non è priva di contraddizioni e di nodi irrisolti, specie per quanto si attiene allo spazio economico comune del mercato. In particolare, con la linea giurisprudenziale *Dassonville-Cassis de Dijon-Keck*<sup>146</sup>, le norme a protezione della libera circolazione delle merci sono state considerate applicabili ad ogni regolazione nazionale idonea a porre ostacoli ingiustificati al libero mer-

---

<sup>143</sup> Affermata in CGCE, sent. 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung fuer Branntwein (Cassis de Dijon)*, secondo il quale uno Stato membro non può interdire l’accesso al proprio mercato a merci e servizi la cui produzione è avvenuta in conformità alla disciplina vigente nel paese di origine. L’applicazione è stata generalizzata dall’Atto unico europeo del 1986.

<sup>144</sup> Condivisibili, profonde riflessioni sul punto in A. Di Martino, *op.cit.*, 472 ss.

<sup>145</sup> Si fa riferimento alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco del 18 luglio 2005 (2 BVR 2236/04) nonché alla sentenza della Corte polacca P1/05 del 27 aprile 2005, entrambe aventi ad oggetto il mandato di arresto europeo.

<sup>146</sup> CGCE, 11 luglio 1974, causa C- 8/74, *Dassonville*.

cato concorrenziale<sup>147</sup>, ancorché prive di effetti discriminatori o protezionistici e quindi sono state estese anche a discipline nazionali dirette a finalità sociali, come quelle in tema di tutela dell'ambiente<sup>148</sup> o quelle rivolte a introdurre meccanismi di solidarietà sociale<sup>149</sup>. Quest'interpretazione iperestensiva del libero mercato, che ha fatto coincidere ogni rottura dell'eguaglianza, anche se ragionevolmente giustificata alla luce di valori non mercantili, con una violazione della libera concorrenza, combinandosi con l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento e con l'imposizione di obiettivi stringenti di stabilità dei prezzi e controllo delle politiche di bilancio, ha prodotto una potente spinta deregolativa negli Stati membri<sup>150</sup>. Quando infatti ogni regolazione pubblica, anche se rivolta alla protezione di beni e interessi collettivi e comuni non attribibili alla logica mercantile, viene valutata nella sua funzionalità rispetto ai dettami del libero mercato, è fatale che lo spazio di intervento del legislatore nazionale si restringa e che venga ad essere assunta come *benchmark*, "archetipo" di regolazione pubblica la disciplina più liberale a livello europeo<sup>151</sup>. Si realizza così un effetto di simmetria inversa fra ambito nazionale e ambito europeo. Sul piano interno ogni misura anche indirettamente restrittiva della concorrenza si espone all'accusa di costituire un aiuto di Stato, e questo alimenta una tendenza alla deregolazione pubblica del mercato; nel contesto eurounitario, al contrario, per evitare ogni scostamento dall'uniformità, che potrebbe risolversi in una violazione della libera concorrenza, vengono poste discipline di estremo dettaglio, in una logica burocraticamente anelastica che pone talora il diritto in contrasto con il comune buon senso; i libri con la vita, come in quelle discipline che descrivono con minuzia degna di miglior causa la colorazione dei porri o la dimensione minima delle vongole<sup>152</sup>. Alla fuga dalla regolazione, sul lato interno, corrisponde una tendenza alla pianificazione sul lato europeo

---

<sup>147</sup>CGUE, 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione/Italia*; CGUE, 20 marzo 2014, causa C-639/11, *Commissione/Polonia*; CGUE, 21 settembre 2016, causa C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV*.

<sup>148</sup>CGUE, 7 febbraio 1985, causa C-240/83, *Oli usati*; CGUE 13 marzo 2001, causa C-379/98, *Preussen Elektra*; CGUE, 7 aprile 2011, causa C-402/09, *Ioan Tatu*.

<sup>149</sup>CGUE, 17 febbraio 1993, cause riunite 159/91 e 160/91, *Poucet c. Pistre*; CGUE, 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare*.

<sup>150</sup> A. Di Martino, *op.cit.*, 430.

<sup>151</sup> A questa conclusione sarebbe giunta la Corte costituzionale nella sentenza n. 443/1997, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di norma che impediva ai produttori di paste alimentari di impiegare alcuni specifici ingredienti «nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita (...) l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea». Nel definire i termini del giudizio di eguaglianza, la pronuncia avrebbe operato un rinvio mobile alla legislazione degli Stati membri della Comunità, per mezzo del quale dovrebbe essere assicurato l'automatico e costante adattamento della normativa interna alla disciplina "più liberale" (con accenti critici P.Carnevale - A.Celotto, *Il parametro «eventuale»*, Giappichelli, Torino, 1998, 105; C.Pinelli, *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, in *Giur.cost.* 1997, 3915 ss.; G.Guzzetta, *Libertà di circolazione delle merci, principio di eguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario e interno*, ivi, 3919 ss.; M. Luciani, *Pasta italiana e comunitaria (si potranno usare gli stessi ingredienti)*, in *Italia oggi*, 19 gennaio 1998, 12 ss., che coglie nella pronuncia il segno delle «evidenti difficoltà» della Corte di appagarsi dello schema dualistico nella ricostruzione dei rapporti tra ordinamento italiano e comunitario; favorevoli alla soluzione prescelta dalla Corte S. Ninatti, «La sola alternativa praticabile»: *eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte costituzionale*, in *Riv.dir.pubbl.com.*, 1998, 215 ss., 223; e A. Vedaschi, *L'incostituzionalità delle «discriminazioni a rovescio»: una resa al diritto comunitario?*, in *Giur.cost.*, 1998, 283 ss., 298.

<sup>152</sup> Si legge nel Regolamento CE 2396/2001 della Commissione del 7 dicembre 2001: "I porri devono presentare una colorazione bianca o bianco-verdastra su almeno un terzo della lunghezza totale o la metà della parte inguainata. Tuttavia per i porri primaticci, la parte bianca o bianco verdastra deve costituire almeno un quar-

Lo spazio europeo è inoltre differenziato fra *esterno* ed *interno*.

All'esterno, esso ha confini rigidi e saldamente presidiati, che assumono il significato proprio di una frontiera<sup>153</sup> sul piano geopolitico come su quello ideologico. Sul primo versante, l'Europa oppone un limite all'espansione terrestre della pan-idea eurasiatica di marca russa<sup>154</sup>. Sul secondo versante, il confine europeo traccia una cesura politico-ideologica, caratterizzandosi come uno spazio in cui i principi dello Stato di diritto sono posti quali norme generali di organizzazione politica ed è promossa la tutela giurisdizionale dei diritti umani.

In tal senso l'Unione si costituisce in una "comunità di diritto e di diritti" e si colloca nella posizione di un novello *Kat-hecon*, una forza frenante. Non più, però, identificandosi con la "*res publica Christiana*"<sup>155</sup> di cui parla Schmitt nel *Nomos der Erde*, ma piuttosto ponendosi come ferro di lancia di un costituzionalismo repubblicano a vocazione cosmopolitica, che esercita una forza oppositiva rispetto a due modelli di organizzazione statale alternativi: a Est, quello russo, ancora sagomato sul calco dello Stato di potenza; a Sud quello islamista, che assegna il primato alla religione nel discorso pubblico e nell'organizzazione sociale.

Sul fronte interno, lo spazio comune europeo, privo di frontiere interne, è omogeneo, isomorfo, uniforme, sganciato da ogni radicamento identitario e definibile in termini puramente normativistici – e dunque kelseniani – come sfera materiale di vigenza delle regolazioni UE. In quanto pura forma, esso è dotato di confini funzionali mutevoli, giacché la loro estensione (coincidente con l'estensione dello spazio giuridico comune) si dilata o si ritrae, abbraccia tutti gli Stati membri o ne lascia fuori taluni, a seconda del modo in cui sono applicati i principi che presidiano il riparto delle competenze fra Unione e Stati membri: la sussidiarietà, l'identità nazionale degli Stati membri, il margine di apprezzamento, il mutuo riconoscimento<sup>156</sup>.

