

 **federalismi.it**  
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

13 NOVEMBRE 2020

*federalismi.it*

Fascicolo n. 31/2020

Numero monografico

*Territorio e territori nell'Unione europea*

a cura di Tanja Cerruti e Annamaria Poggi

WHERE IS EUROPE GOING?  | PRIN  
2017



ISSN 1826-3534

Numero 31, 2020

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Beniamino Caravita di Toritto

Comitato di direzione: Prof. Luisa Casseti; Prof. Marcello Cecchetti; Prof. Carlo Curti Gialdino; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Diana Urania Galetta; Prof. Roberto Miccù; Prof. Andrea Morrone; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Annamaria Poggi; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione: Prof. Federica Fabrizzi (Redattore Capo); Prof. Cristina Bertolino; Prof. Tanja Cerruti; dott.ssa Federica Grandi; dott. Giovanni Piccirilli; dott. Massimo Rubechi; dott. Federico Savastano; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Federico Savastano (coordinatore); dott. Simone Barbareschi; dott. Paolo Bonini; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Elena Maioli Castriota Scanderbech; dott. Nicola Pettinari; dott. Michela Troisi.

E-mail: [redazione@federalismi.it](mailto:redazione@federalismi.it)



Fascicolo pubblicato nell'ambito della ricerca "PRIN 2017 – *Dove va l'Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*", i cui responsabili scientifici sono Beniamino Caravita (P.I., Sapienza – Università di Roma), Massimo Condinanzi (Università degli Studi di Milano), Andrea Morrone (Università di Bologna) e Anna Maria Poggi (Università degli Studi di Torino)



# Sommario

## INTRODUZIONE

- Unione europea e territorio: problemi e prospettive, di *Annamaria Poggi*..... iv

## SAGGI E ARTICOLI

- Anillos de conjunción entre el estado nación y el Derecho de la Unión: soberanía, territorio y pueblo, di *Paloma Biglino Campos*..... 1
- Transizione e persistenza. Note su Stato-nazione e processo di integrazione europea, di *Gennaro Ferraiuolo*..... 9
- Il territorio europeo tra processi federali e spinte neofeudali, di *Ines Ciolli*..... 25
- Par-delà la souveraineté étatique dans l’Union: Etat de droit et intégration, di *Eric Carpano*..... 43
- *Staaten- o Verfassungs-Verbund?* Appunti su alcune “immagini” del *BVerfG* e sulle relative implicazioni territoriali, di *Alessandra Di Martino*..... 60
- Ce que l’Union européenne fait au concept de territoire, di *Gaëlle Marti*..... 83



# Unione europea e territorio: problemi e prospettive

**di Annamaria Poggi**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi di Torino

Grazie alle relatrici e relatori che oggi ci onorano della loro presenza e che hanno accettato di dialogare e discutere l'impianto del progetto di ricerca Dove va l'Europa e in particolare l'impianto del progetto dell'unità torinese che ha il suo fulcro nelle complesse e multiforme tematiche connesse al "territorio" dell'Unione.

Prima di entrare nel merito di tali questioni, corre l'obbligo di dichiarare la premessa maggiore che anima l'intero progetto. Esso nasce da un gruppo di studiosi che vedono nella costruzione europea il progetto politico più significativo e sfidante di evoluzione del modello degli Stati nazionali.

Quel modello, infatti, che tanta rilevanza ha avuto tra la seconda metà dell'Ottocento e la prima del Secolo scorso non è né morto (come taluni parrebbero assumere) neppure è completamente superato, ma ha bensì bisogno di essere integrato da dimensioni più inclusive e democratiche. Lo compresero i Framers del progetto europeo che in esso intravedevano un futuro di pace e, dunque di sviluppo economico e sociale. Ed oggi tocca a noi coltivare quell'ispirazione culturale in un contesto in cui sfide come la rivoluzione digitale, i fenomeni migratori, la globalizzazione economica, la questione ambientale e della sostenibilità non si possono affrontare dal solo recinto del territorio dello Stato nazionale.

Non a caso questo progetto nasce introno ad una Rivista (Federalismi) che sin dal suo primo numero in un editoriale del suo Direttore e PI del nostro progetto affermava la convinzione della necessità di tale progetto politico.

Dove va l'Europa, insomma, è un altro modo per chiedersi dove vanno l'Italia, la Spagna (per citare i due Paesi cui appartengono i relatori di oggi), ma la domanda potrebbe estendersi tranquillamente a tutti gli altri Stati membri.

Tuttavia, una serie di fenomeni sta mettendo in crisi la tradizionale costruzione europea, basata sulla originale concezione funzionalista: il processo europeo, però, è andato talmente avanti che è oggi necessario fare il punto su alcuni passaggi cruciali per verificare quale possa essere la direzione da seguire per portare avanti e in che modo la costruzione europea.



Lo scopo di questo progetto, dunque, è quello di comprendere le prospettive reali del processo di integrazione attraverso un'analisi scientifica di quelli che sono allo stesso tempo i suoi aspetti fondanti e problematici.

Il primo profilo parte dall'assunto per cui c'è nel costruito europeo un problema di identità e valori: che cosa accomuna oggi i popoli europei? C'è un'identità comune? Ci sono tradizioni costituzionali comuni? C'è una medesima concezione di democrazia? Ci sono principi costituzionali e legislativi comuni?

In secondo luogo, le democrazie europee sono oramai tutte democrazie sociali, ma l'Unione europea, pur aspirando ad una consistenza costituzionale di tipo statale, non ha nessuna caratteristica di stato sociale. Non ha una politica economica comune, non ha una politica sociale comune; ha solo una politica monetaria comune. Come si risolve questa contraddizione?

In terzo luogo le ricorrenti crisi economiche (1987; 2008 e oggi la crisi post covid) da tempo richiedono di ripensare l'assetto istituzionale e in qualche misura la stessa forma.

Sotto il profilo dell'assetto territoriale, è necessario fronteggiare tre questioni fondamentali: offrire adeguate istituzioni all'area Euro; affrontare Brexit, con tutte le sue implicazioni; trovare un equilibrio fra rispetto delle identità nazionali e spinte autonomistiche (Catalogna, Scozia, Corsica, Süd-Tirol). Più in particolare, il progetto di ricerca si snoda attraverso quattro passaggi.

Nel primo passaggio si assume che la dimensione territoriale costituisce un tassello rilevante con riguardo al processo di integrazione europea: “nel corso dei secoli l'Europa ha conosciuto fasi alterne di unità e frammentazione, ma è sempre stata percepita come una realtà unitaria. Le fasi più drammatiche della frammentazione si sono chiuse, in una sorta di percorso culturale, con l'avvio del processo di integrazione”.

Nel secondo, si precisa, che senso e che significato assume l'Europa come “realtà unitaria”: “al tempo stesso l'Europa ha messo in campo strategie che guardano ai territori come elementi dinamici attraverso cui radicare uno spirito di cittadinanza europea. Infine, il superamento di ogni confine territoriale è reso evidente anche dallo sforzo di costruire uno spazio pubblico veramente europeo. (...) L'Europa e il suo territorio e i suoi territori rappresentano senz'altro un laboratorio di studio per mettere alla prova le categorie della teoria generale, sotto una molteplicità di profili di ricerca”.

Nel terzo si sottolinea come questa dimensione territoriale deve tener conto di talune trasformazioni che per la loro globalità non possono che investire anche la realtà europea: “territorio e territorialità sono da tempo categorie sottoposte a profonda trasformazione e attraversate da strategie di governance multilivello di cui l'Europa si sta appropriando. Da un lato, pare essersi deteriorato il nesso che lega le categorie tipiche del diritto costituzionale: sovranità-rappresentanza-territorio. Fattori esogeni



(sovranzazionali e internazionali) ed endogeni (infrastatali) rispetto agli ordinamenti nazionali, specie nell'area europea, stanno mettendo in discussione gli elementi tradizionalmente riconosciuti come costitutivi dello Stato. Per altro verso, il territorio e la territorialità stanno rivelando potenzialità ancora inesprese e implicazioni sociali su cui occorre riflettere dal punto di vista normativo e di policy. La dottrina ha evidenziato i fattori che stanno alla base di questa interruzione: la non coincidenza tra i luoghi della politica e i luoghi della produzione del diritto; il conflitto tra la tendenza alla globalizzazione, tipica della forma mercato, e la tendenza alla territorialità, tipica della forma Stato”.

Infine, nel quarto passaggio si giunge a porre le domande cui il progetto dovrà tentare risposte: “in primo luogo la problematica qualificazione del territorio europeo: territorio o spazio comune? Spazi comuni a seconda delle competenze? Spazio mobile comune? Che si dilata o restringe a seconda dei principi applicati? Occorrerà poi riflettere sul ritorno al localismo che si contrappone al tentativo di costruzione di uno spazio comune, sia in termini di fuoriuscita dall'Unione (Brexit), sia in termini di frontiere tra gli stati membri (deroghe a Schengen e problemi suscitati dal fenomeno migratorio), sia in termini di istanze indipendentiste all'interno degli Stati membri (Catalogna, Scozia, Corsica)”.

Rispetto ad ognuno di questi passaggi si addensano una serie di questioni di enorme rilievo.

L'attuale crisi, come noto, sta facendo riaffiorare i dubbi, mai veramente sopiti, sull'effettività del processo di integrazione e sulla configurazione dell'Unione come mera sommatoria di Stati, anziché quale realtà unitaria. Al di là delle dinamiche conflittuali tra maggioranze e opposizioni all'interno dei vari Paesi, è palese come la maggioranza della dottrina e dei commentatori si stia interrogando sul ruolo dell'UE rispetto alla crisi pandemica, in particolare si stia chiedendo se esista o meno quel principio di solidarietà tra gli Stati membri proiezione dell'unitarietà dell'esperienza.

Come già dopo il c.d. quinto allargamento del 2004 e come pure dopo la crisi economica del 2009, le crisi portano a galla sempre lo stesso tema, segno di un nodo irrisolto e di un intreccio di questioni cruciali per il futuro dell'esperienza europea

La crisi attuale, dunque, ha fatto venire a galla in maniera evidente problematiche che covavano da tempo sotto la cenere, e che ora sono emerse in tutta la loro reale dimensione: che l'allargamento territoriale dell'Unione fosse problematico lo si sapeva, che sarebbe occorso già dal 2004 mettere mano a incisive modifiche della dimensione politica dell'UE era altrettanto noto, ma ora è emersa la reale dimensione del problema: una possibile frattura tra due Europe, o forse una frattura tra tante Europe, in particolare tra quella nordica e quella mediterranea.

Ciò non infirma minimamente la costruzione internazionalistica dell'Unione: gli internazionalisti insegnano che quando si parla di territorio dell'UE si dovrebbe più propriamente parlare di applicazione territoriale dei Trattati istitutivi; di sfera spaziale di applicazione dei Trattati, composta dalla somma dei territori degli Stati membri (con l'esclusione di eventuali parti) nella quale l'Unione

esercita le competenze che le sono state attribuite dagli Stati membri per conseguire gli obiettivi comuni. La sfera di applicazione territoriale dei Trattati, dunque, comprende lo spazio in cui uno Stato membro esercita la sua giurisdizione, secondo le proprie norme costituzionali, le zone di mare e gli spazi territoriali su cui esercita la propria sovranità ed i territori europei di cui abbia la rappresentanza nei rapporti esteri (art. 355 TFUE).

Ma mentre non infirma quella costruzione pone questioni rilevanti sulla dimensione “costituzionale” dell’Unione intesa questa come dimensione territoriale di “comunità di diritti e di doveri”. Qui il territorio non ha una accezione funzionalistica, ma assume un significato precettivo di “comunità” di protezione dei propri membri.

Insomma le teorie sulla c.d. geografia funzionale, che pur fotografano perfettamente una realtà di fatto, valgono sul piano descrittivo, ma non riescono a supportare una teoria costituzionale. Perciò quando Parag Khanna, afferma che l’Europa è diventata un archetipo di geografia funzionale, fotografa, appunto, una indubbia realtà: “dopo la fine della guerra fredda l’Europa si è concentrata piuttosto nella costruzione di ponti e gallerie che non di muri e trincee (...) le nazioni europee sono funzionalmente inseparabili, una frittata che non può essere riportata indietro ai suoi ingredienti originari. Sistema monetario, direttrici di trasporto, reti energetiche, network della finanza, supply chain industriali: tutto è solidamente integrato” (12). Non coglie, invece, nel segno, quando conclude che “l’età dell’organizzazione del mondo secondo lo spazio politico (il modo in cui legalmente suddividiamo il globo) sta cedendo il passo alla sua organizzazione secondo lo spazio funzionale (il modo in cui lo usiamo). In questa nuova era il mondo *de iure* dei confini politici sta per essere sostituito dal mondo *de facto* delle connessioni funzionali” (13).

La problematicità di tale conclusione è oggi sotto gli occhi di tutti: la geografia funzionale richiede, invece, di essere governata da una geografia politica. Perché, come ha ben evidenziato Gino Scaccia, 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” (14).

Ecco allora che la triade sovranità-rappresentanza-territorio che la globalizzazione (anche in chiave europea) sembrava aver travolto, ritorna, e chiede di essere nuovamente riempita di significato.

Ed ancora: quale equilibrio si può trovare tra rispetto delle identità nazionali e necessità di integrazione che talvolta richiedono se non l’abbandono perlomeno il temporaneo superamento di quelle identità.

Anche qui non è possibile fare a meno di qualche anello di congiunzione con la teorica dello Stato-nazione secondo cui “la forma più forte di identità collettiva emersa negli ultimi secoli è l’idea di nazione: una comunità politica che trova le sue basi nel riconoscimento di una storia comune, nel senso di appartenenza ad un territorio e nell’identificazione con i suoi abitanti” (16).

È compatibile l’idea di territorio come spazio comune, di territorio funzionale alla libera circolazione di merci e persone con la costruzione di quel tipo di comunità politica?

Secondo alcuni alla mancanza di demos non vi sarebbe rimedio, mentre secondo altri esso può nascere consensualmente, derivando la sua legittimità dal consenso (18).

Sia come sia di quel consenso e della costruzione di una teoria “costituzionale” del territorio come spazio di sovranità normativa vi è un gran bisogno, come ancora una volta ha dimostrato la crisi ancora in corso. Altrimenti non si riescono a radicare concetti che da quella (e solo da quella) costruzione costituzionale derivano, come quello di politica fiscale comune e di solidarietà.

Se l’UE non diventa una comunità politica non si possono immaginare né solidarietà, né redistribuzione durature. Ma ciò implica anche e necessariamente una diversa concezione del territorio dell’Unione che integri quella meramente funzionalistica di spazio di libera circolazione.

Ma a questo punto si inseriscono altre e non meno rilevanti questioni che hanno a che fare da un lato con il fenomeno migratorio e dall’altro con le spinte secessionistiche interne a taluni Stati dell’Unione.

La questione del fenomeno migratorio avrebbe indubbiamente un grande giovamento dalla possibilità di un suo governo politico unitario: ma ciò è politicamente percorribile?

Allo stesso modo le istanze secessionistiche (che hanno il forte fondamento di cui dei principi cardine dell’ordine internazionale e cioè il principio di autodeterminazione dei popoli) consentirebbero se assecondate di conservare l’equilibrio sin’ora raggiunto tra esigenze di sovranità dei singoli Stati e convenienza politica degli stessi verso la costruzione europea? Se l’UE, ad esempio, assecondasse in qualche modo le rivendicazioni catalane che ne sarebbe della Spagna nell’Unione? Sarebbe possibile un nuovo equilibrio?

Insomma i temi all’ordine del giorno sono davvero tanti e questa crisi ne ha aggiunti altri

Secondo alcuni da questa crisi si uscirà con due Europee, quella nordica e quella mediterranea, cioè con due componenti sicuramente più omogenee geograficamente e culturalmente.