In presenza di una simile concettualizzazione, il problema della delimitazione interna di tale spazio fra Stati membri e Unione europea si traduce in una questione di "giurisdizione". A segnare i confini del territorio europeo sono le Corti costituzionali, che definiscono

---

to della lunghezza totale o un terzo della parte inguainata". Forti polemiche ha suscitato l'Allegato III al regolamento (CE) della Commissione n. 1967/2006, del 21 dicembre 2006, che ha vietato la pesca di vongole di misura inferiore a 25mm, suscitando le proteste dei pescatori del Mare Adriatico, dove le vongole fisiologicamente non raggiungono quella dimensione.

<sup>153</sup> Delinea la differenza concettuale fra spazio e frontiera come linea di demarcazione tra civiltà e regimi giuridici, G. Lombardi, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio. Problemi costituzionali di storia del diritto*, in *Dir. e soc.*, 1985, 51 ss.

<sup>154</sup> Nel pensiero di K. Haushofer, *Geopolitica delle pan-idee*, cit., 35, le pan-idee sono le strutture di mediazione tra nazioni e unioni di popoli.

<sup>155</sup> C. Schmitt, *Der Nomos*, cit. L'espressione *res publica Christiana* fu coniata da Federico II per indicare la comunità - morale e spirituale, non politica - delle genti cristiane. Lo attesta E. Crosa, voce *Repubblica*, Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, 1936.

<sup>156</sup> Si viene perciò a determinare a livello europeo una tensione e un movimento dialettico tra il confine dinamico del territorio interno (ridotto a confine funzionale e quindi mobile), e il confine statico eretto nei confronti dei Paesi extra-UE che non condividono i valori procedurali (*Rule of law, due process*) e sostanziali (diritti fondamentali) su cui si erige la costruzione europea. I. Ciolli, *op.cit.*, 63, pone in risalto un profilo di indiretta rilevanza esterna delle normative comunitarie, che, pur al di fuori dei confini europei, "condizionano (...) i Paesi candidati a diventare Stati membri dell'Unione".

l'ambito di validità spaziale della norma europea concorrente con la norma interna<sup>157</sup> e quindi sagomano lo spazio normativo, applicando, caso per caso, le regole flessibili che governano il riparto della giurisdizione fra interno (Costituzione) ed esterno (diritto UE).

Il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, incorporando nel controllo circa il rispetto della *identità costituzionale*<sup>158</sup> (*Identitätskontrolle*) la verifica sulla corretta applicazione in sede europea del principio di sussidiarietà (*Ultra-vires-Kontrolle*) è stato il più conseguente nel rendere chiari i termini di questa *actio finium regundorum*; e seppure quella pronuncia non sia del tutto immune da un qualche narcisismo nazionalistico, l'inferenza logica che essa ricava dal primato dei principi supremi della Costituzione sulle norme europee (oltre che internazionali) non può dirsi giuridicamente errata<sup>159</sup>. I nuovi *agrimensores* dello spazio normativo europeo sono, dunque, le Corti supreme<sup>160</sup>. E come nell'occidente medievale la definizione dei confini *non spaziali* fra le diverse *jurisdictiones* laiche e religiose insistenti sul medesimo territorio risultava dai loro conflitti, mediati dai giureconsulti<sup>161</sup>, nella stessa misura lo spazio "territoriale" della normativa europea è segnato dai conflitti, più che dai dialoghi, fra le Corti.

Invero il principio di identità nazionale di cui all'art. 4, § 2 TUE, nel suo modo di funzionamento ordinario, relativizza il primato del diritto europeo ponendo un freno tanto a interpretazioni giurisprudenziali che eccessivamente svalutino – a favore delle competenze unionali – il principio di attribuzione quanto a bilanciamenti del legislatore europeo irragionevolmente squilibrati pro-UE<sup>162</sup>. È però soprattutto negli *hard cases*, nei momenti eccezionali di

---

<sup>157</sup> Secondo il modello della concorrenza alternativa tra fonti, che si va sostituendo in questo ambito al tradizionale criterio di competenza. Per i profili definitori, V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv.trim.dir.pubbl.* 1960, 775 ss.

<sup>158</sup> BVerfGE 123, 267 ss.; sui controlli "di identità" e "Ultra-vires", si vedano in particolare i §§ 239-242 della sentenza. La premessa sulla quale riposta la pronuncia tedesca è evidentemente che l'identità nazionale tutelata nell'art. 4, § 2 TUE sia limite di carattere 'esterno' al processo di integrazione e, dunque, spetti allo Stato membro definirne i contenuti e provvedere in ordine alla sua tutela. Diversa l'opinione della Corte di giustizia UE, sent. 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, secondo la quale l'identità costituisce un limite 'interno' al processo di integrazione, i cui contenuti spetta alle istituzioni comunitarie (e in definitiva alla Corte stessa) definire (sulla sentenza citata v. E. Di Salvatore, *Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro*, in *Quad. cost.*, 2/2011, 435 ss.

<sup>159</sup> La prevalenza dei principi supremi della Costituzione sul diritto comunitario, sul quale si fonda la dottrina dei controllimiti, è stata proclamata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 183/1973 (confermata, *ex multis*, dalle sentt. n. 170/1984, 1146/1988, 232/1989, 168/1991, 284/2007, 238/2014), e trae alimento dalla differenza concettuale fra *limitazioni* e *cessioni* di sovranità (su cui insiste ad esempio G. De Vergottini, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, in *Costituzionalismo e Globalizzazione*, cit., 86 ss.).

<sup>160</sup> Le Corti costituzionali possono dunque a buon diritto essere considerate "istituzioni di confine", come propone V. Onida, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione di 'confine fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, 533 ss. Sul nuovo significato della posizione apicale delle Corti costituzionali, utili suggestioni in G. Laneve, *La Giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Cacucci, Bari, 2014, 149 ss.

<sup>161</sup> Lo documenta F. Mazel, *Cujus dominus, ejus episcopatus? Pouvoir seigneurial et territoire diocésain (Xe-XIIIe siècle)*, in *L'Espace du diocèse*, cit., 213 ss.) con riferimento ai conflitti fra autorità religiose e autorità laiche. Il ruolo dei giureconsulti nella apposizione di confini è valorizzato da P. Marchetti, *De iure finium*, cit., 86 ss.

<sup>162</sup> L'identità nazionale è fatta oggetto di tutela nell'art. 4, § 2, TUE, ma anche dell'art. 67 TFUE, che obbliga l'Unione al rispetto dei diritti fondamentali e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Con questa previsione, che compariva anche nel naufragato Trattato costituzionale europeo, sarebbe stata "europeizzata" la dottrina dei controllimiti, come hanno ritenuto il *Conseil constitutionnel* francese e il *Tribunal Constitucional* spagnolo

rumorosa frizione fra quadro normativo euro-unitario e assetto ordinamentale nazionale che si rivela la funzione decisiva delle Corti costituzionali. Attraverso la dottrina del margine di apprezzamento e di adeguamento, l'applicazione del *distinguishing* e la minaccia o l'attivazione concreta dei controlimiti<sup>163</sup>, queste garantiscono il valore identitario, culturale della territorialità democratica rispetto all'isomorfia uniformante del diritto europeo; preservano la specifica dimensione storica dei diritti, nel loro equilibrio sistematico. Raccordano, in breve, innovazione e tradizione, con quest'ultima intendendosi non già l'"adorazione della cenere", ma la "*custodia del fuoco*"<sup>164</sup>.

---

quando sono stati chiamati a giudicare sulla compatibilità della "Costituzione europea" con il quadro interno (cfr., rispettivamente, Décision n. 2004-205 DC del 19 novembre 2004 e Declaración 1/2004 del 13 dicembre 2004, causa 6603/2004). Sulla clausola di identità, si vedano, fra i molti, E. Di Salvatore, *L'identità costituzionale dell'Unione Europea e degli stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2008; e B. Guastafarro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, n. 1 (2012), 263 ss., che convincentemente ricostruisce gli ambiti di funzionamento ordinario della clausola di identità.