Secondo altri ci saranno altre Brexit, secondo altri ancora alcuni Paesi (tra cui il nostro) necessiteranno della cura Grecia. Secondo i più ottimisti si raggiungerà, invece, un accordo tra le due Europee attraverso una ridefinizione radicale dei termini di quell’intesa che garantisce il funzionamento effettivo della costruzione europea dal 1992, quando si puntò sull’unificazione monetaria, lasciando da parte quella militare, diplomatica e fiscale.



## Nota bibliografica

(1) I pacchetti dei provvedimenti dell'UE sono pubblicati, tra gli altri, sui siti della Camera dei deputati e di Astrid. Su questa *Rivista*, inoltre, in un Osservatorio dedicato sono riportati e continuamente aggiornati i provvedimenti del Governo e delle Regioni, corredati dalla dottrina di commento.

(2) Sulle criticità emerse dopo il c.d. quinto allargamento e il fallimento del Trattato per la Costituzione v., con riguardo alla prospettiva qui assunta v., tra gli altri, T. Boeri Coricelli, *Europa: più grande o più unita?* Bari, 2003; M. Bonini, *Verso l'allargamento dell'Unione: l'Europa come "espressione geografica" o come Rechtsgemeinschaft?*, *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 656 ss.; D. Kennedy, D.E. Webb, *The limits of integration: Eastern Europe and the European Community*, *Common Market Law Review*, 1993, 1095-117; S. Sicardi, *Turchia, Europa, Unione europea: il difficile rapporto tra requisiti geografico-culturali e valoriali-universali*, *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, XVII. Sulle difficoltà del processo di integrazione emerse durante e post crisi 2007-2009 v., tra gli altri, G.Napolitano, *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione" dello Stato*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1303 ss.; P.Passaglia, *Il Trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, *il Foro italiano*, 2008, V, pp. 40 ss.; G.Di Gasparre, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, 2011; R. Posner, *La crisi della democrazia capitalistica*, Milano, 2010; E. Raffiotta, *Il governo multilivello dell'economia*, Bologna, 2013; R.J. Shiller, *The subprime solution: how today's global financial crisis happened, and what to do about it*, Princeton, 2012; A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione Europea*, *Rivista AIC*, 1/2017, pp. 1 ss.

(3) *Federazione o Confederazione? Se l'Europa perde il treno dell'unità.*

(4) *È il momento dell'impresa pubblica europea*, 6 aprile 2020.

(5) *L'Unione europea al tempo del coronavirus: solidarietà cercasi*, 30 marzo 2020.

(6) Tra i moltissimi: F. Rampini, *Ecco la "tempesta perfetta" mentre i grandi della Terra reagiscono in ordine sparso*, *Repubblica*, 10 marzo 2020; R. Dalio,  *Policymakers must co-operate to fight coronavirus*, *Financial Times*, 10 marzo 2020; M El-Erian, *How this market crash is unlike 2008 financial crisis*, *Financial Times*, 10 marzo 2020; F. Carli, *Perché l'Europa deve rispondere con una voce sola*, *Il Sole 24 Ore*, 10 marzo 2020; A. Penati, *Europa se ci sei batti un colpo*, *Repubblica*, 11 marzo 2020; *Contre le coronavirus, l'UE doit agir vite e fort*, *Le Monde*, Editorial, 11 marzo 2020; S. Folli, *C'era una volta l'Europa*, *Repubblica*, 16 marzo 2020; L. Reichlin, *Che cosa chiedere all'Europa*, *Corriere della Sera*, 25 marzo 2020; *Eurozone leaders should use their existing tools*, *Financial Times*, Editorial, 26 marzo 2020; D. Taino, *L'Unione che (non) fa la forza*, *Corriere della sera*, 27 marzo 2020; E. Catania, *Dall'industria alla ricerca, governance UE da cambiare*, *Sole 24 Ore*, 28 marzo 2020; S. Fabbrini, *Il futuro dell'Europa viene deciso adesso*, *Sole 24 Ore*, 29 marzo 2020; G. Tabellini, *Guarire assieme all'Europa*, *Il Foglio*, 29 marzo 2020; N.Verola, *L'Unione ai tempi del contagio*, *Aspeniaonline*, 28 marzo 2020; M. Monti, *Berlino e il prezzo da pagare*, *Corriere della Sera*, 28 marzo 2020; B. Spitz, *Angela Merkel e la solidarietà europea: la sonnambule*, *L'Opinion*, 30 marzo 2020; A. Boitani, R. Tamborini, *Coronabond, titoli di*

*cittadinanza europea*, *Lavoce.info*, 31 marzo 2020; A. Baglioni, M. Bordinon, *Europa in mezzo al guado*, *Lavoce.info*, 31 marzo 2020; D., Sassoli, L'Europa ha bisogno di alzare lo sguardo, *L'Osservatore Romano*, 1 aprile 2020; G. Nori, *Rilanciare l'Europa partendo da pochi ma uniti. C'è uno statista tra noi?*, *Lacostituzione.info*, 31 marzo 2020; P.Sanchez, *Cara Europa basta dogmi. Senza solidarietà perdiamo tutti*, *Repubblica* 5 aprile 2020; A. Tooze, *The problem with the eurozone's whatever it takes mantra*, *Financial Times*, 4 aprile 2020; T. Breton, P. Gentiloni, *Raccogliamo (uniti) la sfida con un Fondo*, *Corriere della sera*, 6 aprile 2020; E. Galli della Loggia, *L'Europa inaridita*, *Corriere della Sera*, 7 aprile 2020; S. Folli, *Il risvolto interno della sfida europea*, *Repubblica*, 9 aprile 2020; E. Mauro, *Dov'è l'Europa dell'audacia*, *Repubblica*, 15 aprile 2020; B. Guetta, *Lo sguardo antico dell'Europa*, *Repubblica*, 16 aprile 2020; *How to secure the futur of eurozone*, *Financial Times*, Editorial, 19 aprile 2020; G. B. Wolff, *Eu debt as insurance against catastrophic event in the euro area: the key questions and some answer*, *Bruegel.org.*, 22 aprile 2020; A. Cerretelli, *La via del rilancio passa solo da più Europa*, *Sole 24 Ore*, 23 aprile 2020.

(7) *L'Unione Europea e la faticosa ricerca di un ruolo geopolitico*, pp. 167 ss.

(8) G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2011, p. 193.

(9) Negli Orientamenti sulle misure di gestione delle frontiere in relazione agli aspetti sanitari nel contesto dell'emergenza Covid-19 (C(2020)1753), del 16 marzo 2020, la Commissione europea ha evidenziato fra l'altro la possibilità per gli Stati membri di reintrodurre controlli temporanei alle frontiere interne alla zona Schengen, specificando tuttavia che tali controlli devono essere giustificati da motivi di politica pubblica e di sicurezza interna e conformi al Codice frontiere Schengen. Per i cittadini dell'Unione, devono inoltre essere garantite le salvaguardie istituite dalla direttiva sulla libera circolazione. Alla data del 24 aprile, gli Stati che hanno reintrodotti i controlli alle frontiere interne per il Covid-19 sono: Belgio, Spagna, Norvegia, Portogallo, Austria, Ungheria, Repubblica ceca, Svizzera, Danimarca, Lituania, Germania, Estonia, Finlandia, Polonia, Francia e Slovacchia. Il 30 marzo la Commissione europea ha inoltre presentato, contestualmente alle linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, gli Orientamenti per garantire la libera circolazione dei lavoratori che esercitano professioni critiche (C(2020)2051). Sebbene la Commissione riconosca che le restrizioni al diritto alla libera circolazione dei lavoratori possano essere giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, gli orientamenti delineano indicazioni pratiche per garantire che i lavoratori transfrontalieri, i lavoratori distaccati e i lavoratori stagionali possano continuare ad attraversare le frontiere interne dell'UE. La Commissione ha invitato pertanto gli Stati membri ad adottare misure specifiche per garantire un approccio coordinato a livello di Unione, in particolare per quei lavoratori che esercitano professioni critiche in quanto svolgono attività connesse ai servizi essenziali, come il sistema sanitario, la realizzazione e la manutenzione di attrezzature e infrastrutture mediche, la fornitura di beni di prima necessità. Nella tabella di marcia del

15 aprile, fra le raccomandazioni indirizzate agli Stati membri per una revoca graduale delle misure di contenimento, si evidenzia che, pur essendo necessaria una riapertura graduale delle frontiere per ripristinare il normale funzionamento dello spazio Schengen, i controlli alle frontiere interne dovranno essere revocati in modo coordinato e solo quando verrà constatata una sufficiente convergenza della situazione epidemiologica nelle regioni di confine. D'altra parte il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 17 aprile, ha esortato gli Stati membri ad adottare soltanto misure necessarie, coordinate e proporzionate nel limitare i viaggi o nell'introdurre e prolungare i controlli alle frontiere interne, e ha sottolineato la necessità di tornare alla piena operatività dello spazio Schengen di libera circolazione, senza controlli alle frontiere interne, quale parte di una strategia di uscita dalla crisi.

- (10) S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale* (2006), Milano, 2008, p. 7.
- (11) P. Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, Roma, 2013, p. 144.
- (12) P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma, 2016, pp. 133-134.
- (13) *Ibidem*, p. 48.
- (14) G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 23.
- (15) *La crisi dell'Europa*, Bologna, 2010, p. 93.
- (16) N. Verola, *L'Europa legittima. Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, 2006. p. 226.
- (17) *Ibidem*. pp. 225-226
- (18) *Per uno Stato Europeo*, Bologna, 1998, p.
- (19) *Cittadinanza e territorio. Lo ius soli nel diritto comparato*, Napoli, 2015, pp. 35-36
- (20) *Una Costituzione per l'Europa. Per uno stato costituzionale europeo*, n. 23/2014, p. 6
- (21) *Le elezioni europee*, n. 11/2014, p. 3



# Anillos de conjunción entre el estado nación y el Derecho de la Unión: soberanía, territorio y pueblo\*

**di Paloma Biglino Campos**

Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad de Valladolid (España)

**Abstract [Es]:** La nota analiza la funcionalidad, para el ámbito europeo, de algunos de los principales conceptos elaborados por la doctrina del estado nación, como son las ideas de soberanía, territorio, nación y pueblo. Concluye que estos conceptos son útiles si se tratan como anillos de conjunción, pero, de usarse como términos de comparación, llevarán siempre a una visión crítica de la integración.

**Abstract [It]:** Il testo analizza l'applicabilità dei principali concetti elaborati dalla dottrina dello Stato nazione (come sovranità, territorio, nazione e popolo) all'Unione Europea. Il saggio conclude che queste nozioni sono applicabili solo laddove vengano trattate come punti di connessione. Tuttavia, porteranno sempre a una visione critica del processo di integrazione se vengono utilizzati come termini di confronto.

**Abstract [En]:** The text analyses the usefulness of the main concepts elaborated by the doctrine of the nation state (such as sovereignty, territory, nation and people) when they are applied to the European Union. The paper concludes that these notions are useful only when they are treated as points of connexion. However, they will always lead to a critical vision of the integration process if they are used as terms of comparison.

**Sommario:** 1. Introducción. 2. Anillos de conjunción y estado social y democrático y de derecho. 3. Dos ejemplos de anillos de conjunción: territorio y pueblo en la Unión europea.

## 1. Introducción

La presente nota surge tras la lectura del sugerente artículo de A. M. POGGI sobre “Dove va l'Europa al tempo del Covid 19: riflessioni in tema di territorio dell' UE”, publicado en esta misma Revista<sup>1</sup>. Desde luego, existen muchos más puntos que merecerían un análisis más detallado. Ahora bien, me voy a limitar a explicar algunas ideas que tuve ocasión de exponer en el Seminario que se celebró el 18 de junio de 2020, en el que debatimos sobre dicho texto y acerca del contenido del PRIN 2017 “Dove va l'Europa: percorsi e prospettive del *fidelazing process* europeo”.

El artículo de la Profesora POGGI está inspirado por un criterio metodológico que considero de máximo interés. La autora, remitiéndose a la obra de S. SASSEN, considera que lo nuevo, en la historia,

---

\*Artículo sottoposto a refereaggio.

<sup>1</sup> N.5/2020, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43671>,

estaría profundamente imbricado en el pasado. Por ello, no resulta fácil imaginar el futuro institucional del mundo globalizado sin anillos de conjunción que enlacen con la teoría de los estados<sup>2</sup>.

Esta concepción me parece central desde un punto de vista metodológico. Precisamente, por ser nuclear, suscita algunas reflexiones que intentaré formular brevemente en las páginas siguientes. Dejo bien claro que no pretendo dar respuestas, sino solamente dejar abiertas algunas preguntas que merecerían más debate.

En primer lugar, estoy de acuerdo en que, para examinar la realidad contemporánea no hay otro camino que seguir sirviéndonos de algunas de las nociones tradicionales de la teoría del estado. Estas ideas son los únicos anteojos con los que, por ahora, somos capaces de comprender lo que nos rodea. Ahora bien, como señala A. M. POGGI, es preciso tener muy en cuenta que dichas ideas son, sobre todo, puntos de conexión. Su funcionalidad queda, pues, limitada a ser vínculos entre el pasado y el presente, por lo que debemos medir continuamente su funcionalidad real en el momento actual.

Esta tarea, por lo demás, no es nueva. Lo hemos hecho ya en el ámbito interno, cuando la construcción del estado social y democrático de derecho nos obligó a utilizar las categorías del estado nación como meros puntos de conexión y no como nociones capaces de dar todas las respuestas a una nueva realidad. Seguimos haciéndolo ahora, en el ámbito del Derecho de la Unión.

## **2. Anillos de conjunción y estado social y democrático y de derecho**

Para comenzar, conviene recordar un hecho bien conocido, esto es, el peso que tuvo la dogmática jurídica alemana en la elaboración del Derecho público de la mayoría de los países de Europa continental. Durante mucho tiempo, la concepción de estado que predominó fue la que, en su momento, elaboraron autores como P. LABAND<sup>3</sup> o G. JELLINEK<sup>4</sup> e, incluso, el propio H. KELSEN<sup>5</sup>. Como es bien sabido, para estos autores, aunque con matices distintos, el estado era una forma de organización política compuesta por tres elementos: pueblo, territorio y poder.

Esta concepción podía resultar funcional durante la época de la monarquía constitucional, porque disolvía el problema de la titularidad de la soberanía. La (entonces) moderna teoría del Derecho Público buscaba, antes que nada, asepsia política. Por ello, intentó superar la pugna entre quienes consideraban que el poder correspondía al rey y quienes, de manera distinta, opinaban que correspondía a la nación.

---

<sup>2</sup> Ob. cit, pág. 5.

<sup>3</sup> P. LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, edición francesa revisada y puesta al día por el autor, traducción de C. Gandilhon, París, 1900.

<sup>4</sup> G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, prólogo y traducción de Fernando de los Ríos, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, México DF, 1975.

Para hacerlo, más que inclinarse por una u otra postura, disolvieron la contradicción configurando la soberanía como uno más de los elementos del estado<sup>6</sup>.

Está fuera de lugar analizar las modificaciones que ha experimentado, y está experimentado, la noción de soberanía. Baste con recordar que la realidad desmiente continuamente la vieja definición de J. BODINO según la cual es el poder absoluto y perpetuo de una república<sup>7</sup>. Antes de seguir adelante conviene señalar que estas características siempre han sido más formales que reales, porque en ningún momento a lo largo de la vida del estado, ni siquiera durante el apogeo de la monarquía absoluta, dichas notas se dieron con pureza con las que se configuraron doctrinalmente. Desde sus primeras formulaciones, las notas características de la soberanía, conocieron fracturas, desmentidos y matizaciones, porque esa manera de concebir el poder del estado chocaba con la propia realidad política que sometía al monarca a límites tales como las leyes fundamentales del reino<sup>8</sup>. Pero, si la idea de soberanía ya sufrió erosiones en sus orígenes, más ha experimentado en los últimos tiempos.