<sup>163</sup> Nella misura in cui la dottrina dei controlimiti evoca ancora l'idea di un confine preciso e di una separazione, anziché di un'embricazione fra sistemi, si è sostenuto che essa sarebbe ormai un relitto del passato e non sarebbe in linea con l'avvenuta emancipazione del diritto UE dal suo originario fondamento esclusivamente economicista (in sede teorica, L. Torchia, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 6/2011, 127 ss.; ma anche D.U. Galetta, *La previsione di cui all'art. 3, comma 1, cpv. 1 della legge di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti*, in *Problemi del federalismo* 2011, 293 ss.; e con accenti ancor più decisi, se non liquidatori, Cass. civ. sez. trib. 19-11-2010 n. 23418, 29-12-2010 n. 26286, 16-5-2012 nn.7659, 7660, 7661, 7663, 23-5-2012 n. 8108, 1-6-2012 nn. 8817 e 8818, a commento delle quali, se si vuole, G. Scaccia, *Rottamare la teoria dei controlimiti?* in *Quad. cost.*, 1/2013, 141 ss.). Applicazioni recenti di tale dottrina smentiscono nei fatti questa troppo ottimistica opinione: al riguardo vanno ricordate la decisione del 15 dicembre 2015 (BVR 2735/1) con cui il Tribunale costituzionale federale tedesco ha svolto per la prima volta il controllo di identità costituzionale in relazione all'applicazione di un atto normativo comunitario; la sentenza del medesimo tribunale del 18 luglio 2005 (2 BVR 2236/04) nonché la sentenza della Corte polacca P1/05 del 27 aprile 2005 sul mandato di arresto europeo; le sentenze della Corte della Repubblica ceca Sugar Quota III e Eaw del 2006, oltre alle sentenze della medesima Corte sul trattato di Lisbona (Lisbona I del 2008 e Lisbona II del 2009); la pronuncia della *England and Wales High Court (Administrative Court)* nel caso *Thoburn v. Sunderland City Council* del 18 febbraio 2002. Sebbene tecnicamente non si configuri come opposizione di un controlimite, merita un cenno anche la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese 5 aprile 2013, n. 187 (Acórdão 187/2013), con la quale si è dichiarata l'illegittimità, per contrasto con i principi di eguaglianza e proporzionalità, di draconiane misure di taglio degli stipendi dei dipendenti pubblici inserite nella legge di bilancio, nonostante che esse facessero parte di un pacchetto di misure concordate nel 2011 con la c.d. Troika (Commissione UE, BCE e FMI) quale contropartita di ingenti aiuti economici (sul punto, v. R. Orrù, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *Dir.pubb.comp.eur.* 2014, 1015 ss. In Italia, un'attivazione dei controlimiti nei confronti del diritto dell'UE si rinviene nella sentenza Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207.

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

<sup>164</sup> L'aforisma è di incerta attribuzione. I più lo attribuiscono a Gustav Mahler, nella forma ripresa nel testo ("*Tradition ist nicht die Anbetung der Asche, sondern die Weitergabe des Feuers*"), altri ne assegnano la paternità a Thomas More o Benjamin Franklin (Fonte: [www.gentlemansgazette.com](http://www.gentlemansgazette.com))

I giudici costituzionali si scoprono così protagonisti di una sorta di *paradosso della politicizzazione*. Il controllo sulle leggi è stato concepito, infatti, come istanza di neutralizzazione rispetto alle logiche della dialettica politico-partitica e dunque come correttivo al principio maggioritario; ma ora che la ricerca sedi di spoliticizzazione e di neutralizzazione si è spostata oltre l'orizzonte statale, insediandosi nella giurisdizione sovranazionale dei diritti, sono proprio le Corti costituzionali nazionali, incontrandosi e scontrandosi con le Corti europee, a far valere il legame del diritto interno con il principio di territorialità democratica, cioè con la sua dimensione politico-culturale e la sua specifica identità. Di qui l'apparente paradosso che le *impolitiche*<sup>165</sup> Corti costituzionali tendono a porsi come gli ultimi, estremi difensori della *politicalità* del diritto interno.

## 8. La crisi della spazialità europea e la rivincita dei territori

L'artificialità dello spazio territoriale europeo rappresenta la reazione all'affermarsi nel Novecento di concezioni etnico-identitarie del territorio che hanno funestato il "secolo breve", e appare la premessa necessaria per una concettualizzazione del rapporto fra spazio, sovranità, cittadinanza e diritti esterna al paradigma statualista e protesa verso un modello post-statale di costituzionalismo repubblicano a vocazione cosmopolitica. Un *Government without Statehood* di lontana ascendenza kantiana<sup>166</sup>, fondato sull'assunto che la sovranità politica possa essere delimitata in maniera più efficace "condividendola", ovvero imponendo ad essa vincoli esterni la cui attivazione resta affidata ad organi sovranazionali a prevalente composizione tecnocratica<sup>167</sup>.

In effetti, mentre la funzionalità dei principi di struttura dello Stato di diritto nazionale (legalità, riserva di legge, divisione dei poteri) era affidata prevalentemente al legislatore e agli apparati di governo; al contrario, i valori di riferimento e i moduli organizzativi del costituzionalismo multilivello (la proporzionalità e ragionevolezza come generali istanze di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la sussidiarietà come regola dei rapporti fra autorità e libertà e al contempo come criterio di organizzazione dinamica delle funzioni pubbliche che supera le rigidità del riparto astratto di competenze; la dignità umana come formula riassuntiva e fondante i diritti della persona e i limiti giuridici all'azione statale) sembrano rimettere principalmente alle autorità giurisdizionali e all'alta burocrazia le *chance* di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano pertanto un coinvolgimento più diretto nell'attività di elaborazione del diritto. Non sorprende, dunque, che i soggetti finora rivelatisi indispensabili alla fluidificazione della complessa infrastruttura giuridica europea siano stati i giudici e i giuristi, più che i legislatori democratici e i popoli europei. In questi termini lo spazio comune europeo

---

<sup>165</sup> Come l'ha definita G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.

<sup>166</sup> Si veda I. Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795), trad. it. *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano, 1991, 54 ss.

<sup>167</sup> Cfr. W. Wallace, *Government Without Statehood. The Unstable Equilibrium*, in H. Wallace - W. Wallace (eds), *Policy making in the European Union*, Oxford University Press (Oxford), 1996, 439 ss.

non è, per come è stato finora concepito, uno spazio di democrazia in senso stretto, ma piuttosto uno spazio nel quale si è imposto – ed è un fatto di cui non va disconosciuta l'importanza storica capitale – un livello minimo essenziale di costituzionalismo liberale, consistente nella tutela dei diritti fondamentali della persona. Proprio il disallineamento tra le forme democratico-partecipative nazionali e una costruzione europea ispirata a un costituzionalismo incompiutamente democratico (se non post-democratico *tout court*)<sup>168</sup> spiega l'incomprensione e talora l'incomunicabilità fra quanti si affannano a cercare nell'Unione europea – senza ovviamente trovarli – istituti, forme e modelli di democrazia rappresentativa identici a quelli nazionali e quanti, proiettati fiduciosamente “oltre lo Stato”, lasciano però in un cono d'ombra il problema deliberativo-partecipativo del dispositivo istituzionale europeo<sup>169</sup>.

Nell'immediato dopoguerra era inevitabile che l'edificio europeo fosse eretto prevalentemente sulla base di decisioni di *élites* illuminate e tecnostrutture burocratiche, lasciando le masse in posizione defilata. Una direzione oligarchica era essenziale all'avvio di un percorso che di troppo precorreva i tempi. Le ferite del conflitto mondiale, infatti, erano ancora “troppo aperte, troppo dolorose perché si potesse sperare che le collettività nazionali fac(essero) quello sforzo di cui solo gli individui superiori sono capaci, che consiste nel dominare i propri risentimenti»<sup>170</sup>. Così, senza passaggi costituzionali e senza scelte popolari dirette – almeno in Italia<sup>171</sup> – la comunità economica è divenuta un'Unione e il mercato comune una comunità di diritti. Non sono mancate, specie fra i costituzionalisti, le voci critiche, soffocate tuttavia dal clamore dei successi indiscutibili del disegno europeo. Lo svolgersi del processo di integrazione ha infatti assicurato la pace, ha espanso le libertà e le opportunità individuali, ha accresciuto il benessere dei popoli europei, tanto che l'intuizione di pochi pionieri è divenuta oggi senso comune, e l'idea di un'Unione sempre più stretta dei popoli d'Europa è stata accettata come un dato imposto dalla necessità storica. Un piano inclinato che sembrava avere fino a pochi anni orsono l'incedere lento, ma inesorabile dei processi storici.