Es cierto que las restricciones que los procesos de integración y de federalización imponen a los estados se intentan justificar recurriendo a varias argucias argumentales, como es la idea de auto limitaciones decididas constitucionalmente. También es verdad que la soberanía es una noción jurídica y, como tal, expresa un deber ser y no un ser. Ahora bien, hay que reconocer que este elemento del estado hace aguas por todas partes. En la actualidad, es muy difícil mantener que, como hizo G. JELLINEK en su momento, la soberanía sea independencia frente al exterior y supremacía frente al interior<sup>9</sup>.

Algo similar ha sucedido con la concepción del pueblo como elemento del estado. Al tratar este tema, se puede ser muy breve y directo. En una organización política democrática, el pueblo no puede concebirse como una pieza más del sistema. En sentido casi opuesto, debe entenderse como el origen y la finalidad del propio poder.

Más adelante haré mención a algunas dudas que suscita el territorio. Por ahora, me gustaría señalar que no parece que las categorías del estado-nación sirvan para explicar la situación en que nos encontramos dentro de nuestras fronteras. Por ello, dudo todavía más de que sirvan para analizar el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

El proceso de integración de nuestro continente tiene más de medio siglo de existencia y ha ido variando de manera paulatina. Desde la declaración Schuman hasta hoy, pasando por la construcción de los principios de primacía y efecto directo del entonces Derecho Comunitario, Europa se ha ido

---

<sup>6</sup> J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “La justicia en el Derecho privado y en el Derecho público”, *Anuario de la Facultad de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 1, 1998, pág. 202

<sup>7</sup> J. BODINO, *Los seis libros de la república*, selección, traducción e introducción de Pedro Bravo, ed. Aguilar, Madrid, 1973, pág. 46.

<sup>8</sup> P. BIGLINO CAMPOS, *Retos a la libertad y Estado Constitucional*, Madrid, 2017, pág. 46.

<sup>9</sup> G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, prólogo y traducción de Fernando de los Ríos, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pág. 356.





construyendo día a día. No creo, además, que esta evolución haya seguido un rumbo determinado, sino que se ha ido adaptando a los sucesivos acontecimientos y retos, como han sido la crisis económica, la inmigración, el terrorismo internacional o, mucho más recientemente, la Covid-19. Estamos, pues, ante una obra en permanente mutación que se adapta con dificultad a nuestras categorías nacionales. No es una federación, porque los señores de los Tratados son los estados, sin que, por ahora, podamos hablar de un pueblo europeo. Pero tampoco es una confederación, porque las instituciones de la Unión no solo vinculan a los países miembros, sino directamente a los ciudadanos. Es, por ahora, una realidad nueva, difícil de definir desde la óptica de los estados nación.

No es la primera vez que algo similar ocurre en la historia. Quizá el proceso de integración que más se asemeja al europeo sea el estadounidense, dado que, tanto en uno como en otro caso, nos encontramos con estados independientes que deciden unirse para crear una nueva forma de integración. Europa y Estados Unidos son, pues, los únicos modelos puros de federalismos de integración que existen en el Derecho Comparado<sup>10</sup>.

Pues bien, conviene recordar que los norteamericanos conservaron la herencia británica al regular muchas instituciones, como puede ser la forma de gobierno. El presidencialismo, en efecto, es poco más que el modelo de relaciones entre legislativo y ejecutivo que ya existía en la monarquía constitucional, con el único, pero significativo cambio de la figura del rey por la de un presidente elegido por los ciudadanos. Ahora bien, en otras cuestiones los *Framers* fueron mucho más innovadores. Cuando se reúne la convención de Filadelfia, los redactores de la Constitución de 1787 no eran conscientes de estaban creando una nueva forma de organización territorial. En realidad, sus miembros tan sólo pretendían superar las graves limitaciones que habían afectado a la confederación, formando un poder más fuerte, capaz de imponerse sobre los intereses particulares de los distintos estados. Por eso crean la nueva federación que, a diferencia de la anterior forma política, tenía poder directo sobre los ciudadanos y los territorios de los estados miembros<sup>11</sup>. Lo cierto es, que durante los debates, el término “federal” se empleó de manera muy imprecisa, unas veces en el sentido moderno, para designar la nueva organización territorial que la Constitución sometida a debate pretendía crear, mientras que en otras se usaba para designar la estructura confederal que, precisamente, se intentaba superar<sup>12</sup>. De hecho, no está de más recordar que la palabra federal no aparece recogida en la Constitución de 1787.

---

<sup>10</sup> A. STEPAN, “Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model”. *Journal of Democracy*, 10.4, 1999, pág. 7, <https://muse.jhu.edu/article/16996>.

<sup>11</sup> Sobre el carácter nuclear de dicha decisión, P. M. BATOR, D.J. MELTZER, P.J. MISHKIN, D.L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, New York, 1988, pág. 1.

<sup>12</sup> Existen muchos ejemplos de esta utilización de la expresión. Es muy frecuente, por ejemplo, en *El Federalista*. Así Hamilton, en el primer artículo de la colección, se refiere a la ineficacia del “gobierno federal vigente”, aludiendo a la



El aspecto que más me interesa resaltar es que la creación de una nueva estructura territorial, de un federalismo inédito hasta la fecha, obligó a los norteamericanos a dar un sentido muy distinto a los conceptos que habían heredado de los británicos. Por ejemplo, cambiaron radicalmente la noción de soberanía, que dejó de ser monárquica, o a lo sumo compartida entre el rey y el parlamento, para transformarse en popular. Como afirmó el Juez Kennedy, el gran paso delante del federalismo norteamericano residió, precisamente, en “desintegrar el átomo de la soberanía” y hacer al ciudadano titular del poder, tanto en los estados miembros como en la Unión.<sup>13</sup> La nueva estructura federal les obligó, además, a poner en cuestión el dogma de la soberanía del parlamento. El art. VI. 2 de la Constitución norteamericana, cuna del control de constitucionalidad, es también una cláusula de garantía federal, porque establece que, cuando los jueces de los estados se encuentren ante una ley contraria a la Constitución, deberán aplicar la *supreme law of the land*.

No parece forzado afirmar que sólo es posible configurar, y entender, la Unión Europea si somos capaces de revisar los conceptos que recibimos del pasado. Eso no significa prescindir de ellos. Como afirmaba al inicio de estas páginas es prácticamente imposible entender la realidad jurídica actual si no es con las ideas que hemos recibido, porque son las únicas categorías que poseemos para dar forma a las cosas. Ahora bien, tenemos que reconocer que la aplicación de estas ideas a la integración nos obliga a revisitarlas. Es preciso atribuirles la suficiente flexibilidad como para conseguir que encajen en una nueva realidad desconocida en nuestro continente hasta hace pocas décadas.

### 3. Dos ejemplos de anillos de conjunción: territorio y pueblo en la Unión europea

La orientación que acabo de describir puede servir para enfocar la noción de territorio como punto de conexión con lo que sucede dentro del ámbito europeo. Es cierto que, como señala A. M. POGGI, el concepto de territorio que mantenemos es el de un espacio geográfico sometido a una autoridad políticamente soberana. Pero también es verdad que la noción de territorio precisa de una cierta readaptación para que pueda ser utilizada para enfocar lo que ocurre dentro de la Unión. En efecto, ha de partir de la nueva concepción de soberanía a la que antes he hecho referencia y, como sucede en otras organizaciones territoriales compuestas, pasar por el filtro de las competencias. Por esta razón hay que reconocer que, como ella afirma, la crisis originada por el Covid-19 ha puesto en cuestión la propia

---

Confederación. En su artículo II, sobre los “Peligros que resultan del poder e influencias del extranjero” utiliza el término federal en un sentido muy distinto. En efecto, señala que “bien vale la pena, por tanto, considerar si conviene más a los intereses del pueblo de América el construir una sola nación bajo un gobierno federal, para todos aquellos objetos de carácter general, o dividirse en confederaciones separadas...”. (La edición de *El Federalista* que se cita en estas páginas es la quinta reimpresión de la primera en español, México, 1994. Las citas recogidas son de las páginas 3 y 6). Tuve ocasión de tratar detenidamente este asunto en “En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano”, en AAVV, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje a Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, pág. 1133.