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

---

<sup>168</sup> Sul rischio che il liberalismo tecnocratico che prende forma nelle istituzioni europee possa rivelarsi feroce di un dolce autoritarismo, profondi rilievi in A. Somek, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *Eur. Law Journal*, 2005, 342 ss.

<sup>169</sup> Un problema che molti studiosi ritengono sia sopravvalutato: per tutti, B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, in *European Journal of International Law* 1998, 599 ss. e S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 29 ss.

<sup>170</sup> La citazione – che in originale è nel tempo presente – è tratta dall'intervento di Albert Camus al dibattito svoltosi nell'aprile del 1955 ad Atene presso la sede dell'*Union Culturelle Gréco Française* sul futuro della civiltà europea e può trovarsi in A. Camus, *Il futuro della civiltà europea*, Castelvecchi, Roma, 2012, p. 24- 25 traduzione di *L'avenir de la civilisation européenne*, Gallimard, Paris, 2008.

<sup>171</sup> Altri Paesi hanno ritenuto al contrario di scandire le singole fasi del processo di integrazione attraverso l'introduzione in Costituzione di specifici *Europa-Artikeln*: si vedano, ad esempio, gli art. 23 e 24 GG tedesco; artt. 88/1-4 e 93 Cost. Spagna; art. 9, par. 2 e artt. 23 a- f; 34, 168 e 169 Cost. Belgio.

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

E quanti fra i costituzionalisti non hanno celebrato le esequie della territorialità statuale assistono senza sorpresa alle dure repliche della storia. La serie ormai lunghissima di deroghe all'applicazione del Trattato di Schengen (Francia, Germania, Austria, Croazia, Repubblica Ceca, Svezia, Slovenia)<sup>172</sup> il risorgere dei muri – *historia non docet* – in Ungheria, Bulgaria, Estonia, Lettonia, Lituania, a Calais come a Ceuta e Melilla, il *no* della Danimarca a una maggiore integrazione nella politica di giustizia e affari interni, il voto contrario della Valonia all'accordo di libero scambio fra UE e Canada e quello dell'Olanda nel referendum consultivo per la ratifica dell'accordo di associazione UE-Ucraina, l'annunciata uscita dell'Inghilterra dalla CEDU, la conclamata incapacità dell'Unione di tracciare una linea di azione comune riguardo all'attività massimamente politica: la guerra. Da ultimo, ma solo in ordine di enumerazione, Brexit, che ha impresso al corso storico una di quelle accelerazioni inaspettate che sono tipiche dei cambiamenti d'epoca.

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

In questo scontro fra l'isomorfia della spazialità politica europea e il variegato paesaggio culturale degli Stati membri, torna a riproporsi la domanda che formulava nel 1931 Karl Haushofer, uno dei padri della geopolitica moderna, ragionando su condizioni e possibilità di sviluppo di un modello di aggregazione territoriale fra Stati: “*Che se ne può mai fare un grande disegno geopolitico dell'appoggio di burocrazie ed astrazioni giuridiche, se dietro ad esso non vi è davvero la forza propulsiva di un “popolo”?*”<sup>173</sup>

Il tema non è certo nuovo, ma si pone nel momento attuale in termini alquanto diversi rispetto a quelli approfonditamente indagati da filosofi e giuristi di inarrivabile ingegno<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Sulla crisi dell'area Schengen, si veda il numero di Limes 4/2015 intitolato *Requiem per Schengen*.

<sup>173</sup> K. Haushofer, *op.cit.*, 120.

<sup>174</sup> Limitandoci davvero ai calibri massimi: D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa*, in G. Zabrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1997, 356 ss.; E.W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, *ivi*, 234 ss.; J. Habermas, *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, *ivi*, 369 ss.; *Id.*, *La costellazione post-*



Tanto che, per evitare equivoci, sarebbe meglio definirlo problema “costituzionale” dello spazio politico europeo, anziché limitarsi riduttivamente a etichettarlo come questione del *deficit* democratico<sup>175</sup>. In effetti è vano cercare un δῆμος comunitario socialmente omogeneo e culturalmente coeso che dia allo spazio comune europeo la dimensione di un vero territorio politico; e, a ben vedere, questa omogeneità (impossibile se non in prospettiva secolare) non è neppure strettamente indispensabile.

La cittadinanza europea, infatti, non è il frutto della trasposizione a livello più alto dell'ideologia dello Stato-nazione che sta a fondamento della cittadinanza nazionale, ma il prodotto dell'universalismo dei diritti di matrice illuminista<sup>176</sup>. Ripensata alla luce del paradigma interculturale, essa si fonda sul riconoscimento e la protezione delle libertà in uno spazio comune ed esprime pertanto una forza inclusiva e integrativa conciliabile con le diverse identità – locale, regionale, nazionale – senza porsi in termini conflittuali rispetto ad esse, ma al contrario arricchendole, e dando vita a formule combinatorie diverse e feconde.

Da questo punto di vista, è innegabile che gli europei, senza rinunciare alle loro appartenenze nazionali, si considerino oggi cittadini di un'autentica “cosmopoli dei diritti”<sup>177</sup> e che si sia perciò inverata sul Vecchio continente la premessa da Immanuel Kant considerata necessaria per la pace universale: che “la violazione di un diritto commessa in *una* parte viene risentita in *tutte*”<sup>178</sup>. Del pari è fuori dubbio che il crescente nomadismo di *élites* intellettuali e l'avviarsi di una comunicazione pubblica transnazionale sprovvincializzino le affiliazioni territoriali e diano un respiro europeo e un orizzonte continentale alle giovani generazioni e comunque ai cittadini culturalmente più emancipati.

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

A suscitare perplessità non sono tanto gli studi secondo i quali la cultura e l'identità politica individuali sono ancora profondamente legate a rappresentazioni collettive etno-

---

nazionale, Feltrinelli, Milano, 1999, nonché Id., *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?* in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Il Mulino, Bologna 2001, 153 ss.

<sup>175</sup> Fra i più convinti della necessità di superare la crisi di legittimazione dell'Unione attraverso una costituzionalizzazione in senso federale dei rapporti fra Stati membri S. Mangiameli, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Diritto e società*, 2016, 11 ss. Secondo l'Autore la nuova *governance* dell'Unione intende prescindere non solo dai classici fondamenti “metafisici” di legittimazione dello Stato (il contratto sociale, la nazione, il popolo), ma anche dalla più modesta dimensione weberiana della legalità, e cioè “da un esercizio del potere ‘legittimato’ da quella trasparenza e prevedibilità che, nella tradizione giuridica europea, si realizzano quando un comportamento viene sindacato con riferimento alla sua conformità a quanto previsto da una astratta e generale regola di condotta”.

<sup>176</sup> P. Ridola, *I diritti di cittadinanza, il pluralismo ed il “tempo” dell'ordine costituzionale europeo. Le “tradizioni costituzionali comuni” e l'identità culturale europea in una prospettiva storica*, in *Dir. rom. att.* 9/2003, 111 ss.),

<sup>177</sup> Ma si veda A. Carrino, *op.cit.*, 149, che polemicamente la ridenomina “cosmopoli dei buoni sentimenti”.

<sup>178</sup> I. Kant, *Per la pace perpetua*, cit., 69 (corsivo in originale).

territoriali di tipo localistico<sup>179</sup>; né la presa d'atto che la "generazione Erasmus" e la borghesia intellettuale cosmopolita non hanno energie sufficienti per diventare culturalmente e politicamente egemoni; e neppure la constatazione che l'opinione pubblica europea è ancora evanescente, tanto che di essa si potrebbe affermare – parafrasando quel che Antonio Tabucchi fa dire al Professor Silva nel suo più celebrato romanzo – che "è un trucco che hanno inventato i funzionari di Bruxelles"<sup>180</sup>!

Ad addensare i dubbi sull'esistenza di una comunità politica europea – e di una cittadinanza non meramente esornativa, ma piena di significato – è piuttosto il fatto che una comunità, quando non trovi la sua genesi in miti fondativi o in conquiste militari, in prese di possesso spaziali, in un'omogeneità culturale nutrita dalla comunanza di lingua e di storia<sup>181</sup>, non può formarsi se non è plasmata da un'intensa azione politica. Ce lo ricorda Thomas Mann nel racconto – *Das Gesetz* – in cui mostra come Mosè riconduca le sparse tribù d'Israele ad unità politica imponendo ad esse regole uniformi e caratterizzanti la loro specifica identità, assoggettandole a una comune responsabilità e a reciproche obbligazioni<sup>182</sup>. Il popolo, se non è realtà sociologica preesistente allo Stato, deve essere costruito politicamente istituendo fra gli uomini legami solidaristici, mettendo in comune doveri e rischi, avvincentoli in una comunità di destino.

Sotto questo profilo, occorre ammettere che un'autentica collettività politica europea è ancora largamente da edificare e anzi che l'Europa ha finora mancato l'appuntamento che la storia ha offerto di cominciare a costruirla sostituendo il principio di solidarietà "federale" alla logica dell'interesse nazionale. Il percorso tracciato ambiziosamente dal Trattato costituzionale e poi dallo stesso Trattato di Lisbona, che ha valorizzato alcuni elementi solidaristici (artt. 2, 3, 21 TUE; art. 9 TFUE<sup>183</sup>), ha fatto segnare infatti brucianti battute d'arresto e, da ultimo, vere e proprie retromarce, in occasione della crisi dei debiti sovrani.

Il confronto in chiave storica con gli Stati Uniti, grande esperienza fondativa di un'Unione interstatale, è drammaticamente illuminante, per non dire impietoso. Nel 1789, per fronteggiare la crisi del debito che opprimeva la giovane Confederazione, George Wa-

---

<sup>179</sup> Si veda sul punto la ricerca curata da A. Ait Abdelmalek, *Le Territoire: Entre l'Europe et l'Etat-Nation*, PUR, Paris, 2006; e in particolare *ivi*, A. Ait Abdelmalek, *Cultures de l'espace: mono-territorialité et pluri-territorialité*, 23 ss.; nonché M.N. Sarget, *De l'identité locale à l'identité européenne: une mutation?*, 55 ss., 60, la quale sostiene che la storia, la tradizione, la cultura europee non forniscono gli elementi necessari alla costruzione di un'identità europea, se non in termini negativi, così chiosando: "L'identité européenne, à défaut d'être "pour", a-t-elle besoin d'être "contre", contre un ennemi qu'il faudrait peut-être inventer de toutes pièces?".

<sup>180</sup> A. Tabucchi, *Sostiene Pereira*, XLI ed., Feltrinelli, Milano, 2016, 64. La citazione originale suona: "è un trucco che hanno inventato gli anglosassoni".

<sup>181</sup> A. Carrino, *Il suicidio dell'Europa*, Mucchi, Modena, 113 dubita che la "cultura europea" di cui ragiona, fra gli altri, P. Häberle, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Baden Baden, 1994, possa servire da collante, perché essa gli pare il frutto di una costruzione artificiale, assai più che consistere nel riconoscimento di una realtà pre-esistente da rispettare, conservare e sviluppare.

<sup>182</sup> T. Mann, *Das Gesetz*, 1944, tradotto in italiano con il titolo *La legge* e pubblicato da Baldini & Castoldi, Milano, 1997.

<sup>183</sup> Quest'ultimo articolo, che impegna l'Unione a tenere conto delle esigenze connesse alla "garanzia di un'adeguata protezione sociale", è stato considerato una clausola sociale o meglio "di non regresso sociale", protettiva di un livello di Welfare adeguato (così G. Bronzini, *Le misure di austerità e la giurisprudenza "multilivello". Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna?* in *Questione giustizia* 3/2015, 87 ss.

shington adottò il *Tariff Act*<sup>184</sup>, prima forma di raccolta federale di risorse tributarie, e impiegò il consistente gettito ricavato in funzione perequativa, così segnando un passaggio decisivo verso una «*more perfect union*». Tanto che, circa un secolo più tardi, James G. Blaine, *leader* repubblicano che fu presidente della Camera dei rappresentanti e candidato alle elezioni presidenziali del 1884, definì quell'atto una sorta di "seconda dichiarazione di indipendenza". Duecentoventi anni dopo, dinanzi a una crisi analoga, l'Unione europea ha scelto il percorso inverso: non ha "federalizzato" le entrate in funzione solidaristica e redistributiva, ma accentrato il controllo sulla spesa nazionale, imponendo ai Paesi debitori un'austerità non sempre giustificabile sul piano tecnico-economico<sup>185</sup>, con ciò indebolendo le già deboli protezioni sociali per gli strati più sofferenti della popolazione.

La crisi del debito, doppiata e rafforzata dall'emergenza migratoria, hanno reso evidente che l'Europa si è venuta costituendo come uno spazio comune di diritti, di libertà ed eguaglianza formale, ma non è stata finora capace di fornire un'adeguata elaborazione culturale e normativa al principio solidaristico, versione moderna della *fraternité* rivoluzionaria<sup>186</sup>. Non sono state compiute scelte politiche dirette alla formazione di una comunità di popoli. Conviviamo, di certo, nello stesso spazio fisico in un intreccio inestricabile di cointeressenze economiche, geopolitiche, strategiche, persino militari. Eppure la crisi che attraversiamo ci ha reso consapevoli che una collettività di liberi viaggiatori e di felici consumatori, o per meglio dire di individui che esercitano diritti in un'area comune, è ben lontana dall'essere una comunità politica. Questa infatti ha il suo fattore costitutivo nella condivisione di doveri, cioè nel momento costituente nel quale i carichi collettivi sono distribuiti secondo una visione di bene comune non risultante dalla mera somma algebrica degli interessi individuali, ma elaborata ad un livello di sintesi più alta.

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

---

<sup>184</sup> Il *Tariff Act*, noto anche come *Hamilton Act*, promulgato dal Presidente George Washington il 4 luglio 1789, traeva fondamento dalla competenza attribuita al Congresso degli Stati Uniti dall'art. 1, Sect. 8 della Costituzione "to lay and collect Taxes, Duties, Imports and Excises" e "to regulate Commerce with foreign Nations". Fra gli altri provvedimenti, l'Act stabiliva dazi di importazione e fissava un extradazio del 10% sulle merci importate attraverso navi "not of the United States".

<sup>185</sup> Un rapporto interno del FMI mostra che le decisioni assunte nei confronti della Grecia in seguito alla crisi del proprio debito sovrano non erano strettamente necessarie in termini tecnico-economici (ne dà notizia il quotidiano *Il Foglio* del 5 agosto 2016 nell'articolo dal titolo *Il ritorno dell'Ellade*). Berlino non vuole morire per Atene, pur traendo dalla debolezza di Atene (e di Roma) i benefici legati al mantenimento di un tasso di cambio ingiustificatamente basso in relazione alle *performance* dell'esportazione e della bilancia dei pagamenti.

<sup>186</sup> Da tempo insiste sulla necessità di dare contenuto alla cittadinanza europea attraverso una condivisione di doveri orizzontali di solidarietà J.H.H. Weiler, *La cittadinanza europea*, in B. Beutler - R. Bieber - J. Pirkorn - J. Streil (a cura di), *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamenti e politiche*, il Mulino, Bologna, 1998, 670 ss.; nonché nonché Id., *Perché è fallito il progetto di cittadinanza europea?*, nella rivista on line *Cultura giuridica e diritto vivente* (<http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv>).

La scelta di definire come spazio comune, e non territorio, l'ambito della spazialità politica europea si mostra, una volta di più, rivelatrice. Uno spazio economico, infatti, può svilupparsi in virtù del solo libero dispiegarsi delle forze del mercato, mentre un territorio è tale soltanto se incorpora, accanto alla vita economica dei cittadini, l'idea o l'aspettativa di forme di solidarietà e di legami di fraternità fra i membri della comunità che lo popolano<sup>187</sup>.

Le politiche di coesione territoriale della UE sono state di enorme importanza per ridurre gli squilibri regionali e si sono arricchite negli anni di una strategia di sviluppo dello spazio europeo – adottata a Potsdam nel 1999 – che ha tra i suoi dichiarati obiettivi l'adozione di un modello policentrico diretto a rispettare le diverse identità locali e regionali, pur garantendo un generale incremento della qualità della vita dei cittadini europei<sup>188</sup>. Esse non sembrano, tuttavia, sufficienti a supplire all'assenza di strumenti e meccanismi di perequazione fiscale<sup>189</sup>, alla mancanza di un bilancio unionale degno di questo nome<sup>190</sup> e di un fisco europeo, cioè del principale strumento di redistribuzione sociale e di solidarietà territoriale<sup>191</sup>. In presenza di un simile scenario, sono sempre meno persuasive le tradizionali risposte al problema costituzionale dell'Unione, che insistono sulla progressiva “parlamentarizzazione” della forma di governo europea e sulla legittimazione indiretta delle istituzioni comunitarie, in quanto derivata da Governi e Parlamenti nazionali rappresentativi, che hanno siglato specifici patti di limitazione di sovranità autorizzati a ciò dalle rispettive Costituzioni.