<sup>13</sup> Opinión concurrente a la U.S Terms Limits, Inc v Thornton, 514 U.S. 779, (1995).



integración, desde el momento en que ocho estados cerraron su territorio a otros países de la Unión. Según la opinión de la autora antes mencionada, este hecho pondría de manifiesto que la libre circulación, en el fondo, no es tanto un bien constitucionalmente protegido por una autoridad soberana, como una convención sobre la que cada estado puede disponer, sin que se produzcan consecuencias de relevancia constitucional<sup>14</sup>. A esta reflexión añado que la decisión de la Comisión Europea de reabrir las fronteras a quince estados que no son miembros de la Unión ha sido adoptada tras largas discusiones y con la reticencia de algunos países que decidieron mantener ciertas restricciones<sup>15</sup>. Ahora bien, también me parece que estas limitaciones del poder de la Unión sobre sus propios límites exteriores deben enfocarse teniendo presente que, en el ámbito de las fronteras exteriores, los estados siguen conservando los principales poderes, que no han sido cedidos a las instituciones europeas.

Si se utiliza este punto de vista, habrá que concluir que la Unión, efectivamente, no es soberana sobre sus propios límites geográficos. Pero, además, será preciso reconocer que los estados tampoco lo son. No es este el momento de analizar despacio este tema, que exigiría un análisis mucho más detallado. Ahora bien, podemos aceptar, al menos como punto de partida, que la mayor o menor disposición de la Unión o de los estados sobre el territorio depende del reparto de poderes que hacen los Tratados. Por eso, el peso de la Unión será mucho mayor cuando ejerce sus competencias exclusivas<sup>16</sup>, como es el caso del funcionamiento del mercado común, que cuando se sirve de las competencias compartidas o complementarias<sup>17</sup>. Y, recordemos, el poder que el art. 3.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea atribuye a la Unión sobre sus propias fronteras exteriores está sujeto a condiciones y, por ahora, se limita al espacio Schengen, a la existencia de agencias como Frontex o Europol y al refuerzo de los sistemas de información entre estados<sup>18</sup>.

También la idea de pueblo sirve para entender lo que sucede en la Unión, aunque sólo relativamente. Desde luego, el pueblo no es el poder constituyente, porque el art. 1 del Tratado de la Unión deja bien claro que son “las altas partes contratantes” esto es, los estados, quienes crean la Unión. Tampoco está claro que el pueblo sea un poder constituido, porque la dirección política de la Unión sigue correspondiendo al Consejo. Ahora bien, tampoco cabe olvidar que, aunque no haya un pueblo europeo, existe una ciudadanía europea, esto es, un conjunto de derechos que se puede activar no sólo frente a las instituciones de la Unión, sino también frente a los estados miembros. Y que la ciudadanía

---

<sup>14</sup> Ob. cit, pág. 6.

<sup>15</sup> <https://www.rtve.es/noticias/20200630/ue-abrira-fronteras-15-paises-partir-del-1-julio-espera-reciprocidad-china/2023790.shtml>, visitado el 29 de octubre de 2020.

<sup>16</sup> Art. 3 TFUE.

<sup>17</sup> Arts. 4 y 6 TFUE.

<sup>18</sup> PARLAMENTO EUROPEO, “Protección de las fronteras exteriores de la Unión”, [https://what-europe-does-for-me.eu/data/pdf/focus/focus05\\_es.pdf](https://what-europe-does-for-me.eu/data/pdf/focus/focus05_es.pdf), vistada 20 octubre 2020.

se articula a través de derechos de participación política como son el derecho de voto en las elecciones al Parlamento europeo y en las elecciones municipales en el estado miembro en que se resida<sup>19</sup>. Sin olvidar, también, que los ciudadanos participan en la Unión a través de los estados, dada la responsabilidad de los miembros del Consejo ante los parlamentos nacionales y los ciudadanos<sup>20</sup>. Evidentemente, estos datos no construyen una realidad como la nacional. Ahora bien, no cabe desconocer que estamos en presencia de una ciudadanía multinivel, que no sustituye, sino que se superpone a la nacional<sup>21</sup>. Y que esta ciudadanía, al ser bifronte, tiene tonos federales, porque no sólo atribuye derechos con respecto a la Unión, sino también frente a los estados miembros<sup>22</sup>.

Antes de finalizar, es preciso hacer una breve puntualización sobre la idea de nación y su proyección a la realidad europea. Podemos medir la funcionalidad de este concepto si lo utilizamos únicamente en términos no jurídicos, esto es, cuando designamos con él a un grupo humano unido por vínculos históricos, culturales, lingüísticos, etc<sup>23</sup>. Es posible, entonces, preguntarse si Europa es una realidad más sólida de lo que pensamos, dado que compartimos el mismo pasado: los países del continente no sólo hemos estado unidos durante muchos siglos, sino que además hemos compartido una lengua y un Derecho común. A. M. POGGI<sup>24</sup> nos recuerda este hecho cuando señala que Europa, en el curso de los siglos, ha conocido fases alternativas de unidad y fragmentación, aunque siempre se ha percibido como realidad unitaria. Desde este punto de vista podría pensarse que la rígida división en estados nación ha sido, más bien, una excepción en el tiempo que la regla general.

Ahora bien, no es posible enfocar fenómeno de la integración cuando se utiliza la idea de nación en sentido jurídico. En ese supuesto, hacemos referencia a un grupo humano que no sólo está dotado de elementos comunes, sino que es, o tiene vocación, de convertirse en estado. Mientras que la idea no jurídica de nación tiene raíces medioevales<sup>25</sup>, la jurídica arranca de la Revolución Francesa, cuando E. SIEYÈS la definió como un cuerpo de asociados “que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura”<sup>26</sup>. En este sentido, la idea de nación no nos vale para entender lo que está sucediendo ahora, ni fuera de los estados ni dentro de muchos de ellos. En efecto, resulta difícilmente compatible con la pluralidad que exigen los estados federales. En estos casos, como ha señalado J. F.

---

<sup>19</sup> Art. 22 TFUE.

<sup>20</sup> Art. 10.2 TUE.

<sup>21</sup> Art. 20 TFUE.

<sup>22</sup> Como son, por ejemplo, el derecho de voto en las elecciones municipales (art. 22.1 TFUE), el derecho a la protección diplomática y consular (art. 23 TFUE), la prohibición de discriminación (art. 18 TFUE) o la libertad de residencia y circulación (art. 21 TFUE).

<sup>23</sup> Esta es una de las acepciones de nación que recoge el Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>24</sup> Ob. cit., pág. 2.

<sup>25</sup> E. HOBSBAWM, *Nación y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, 1991, págs. 24-27

<sup>26</sup> E. SIEYÈS, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Introducción y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez. Madrid: Alianza, 1989

GAUDREAU-DESBIENS<sup>27</sup> cualquier discurso que se construya sobre un concepto de estado-hegemónico, que parta de una visión de soberanía como algo absoluto, deviene problemático. Dando la razón al autor, es posible afirmar que, sobre el mismo territorio no pueden convivir dos naciones distintas, cuando ambas quieren autodeterminarse jurídicamente. La idea jurídico-política de nación es, todavía, menos compatible con la idea de integración europea que se fundamenta, precisamente, en todo lo contrario, esto es, en ceder parte de la propia capacidad de darse normas jurídicas.

Para terminar, vuelvo a la idea que expresaba al principio de estas páginas y que ha dado lugar a esta nota. Las nociones que conformaron el surgimiento y el desarrollo del estado nación son, como dice A.M. POGGI, anillos de conjunción entre el pasado y el presente. No pueden ser, sin embargo, elementos de comparación. Es decir, no podemos servirnos de la idea de pueblo, poder y territorio que hemos utilizado (y seguimos utilizando) en el Derecho interno para evaluar el estado de la Unión. En caso de hacerlo, la visión que tendremos sobre la integración será siempre negativa, porque llegaríamos a la conclusión de que la integración está y estará siempre incompleta. Conviene, pues, no repetir el error que cometió G. JELLINEK cuando se enfrentó a los primeros federalismos modernos de Europa. Como sus categorías no le servían para aclarar las posiciones de las entidades federadas, acabó denominándolas “fragmentos de estado”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> J.-F GAUDREAU-DESBIENS, «Federalismo y democracia», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, 2006, págs. 671-691.