Il processo di integrazione, infatti, si è spinto ormai al punto da richiedere decisioni che non possono essere ricomprese fra le semplici limitazioni di sovranità, ma attingono il livello decisionale supremo. Un livello non raggiungibile con la dilatazione massima del funzionalismo burocratico, ma solo con l'impiego della più alta e coraggiosa *leadership* politica e con il coinvolgimento diretto dei popoli europei. Come ha detto Giuliano Amato, se non è affatto impossibile giungere a una vera democrazia europea, è però impossibile arrivarci per via intergovernativa<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> D. Le Bihan, *Espace communautaire ou territoire de l'Union Européenne?*, in A. Ait Abdelmalek, *Le Territoire*, cit., 99 ss., 107.

<sup>188</sup> Così si legge nel punto 1.1 dello Schema di sviluppo dello spazio europeo e della coesione sociale (SSSE) approvato dal Consiglio informale dei ministri responsabili della gestione del territorio a Potsdam nel maggio 1999. Sulla strategia policentrica che ispira l'accordo di Potsdam spunti di interesse in I. Ciolli, *Le modele polycentrique de division du territoire national et les transformation en droit constitutionnel*, in Riv. AIC 3/2012, 4 ss.

<sup>189</sup> Sull'importanza cruciale della perequazione fiscale per gli assetti federalisti di tipo cooperativo si veda la dottissima sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco dell'11 novembre 1999 (2 BvF 2/98), e, se si vuole, il nostro commento: G. Scaccia, *Solidarietà e competizione nel sistema federale tedesco: riflessioni in margine alla sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla perequazione finanziaria tra Länder*, in *Giur. cost.*, 2000, 3571-3598 ss.

<sup>190</sup> Il bilancio dell'Unione europea ammonta a circa 140 miliardi di Euro, una cifra irrisoria, se confrontata con la somma dei bilanci nazionali dei 27 Stati membri, che supera i 6.300 miliardi di Euro.

<sup>191</sup> Una recente, autorevole critica alle politiche sociali dell'Unione, e all'assenza di una fiscalità europea, in F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell'UE, fra integrazione e unificazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 22 ss.; nonché Id., *Il diritto e l'economia. Costituzione, cittadini e partecipazione*, in *Contratto e impresa* 3/2016, 616 ss.

<sup>192</sup> G. Amato, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in *Costituzionalismo e Globalizzazione*, Annuario AIC 2012, cit., 9.

Questo il monito lanciato da Brexit, messe da parte le sue possibili spiegazioni in chiave geopolitica<sup>193</sup>. La “secessione” inglese ha reso manifesto che la *Entstaatlichung* dei Paesi d’Europa non è inscrivibile nell’orizzonte finalistico dei Trattati, né può essere l’approdo ultimo del costruttivismo interpretativo delle Corti, ma esige al contrario sovrane decisioni politiche almeno su due profili di perdurante rilevanza della territorialità statale: a. la definizione del grado di omogeneità culturale necessario per la solidità dell’edificio sociale e per la stessa formazione democratica dell’unità; b. la conformazione essenziale dei rapporti economico-sociali, che, in assenza di decisioni sovrane di tipo abdicativo, resta di competenza di istituzioni territoriali rappresentative pur nel quadro di un’intensa e profonda integrazione sovranazionale<sup>194</sup>.

### 9. Sradicamento del diritto dallo spazio e riterritorializzazione del νόμος: fra nichilismo e giusnaturalismo storicista

Giunti a conclusione del nostro percorso, diventa necessario chiedersi se davvero, come recita il *mainstream* globalista, la riduzione della capacità statale di regolazione dell’economia e anzi il vero e proprio distacco degli interessi dal territorio nazionale, che faceva vivere in unità politica e diritto, segni anche il necessario declino dello Stato come forma di organizzazione politica e riduca la statualità a una variabile del processo economico.

Non professare una fede sconfinata e cieca nell’individualismo cosmopolita e una simmetrica correlativa sfiducia nello Stato nazionale espone oggi all’accusa di atavismo culturale. E tuttavia non riesce a persuadere l’idea, tenebrosamente affascinante nel suo sapore millenarista, che il tramonto della dogmatica statualista (di cui la crisi del territorio è l’epitome) porti con sé l’eclissi dello Stato e della sua forma istituzionale; e che insomma lo Stato, come il Dio nietzscheano, sia ormai morto. L’omicida dello Stato-nazione sarebbe infatti la mondializzazione, che però non è inscrivibile nell’orizzonte della necessità storica, non è effetto secondario e incontrollabile delle dinamiche dello sviluppo tecnologico ed economico, ma frutto di consapevoli scelte di Stati nazionali che l’hanno alimentata e favorita. E lo stesso variabile conformarsi del mercato e la sua vocazione ad assorbire società e Stato si lega bensì a dinamiche spontaneiste, ma pur sempre inquadrare in costruzioni giuridiche oggetto di volizione politica<sup>195</sup>. La politicità attuale dell’azione statale non si è dunque dissolta, ma è anzi di segno e potenza maggiori di quella autarchica, limitata all’orizzonte interno, per-

---

<sup>193</sup> Sul piano geopolitico, Brexit non era del tutto imprevedibile. Un pieno e felice connubio fra l’idea tellurocratica propria delle potenze europee continentali e l’idea talassocratica della potenza britannica sarebbe stato in effetti miracoloso. Si sono scontrate ancora, dunque, terra e mare: la potenza terrestre dell’Europa e la potenza marittima di Albione, estranea alla terra e ai suoi modi di organizzazione dello spazio politico, proiettata verso l’Oceano e gli altri continenti, refrattaria all’irregimentazione e all’omologazione burocratica come lo sono i “pirati” e gli “schiumatori del mare” (come Carl Schmitt definiva gli inglesi, *Terra e mare*, cit. 42 ss.).

<sup>194</sup> Lo ha statuito il *Bundesverfassungsgericht* tedesco nella sentenza sul trattato di Lisbona (BVerfGE 123, 267 ss.).

<sup>195</sup> Insuperati i rilievi di N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998; Id., *Il carattere politico-giuridico del mercato, in I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 335 ss.

ché ha riflessi esterni all'angusto spazio territoriale nazionale, potenzialmente universali, e per questo implica responsabilità accresciute<sup>196</sup>.

La forma Stato non si è eclissata ancora sull'orizzonte della storia, né il territorio si è dissolto. Stiamo assistendo piuttosto a un riposizionamento funzionale dello Stato, che concorre alla formazione dei quadri regolativi necessari per la fluidificazione dell'economia globalizzata e partecipa alla creazione di una nuova legalità, non più consistente nella sola produzione politico-legislativa.

Più precisamente, lo Stato “negozia l'intersezione della normativa giuridica nazionale con le attività degli attori economici stranieri (...) nel suo territorio”<sup>197</sup> (e la recente decisione della Commissione europea sul caso della *Apple* in Irlanda mostra come questa negoziazione, quando si svolge al cospetto di operatori privati di potenza commerciale esorbitante, possa innescare una vera e propria rinuncia alla potestà impositiva). E tale negoziazione produce una denazionalizzazione e depubblicizzazione di componenti specifiche dello Stato nazionale: le politiche finanziarie e bancarie; la giurisdizione internazionale, privatizzata per la gestione delle operazioni transfrontaliere e le controversie che coinvolgono le multinazionali<sup>198</sup>; la protezione contro i rischi, sempre più traslata da istituzioni pubbliche ai privati (viene in mente la recente disciplina del *bail-in*), persino la violenza bellica, affidata a truppe mercenarie anche per sfuggire alla rigida vincolatività del diritto della guerra. Tutto ciò, se da un canto altera le condizioni nelle quali gli Stati agiscono sui rispettivi territori, conferma, d'altro canto, che sono sempre le istituzioni territoriali statali a mediare fra dimensione globale e dimensione locale e in particolare a definire le forme e i modi in cui decisioni rilevanti nella sfera privata globale si trasformano in decisioni incidenti sulla sfera pubblica statale.

Sul piano empirico-fattuale, si può dire semmai che la globalizzazione rafforza la posizione degli Stati che ne rappresentano le forze motrici, e divarica le distanze con gli Stati più deboli, soggetti a processi di sostanziale colonizzazione commerciale e culturale. Le istituzioni della globalizzazione, comprese le Unioni regionali come l'Unione europea, sono infatti i luoghi in cui gli Stati nazionali più potenti superano i confini della propria giurisdizione e proiettano la loro influenza su decisioni vincolanti per altri Stati, dotandole in questo modo di una “legittimazione internazionale” tale da renderle più difficilmente contrastabili. Vale per la Germania, che attraverso l'Unione europea coltiva antichi e ricorrenti disegni egemonici in modo velato, ma non per questo meno efficace; vale, ovviamente, per gli Stati Uniti, che

---

<sup>196</sup> Quale referendum puramente nazionale ha avuto sul corso storico un effetto analogo a quello oggi preconizzabile per Brexit?

<sup>197</sup> S. Sassen, *Sociologia della globalizzazione*, cit., 35. Analoga l'analisi di S. Cassese, *Territori e potere*, cit., 44 ss. Criticamente, A. Cantaro, *Lo “Stato” europeo. La governance dell'Unione come potere economico governamentale*, in *Osservatorio AIC* 2/2016, 7-8, argomenta che “il governo sta cessando dappertutto di essere una funzione/strumento dello Stato e gli Stati stanno, di converso, diventando sempre più una funzione/strumento della governamentalità/governance”, a sua volta funzionale alla razionalità liberale. Questa “nuova ragione del mondo”, secondo l'A., segna “il declino delle precedenti forme di ‘Stato’ a vantaggio di una nuova forma, lo Stato economico- governamentale”, che, pur “vittima del nuovo ordine globale” (...) “collabora concretamente, sia pur in modi subalterni, alla sua propagazione”.

<sup>198</sup> La clausola ISDS, istitutiva di un tribunale arbitrale permanente per le controversie fra multinazionali e Governi, compare in 1.400 accordi commerciali bilaterali sottoscritti da paesi UE e in circa 3.000 accordi a livello mondiale. Lo documenta A. Cerretelli, *Il no belga e la democrazia come alibi*, *IlSole24ore*, 25 ottobre 2016, 5.

hanno fatto delle più importanti istituzioni transnazionali (FMI, WTO, Banca mondiale) le ambasciatrici del *Washington consensus*. A compensare almeno in parte questi squilibri stanno esperienze positive, seppure ancora allo stadio progettuale, come il *World Social Forum*, le quali dimostrano che sono pur sempre gli Stati nazionali a rappresentare nell'arena mondiale gli interessi e le aspettative dei "soggetti deboli" della globalizzazione e a sensibilizzare così l'opinione pubblica degli Stati più forti in direzione di una più equilibrata ripartizione delle gigantesche risorse economiche generate dalla liberalizzazione dei commerci e degli scambi.

È invece francamente utopistica, o comunque proiettata su tempi secolari, l'idea che la sovranità statale possa restare interamente riassorbita nell'istituzione di uno Stato mondiale, che riporti ad unità spazio economico e spazio politico<sup>199</sup>; e appare lontano dal compiersi anche il presagio helleriano secondo cui la sovranità statale si potrebbe dissolvere in un insieme di diritti di rendita di tipo giusprivatistico, dando origine a un modello post-statale di capitalismo feudale<sup>200</sup>.

Acquisito, dunque, che lo Stato e il territorio nazionale conservano un ruolo centrale nelle dinamiche della globalizzazione, è però incontestabile, sul piano teorico, che l'istituzione statale, come forma conclusa e compiuta di organizzazione politica dello spazio, deve disporsi a una revisione e a una trasformazione adattiva, se vuole scongiurare l'erosione del suo specifico senso storico-politico. Occorre dunque miscelare vecchie e nuove categorie di pensiero senza misoneismi e senza un'iconoclastica oblitterazione dei principi ancora vitali del costituzionalismo liberale di matrice statualista.

In un frangente in cui la tempesta storica in atto proietta sulla nostra indagine una luce crepuscolare che impedisce di analizzare i fenomeni con il nitore di visuale richiesto dall'analisi scientifica, il sincretismo è l'indirizzo metodologico obbligato. Si tratta di conciliare la dimensione particolare e concreta della territorialità democratica con la vocazione universale del mercato e delle libertà, che tendono a sradicare il diritto dal *dove* statale e a porre i singoli individui e non gli Stati come "le unità normative centrali della comunità globale"<sup>201</sup>. Occorre accordare particolarismo dei popoli sovrani e universalismo dei diritti umani e del mercato secondo un approccio evolutivo allo studio delle istituzioni sociali<sup>202</sup>.

Collocato in questo campo di tensione, lo Stato nazionale oscilla fra due opposte derive: se perde ogni e qualunque radicamento con la territorialità democratica e si pone come puro agente dell'artificialità normativa in funzione del mercato globale, riduce nichilisticamente la sua essenza alla pura trasmissione della *Macht*; se invece forza oltremodo il legame

---

<sup>199</sup> L'idea di uno Stato globale, nota N. Irti, *Norma e luoghi*, 63, è oltre tutto logicamente fallace, perché "riposa su una falsa deduzione: tecnica ed economia non sono unità capaci di generare il *Weltstaat*, poiché esse si risolvono nell'atomismo di singole parti. Sono insiemi cumulativi di atti, non unità organiche". Definisce utopico lo Stato mondiale come "controprogetto rispetto all'egemonia degli USA", W. Sofsky, *Das Prinzip Sicherheit*, Fischer, Frankfurt am Main, 2005; una critica alla logica accentratrice che ispira l'istituzione di un "governo globale" in D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, 1995.

<sup>200</sup> H. Heller, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, trad. it. di P. Pasquino e di G. Silvestrini, Milano, 1987, 105.

<sup>201</sup> L. Scuccimarra, *I confini del mondo. Storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Il Mulino, Bologna, 2006, 397.

<sup>202</sup> Un indirizzo di metodo raccomandato da S. Cassese, *Territori e potere*, cit., 52 ss. che consiglia di studiare le istituzioni statali indirizzandosi "verso la comprensione delle regole che ne governano il cambiamento".

con la terra nell'intento di recuperare una dispersa egemonia, si trova rinserrato negli spazi angusti di un "diritto costituzionale chiuso", condannandosi all'isolamento. Nel primo caso lo Stato, allentando il legame del diritto con i luoghi di formazione dell'opinione e affidandone sempre più la produzione a regolatori indipendenti, burocrazie transnazionali, organi giurisdizionali, operatori privati, si depoliticizza fino a ridursi a mero congegno tecnico. Nel secondo caso, sottraendosi all'interdipendenza funzionale e marginalizzando le istanze esterne di neutralizzazione del Politico, potenzia in senso escludente la sua identità culturale e sociale, fino a porsi, in casi estremi, come Stato etico.

È stato detto da Natalino Irti: "Non sta al giurista né di proporre soluzioni del conflitto né di attendere, in dolorosa vigilia, l'aurora del nuovo nomos"<sup>203</sup>. Come potrebbe più limpidamente concludersi? Il giurista vive la lacerazione tragica fra il riconoscimento della potenza identitaria e conformativa della terra e l'acquisita e piena consapevolezza della necessaria artificialità e astrattezza del diritto, della separazione di questo dal τόπος, per potersi adattare alla a-territorialità dell'economia globalizzata.

Viene però da chiedersi se davvero dallo sradicamento della vita sociale e politica dai luoghi debba trarsi l'implacabile conseguenza che il diritto, deprivato di un fondamento tradizionale, religioso, morale, orfano di un passato e di un τέλος, sia pura artificialità, meccanica di potere, mera struttura servente della tecno-economia. Se dunque la despazializzazione della politica, che interessa la forma statale, conduca – a un più alto livello di riflessione teorica – a una concezione del fenomeno giuridico ispirata al nichilismo ontologico<sup>204</sup>. In altre, più semplici parole: il diritto, pur deterritorializzato, può davvero dirsi espressione di pura volontà di potenza, che viene dal nulla e nel nulla può tornare senza alcun ostacolo o freno?