<sup>28</sup> JELLINEK, G. *Fragmentos de estado*, prólogo de M. Herrero de Miñón, Madrid, 1982.



# Transizione e persistenza. Note su Stato-nazione e processo di integrazione europea\*

di **Gennaro Ferraiuolo**

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Napoli Federico II

**Abstract [It]:** Il lavoro, muovendo da una serie di apporti della dottrina – recenti e meno - non solo costituzionalistica, ragiona sul rilievo che le categorie del territorio e della nazione mantengono in rapporto alla dimensione europea. Ad alcune riflessioni di carattere generale segue una riflessione che si snoda essenzialmente su tre versanti: la prospettiva di costruzione di una nazione europea, la posizione in seno alla UE degli Stati-nazione e delle nazioni senza Stato.

**Abstract [En]:** The work, moving from a series of recent and less recent contributions from (not only constitutional) scholars, reflects on the importance that the categories of territory and nation maintain in relation to the European dimension. Some thoughts of general nature are followed by a reflection that develops on three fronts: the idea of building an European nation, the position within the EU of the nation states and of the stateless nations.

**Sommario:** **1.** *Dirla tutta* sull'Europa. **2.** Rileggendo Habermas e Grimm: l'approccio costruttivista all'identità collettiva. **3.** Territorio e concettualizzazioni della nazione. **3.1.** Una nazione per l'Europa? **3.2.** Le nazioni degli Stati-nazione. **3.3.** Le nazioni (europee) senza Stato.

## 1. *Dirla tutta* sull'Europa

Vi è, nel presente, una propensione a rappresentare la realtà in termini dicotomici: anzi, quanto più essa si fa complessa, tanto più si tende a incasellarla entro coppie semplificatorie che parrebbero imporre preliminari e nette scelte di campo, senza lasciare spazio a sfumature. Ciò accade, talvolta, anche nel dibattito sulle sorti dell'integrazione europea, impostato come scontro tra europeisti e sovranisti<sup>1</sup>, tra una visione progressista delle sorti unitarie del continente e posizioni di retroguardia, ancorate ai nazionalismi statali. A siffatto inquadramento rischia di apparire sotteso un irriducibile antagonismo tra Unione europea e Stati nazione<sup>2</sup>.

---

\*Articolo sottoposto a referaggio. Il presente lavoro è destinato agli *Studi in onore di Francesco Santoni*, in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> L'uso fuorviante e strumentale dell'etichetta di *sovranismo* (e di *nazionalismo*) è stato di recente segnalato, in particolare sul piano del rapporto tra giurisdizioni, da I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2020, p. 80 ss.; nonché ID., *Il conflitto sulle regole d'ingaggio tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: spunti di riflessione alla ricerca di un soggetto che "chiuda" il sistema*, in *federalismi.it*, n. 18/2020, p. 337 ss., dove si sostiene che sarebbe «opportuno sbarazzarsi in ogni caso della ambigua espressione "sovranismo"» (p. 338).

<sup>2</sup> Sul punto, criticamente, M. DANI – A.J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, n. 1/2020, *passim*, spec. p. 290.

Da questo tipo di approccio si ritiene di dover prendere le distanze: dovrebbe essere possibile mantenere fermo il valore altissimo degli ideali in principio ispiratori del processo di integrazione (riconducibili, in senso ancor più ampio, a visioni cosmopolite)<sup>3</sup> senza che ciò comporti la rinuncia a calarlo nelle dinamiche politiche concrete e attuali, ponendone in evidenza criticità e limiti; evitando, dunque, di mettere in discussione l'auspicabilità di una più piena integrazione politica europea, ma interrogandosi su quanto quell'approdo sia realistico nel breve-medio periodo, quali siano i passaggi da compiere in quella direzione, quali gli attori chiamati a percorrerli, come orientarsi in attesa di quell'esito. Neanche occorre mettere in discussione la scontata portata sovrastatale (talvolta globale prima che europea) di determinati temi: ad esempio – per restare al dibattito più recente - della pandemia di Covid-19, ma più ancora dell'emergenza ambientale, alla prima relazionata e su cui molti *competenti* richiamano l'attenzione da tempo; i nodi piuttosto, pure in questo caso, sono relativi al dove si decida sul livello di allocazione di determinate politiche, secondo quali schemi democratici, con quali ricadute in termini di responsabilità.

I pericoli sottesi ad un approccio fondato su inquadramenti estremizzanti possono essere ben colti attraverso le parole dell'economista Dani Rodrik che, in un recente volume (nella traduzione italiana *Dirla tutta sul mercato globale*), ricorda come le sue tesi siano state spesso oggetto di critica e stigmatizzazione in sede scientifica non per il rigore e la fondatezza degli argomenti proposti, ma per il rischio di strumentalizzazione cui si riteneva si prestassero: «in tema di impegno pubblico vige da molto tempo una regola non detta in base alla quale gli economisti dovrebbero sempre e comunque difendere a spada tratta il commercio»; senonché, «quando gli economisti edulcorano o mascherano le proprie opinioni di fatto favoriscono una fazione di “barbari” piuttosto che un'altra. [...] Questa riluttanza [...] a essere schietti e sinceri [...] ha fatto perdere loro credibilità agli occhi dell'opinione pubblica e, cosa ancor più grave, ha portato acqua al mulino degli oppositori»<sup>4</sup>.

Occorre scongiurare che simili esiti si riproducano nel dibattito sull'Europa: anche in questo caso, non *dirla tutta* (e il timore di essere inquadrati entro categorie che assumono spesso una valenza quasi stigmatizzante può indurre a tale scelta) rischia di impedire di mettere a fuoco le pietre d'inciampo del processo di integrazione, di determinare una instabilità delle categorie analitiche piegate di volta in volta

---

<sup>3</sup> Per alcuni riferimenti alle analisi che inquadrano le dinamiche dell'integrazione europea come «parte di un processo di costruzione di una cittadinanza cosmopolita a livello mondiale fondata sui diritti umani», «di tendenziale formazione di una cittadinanza democratica globale», cfr. V. COTESTA, *Paradigmi per lo studio dell'identità europea*, in *Quaderni di sociologia*, n. 55/2011, p. 18.

<sup>4</sup> D. RODRIK, *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton, 2018, trad. it. *Dirla tutta sul mercato globale. Idee per un'economia mondiale assennata*, Torino, 2019, pp. VIII-IX. Alla strumentalizzazione delle tesi di Rodrik fa riferimento, di recente, C. CROUCH, *The Globalization Backlash*, Oxford, 2018, trad. it. *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, Bari-Roma, 2019, p. 117, secondo il quale l'economista avrebbe sottovalutato il «rischio morale» (*sic*) sotteso all'uso di determinati argomenti.

in funzione di differenti contingenze ed esigenze e, alla lunga, di risultare controproducente per il progetto europeo medesimo.

## 2. Rileggendo Habermas e Grimm: l'approccio costruttivista all'identità collettiva

La «non coincidenza tra i luoghi della politica e i luoghi della produzione del diritto» e, parallelamente, «il conflitto tra la tendenza alla globalizzazione, tipica della forma mercato, e la tendenza alla territorialità, tipica della forma Stato»<sup>5</sup> dovrebbero essere considerati, più che dati da assumere ormai nella loro ineluttabilità, quali fondamentali nodi da sciogliere. È questa la chiave critica che pare sottesa a molti autorevoli apporti della dottrina (non solo giuridica)<sup>6</sup> e a cui pare orientato il perdurante, e ancora incompiuto, «sforzo di costruire uno spazio pubblico veramente europeo»<sup>7</sup>, presupposto irrinunciabile per l'avanzamento della integrazione.