Forse questo il giurista può dire: che il diritto non è una pagina che possa essere strappata e riscritta *ad libitum*, innumeri volte, senza conservare almeno un elementare, ma resistente grafema. Che le tessiture profonde della vita di relazione offrono un'interna resistenza alla loro continua ridefinizione per via politica, e che pertanto vi è una dimensione strutturante e ordinante del fenomeno sociale, e quindi della storia, sul diritto<sup>205</sup>. Un ordito invisibile, che si consolida nel tempo e sottrae la decisione politica – e persino la scelta costituente<sup>206</sup> – al nichilistico, incessante riprodursi di arbitrarie *Machtwillen*.

---

<sup>203</sup> N. Irti, *Norma e luoghi*, cit. 85; Id., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

<sup>204</sup> Il massimo interprete di questa corrente di nichilismo ontologico è N. Irti, del quale può vedersi, oltre ai lavori citati nelle note precedenti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, II ed. 2005, spec. 5 ss. Articolate critiche alla posizione irtiana in M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006; G. Bianco, *Nichilismo giuridico e territorio*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, III e IV Aggiornamento (2007-2009), ora pubblicato in volume autonomo da Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010; P. Piovani, *Introduzione* a G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* (ed. or. 1937), a cura di P. Piovani, Giuffrè, Milano, 1962, III ss.

<sup>205</sup> L'interprete più autorevole di questo indirizzo di pensiero storicista è P. Grossi, del quale si vedano almeno, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007; *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015; Id., *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quad. fior.*, 2016, 9 ss.

<sup>206</sup> Afferma M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e polemico*, in Riv. AIC, 2006 (archivio.rivistaaic.it), par. 4: "la decisione costituente può aspirare al futuro solo a condizione che nella *voluntas* che ivi si manifesta si esprima anche una ratio storica".



I sacerdoti di questo giusnaturalismo storicista, che conferisce razionalità alla produzione di volontà politiche, sono in primo luogo le Corti costituzionali, che – nell’ambito europeo – operano ormai in costante raccordo fra di loro tanto da dare vita a un *Verfassungsgerichtsverbund*<sup>207</sup>; ma più estesamente la comunità dei giuristi, che concorre, con lo stabilizzarsi delle decisioni e delle prassi, alla formazione del “diritto vivente”<sup>208</sup>. Le giurisdizioni e i giuriconsulti ancorano il diritto a un insieme di principi che, convalidati dall’effettività, sono sottratti al flusso irrazionale delle volontà politiche; recuperano una dimensione storica a un diritto altrimenti destoricizzato.

Così come sono chiare le possibili derive del nichilismo giuridico (che compromette lo stesso statuto di indipendenza epistemologica del *jus*), vanno però evidenziate anche le insidie del pan-giurisdizionalismo. Le Corti infatti tendono talora a emanciparsi dai limiti sistemici derivanti dal confronto con gli attori politici (cioè dai vincoli conseguenti al loro “innesto” nella forma di governo); ad allentare, attraverso il ricorso all’argomento comparatistico<sup>209</sup>, il legame del diritto con il suo fondamento politico-democratico e, in una logica costruttivista, a svolgere autopoiesi normativa a prescindere da ogni impulso politico<sup>210</sup>, da ogni *voluntas legislatoris*. Il che implica una inevitabile svalutazione dei processi di integrazione e di sintesi degli interessi che si compiono nelle istituzioni rappresentative; e una rimozione artificiale della dimensione conflittuale del confronto ideale e sociale, dell’inevitabile dimensione tellurica, concreta, del diritto politico<sup>211</sup>.

Chi tenta perciò di rimediare all’aporia democratica delle istituzioni sovranazionali e in particolare dell’Unione europea poggiandone il fondamento sui diritti umani, ma affida poi la concreta conformazione giuridica di questi all’opera prevalente, se non esclusiva, delle Corti finisce nel lungo periodo per aggravare il problema che vorrebbe risolvere.

Torna in definitiva, ancora e sempre, il problema delle *decisioni* politiche democratiche capaci di governare l’integrazione sovranazionale di sistemi, e in ultima analisi, la globalizzazione stessa.

Nella prima grande mondializzazione del XX secolo, l’alta finanza aveva compiuto la mediazione necessaria fra il cosmopolitismo della vita economica e il nazionalismo della vita

---

<sup>207</sup> L’espressione è di A. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 29 (2010), 1 ss., che finisce per rappresentarlo come un inedito soggetto storico produttivo di un diritto destatalizzato, spontaneamente riproducendosi fuori dalla volontà politica.

<sup>208</sup> Questa è ad esempio la posizione di P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

<sup>209</sup> Sull’uso della comparazione giuridica da parte delle Corti costituzionali e sul valore legittimante del richiamo a precedenti stranieri si veda T. Groppi – M.C. Ponthoreau (a cura di) *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013. Un notevole esempio interno nella sentenza n. 10 del 2015 sulla cd. *Robin Hood tax*, ove l’argomento interpretativo principale su cui la Corte costituzionale fonda il potere – non previsto normativamente – di disporre degli effetti retroattivi della sentenza di accoglimento sta nel richiamo all’identico potere attribuito (o autoattribuitosi) dalle Corti costituzionali austriaca, tedesca, spagnola e portoghese.

<sup>210</sup> A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 32, osserva che il neocostituzionalismo è una scienza il cui oggetto “non è dato dalle cause empiriche, ma dalle ragioni argomentative”.

<sup>211</sup> Acute critiche alle tendenze falsamente “neutralizzanti” del neocostituzionalismo dei diritti in M. Luciani, *Costituzionalismo*, cit., par. 5.

politico-statale<sup>212</sup>, garantendo un equilibrio di forze fondato sul “concerto delle Nazioni”. E tuttavia l’autoregolazione del sistema economico operata dai poteri finanziari aveva mostrato il suo limite dinanzi all’emergere di questioni sociali e di crisi monetarie che diedero innesco alla rivincita dello Stato nazionale, ripropostosi nella veste spettrale dello Stato di potenza, e avviarono la spirale bellica<sup>213</sup>. Oggi come allora, è incerto – e dipende in ultima analisi dalla volontà politica del concerto delle Nazioni egemoni – se le profonde disequaglianze che accompagnano l’imponente crescita della ricchezza mondiale prodotta dalla globalizzazione<sup>214</sup> potranno essere riassorbite o attenuate, e se continuerà perciò ad essere conveniente, per gli Stati-nazione, sostenere le istituzioni che garantiscono un equilibrio di forze funzionale agli interessi dall’*haute finance*; o se al contrario risulterà in essi prevalente il richiamo all’autosufficienza, alla chiusura protezionistica, quale disperato tentativo di rimediare a una gigantesca e planetaria questione sociale, che ha il suo più visibile effetto nelle dimensioni smisurate dei flussi migratori<sup>215</sup>.

V’è soltanto da sperare che il superamento della crisi della seconda grande globalizzazione – diversamente dal primo – non debba trovare nuovamente nella guerra il suo fattore di innesco.

---

<sup>212</sup> Sulla contraddizione fra l’universalismo della vita economica e il nazionalismo della vita politica statale v. già A. Gramsci, *Quaderni del carcere* (a cura di V. Gerratana), Einaudi, Torino, 1975 e H. Arendt *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1967, 175, dove si afferma: “La struttura politica, a differenza di quella economica, non può estendersi all’infinito, perché non si basa sulla produttività umana, che è invero illimitata”.

<sup>213</sup> Su questo tornante storico resta essenziale l’analisi di K. Polanyi, *The Great Transformation, La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 1974.

<sup>214</sup> Il più visibile effetto di questa crescita sta nella drastica riduzione delle persone che vivono in “povertà estrema” (ossia sotto i \$2 di reddito al giorno), che sono scese nell’ultimo ventennio dal 35% al 10% circa della popolazione mondiale (Fonte: *Global Trends Main Report*, National Intelligence Council USA 2016).

<sup>215</sup> I migranti (intesi come persone che vivono fuori del loro Paese di nascita), e i rifugiati hanno raggiunto nel 2015 il livello più alto mai toccato, attestandosi, rispettivamente, sulle cifre di 244 milioni e 65 milioni (Fonte: *Global Trends main Report*, cit.).