I termini essenziali di tale questione possono essere colti recuperando il noto dibattito tra Habermas e Grimm sulla Costituzione europea, risalente alla seconda metà degli anni Novanta<sup>8</sup>. Rispetto ad allora, l'Unione è stata attraversata da importanti vicissitudini e mutamenti, e le posizioni dei due studiosi potrebbero essere rilette alla luce di essi. In quest'ottica, sono stati di recente pubblicati, nella traduzione italiana, alcuni saggi di Habermas, datati tra il 2006 e il 2018, dai quali emerge come egli *incontri Grimm* sulla «idea che spetti necessariamente anche ai partiti, alle classi dirigenti, e cioè a uno spazio pubblico e non istituzionale, la sfida di costruire davvero soggetti politici transnazionali»<sup>9</sup>.

Al di là di ogni tentativo di aggiornamento di quel dibattito, già in origine tra le posizioni dei due autori si è forse posta – nella prospettiva *dicotomizzante* innanzi criticata – una distanza maggiore rispetto a quella effettivamente riscontrabile, enfatizzando le divergenze e rinunciando a valorizzare alcuni significativi punti di contatto.

<sup>5</sup> B. CARAVITA - M. CONDINANZI – A. MORRONE – A.M. POGGI, *Dove va l'Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*, in *federalismi.it*, n. 7/2019, p. 9.

<sup>6</sup> Senza pretesa alcuna di esaustività, si vedano M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. 1/1996, *passim* (spec. pp. 184-185); R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2007, *passim* (spec. p. 46 ss.); D. RODRIK, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New York-London, 2011, trad. it. *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2015, *passim* (spec. pp. 306 ss.).

<sup>7</sup> B. CARAVITA – M. CONDINANZI – A. MORRONE – A.M. POGGI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>8</sup> Si vedano J. HABERMAS, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, Frankfurt am Main, 1996; e D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, conferenza tenuta alla Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 19 gennaio 1994, entrambi nella traduzione italiana pubblicata in G. ZAGREBELSKY – P.P. PORTINARO – J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996 (rispettivamente: *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, p. 369 ss.; *Una costituzione per l'Europa?*, p. 339 ss.).

<sup>9</sup> F. D'ANIELLO, *Introduzione*, in J. HABERMAS, *L'ultima occasione per l'Europa*, Roma, 2019, p. 11 (cfr. pure p. 16). Nel senso indicato, si vedano soprattutto gli spunti rinvenibili, nel volume citato, in J. HABERMAS, *Der Konstruktionsfehler der Währungsunion*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 5/2015, trad. it. *L'errore di costruzione dell'Unione monetaria*, pp. 39-40; nonché in ID., *»Für ein starke Europe« - aber was heißt das?*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 3/2014, trad. it. *«Per un'Europa forte». Ma che significa?*, spec. pp. 43, 45 e 47.



Vi era infatti, in primo luogo, una dichiarata (da Habermas) condivisione della diagnosi in ordine agli elementi di incompiutezza dell'edificio europeo, che toccava anche la controversa questione del cd. deficit democratico<sup>10</sup>. Comune appariva anche un approccio costruttivista alla prospettiva di una *nazione europea di cittadini*<sup>11</sup>: Habermas addirittura si riferiva, in maniera esplicita, ad un processo analogo a quelli che avevano condotto alla formazione degli Stati nazionali nel XIX secolo<sup>12</sup>. Le proposte formulate su tale piano erano, naturalmente, differenti: Habermas confidava nell'*effetto inducente* generato dal mutamento istituzionale, assegnando priorità al momento giuridico-politico<sup>13</sup>; Grimm metteva in guardia, invece, dalla *semplificazione statalistica*, privilegiando quello politico-sociale<sup>14</sup>. Va però sottolineato come quest'ultimo si mostrasse comunque consapevole del fatto «che tra strutture sociali e istituzioni politiche non vi è un rapporto di dipendenza unilaterale», e che «anticipazioni istituzionali potrebbero anche avviare l'evoluzione sociale»<sup>15</sup>. La distanza tra i due studiosi, su questo punto, sembrava attestarsi su di un piano quantitativo, relativo cioè al dosaggio tra spinte costruttiviste impresse *dall'alto* e *dal basso*<sup>16</sup>: per Grimm «l'anticipazione istituzionale non può [...] essere eccessiva», «la *creazione dei presupposti* non è [...] impresa da poco»<sup>17</sup>.

Il punto centrale ai fini della presente analisi riguarda però il concetto di *identità collettiva* che Grimm pone al centro della sua visione: una società con «un senso di appartenenza sufficientemente idoneo a sostenere le decisioni della maggioranza e le prestazioni di solidarietà, e a comunicare discorsivamente scopi e problemi»<sup>18</sup>. Questo *comunicare discorsivamente scopi e problemi* appare molto prossimo (e in buona misura funzionale) ai processi comunicativi habermasiani («il contesto di comunicazione coinvolgente in sé la socializzazione politica»; la «autocomprensione etico-politica creata e riprodotta

<sup>10</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Una costituzione*, cit., p. 369 ss.

<sup>11</sup> In senso diverso, V. COTESTA, *op. cit.*, riferisce il *paradigma costruttivista dell'identità europea* esclusivamente alla visione habermasiana (pp. 14-15), mentre quella dell'*euroscettico* Grimm (p. 15) risponderebbe al *paradigma dell'etnia e della nazione* (p. 12 ss.).

<sup>12</sup> J. HABERMAS, *Una costituzione*, cit., p. 373; più di recente, e in termini ancora più espliciti, ID., *Unsere große Selbsttäuschung Ein Plädoyer gegen den Rückzug hinter nationale Grenzen*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 8/2018, trad. it. *La nostra grande illusione. Appello contro il ritiro nei confini nazionali*, in J. HABERMAS, *L'ultima occasione*, cit., pp. 79-80.

<sup>13</sup> Cfr. ID., *Una costituzione*, cit., spec. p. 375.

<sup>14</sup> D. GRIMM, *op. cit.*, pp. 357-358: «il successo delle costituzioni democratiche non dipende soltanto dall'intima bontà delle loro disposizioni ma anche dalle condizioni esterne della loro efficacia» e, in particolare, «dall'ambito di intermediazione costituito da partiti, gruppi, associazioni, movimenti dei cittadini e mezzi di comunicazione».

<sup>15</sup> Ivi, p. 367.

<sup>16</sup> Sulla coesistenza, nei processi di costruzione delle identità nazionali, dei due tipi di spinte, cfr. di recente F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, London, 2018, trad. it. *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano, 2019, pp. 156-157.

<sup>17</sup> D. GRIMM, *op. cit.*, rispettivamente p. 367 e p. 359.

<sup>18</sup> Ivi, p. 363.

comunicativamente dai cittadini)»<sup>19</sup>. Ma ciò che ancor più conta è che Grimm non concepiva l'identità collettiva necessariamente in rapporto ad una «omogenea comunità popolare» o al suo «radicarsi in una etnia», ben potendo essere la stessa ricondotta ad una «società che si costituisce come unità politica», alla «autodeterminazione dei cittadini dell'Unione sulla forma e il contenuto della loro unità politica»<sup>20</sup>. Tra queste due visioni (*omogenea comunità etnico-popolare* versus *società che si costituisce in unità politica*) Grimm manifestava, in termini chiari, la propria preferenza per la seconda.

### 3. Territorio e concettualizzazioni della nazione

È attraverso l'accento posto, da entrambi gli studiosi, sulla *nazione di cittadini* e sulla *identità collettiva* che si può giungere al territorio, seguendo il percorso di chi ha segnalato la difficoltà di prescindere, anche nel dibattito sulle sorti dell'Unione europea, dalle categorie che tradizionalmente definiscono la statualità (e ciò al di là di ogni valutazione o pronostico che si intenda formulare in ordine alle sorti degli attuali Stati-nazione): «non si riesce ad immaginare tanto facilmente il futuro istituzionale del mondo globalizzato senza anelli di congiunzione con la teorica degli Stati-nazione»<sup>21</sup>.

Il territorio, in questa chiave, non evapora, né si smaterializza; né si rivelano dotate di «forza unificante le [sue] proiezioni funzionalistiche»<sup>22</sup>. Il territorio conferma tutta la sua centralità e richiede ancora di essere pensato, quale categoria dello Stato-nazione, in una valenza non meramente oggettiva ma quale spazio che contribuisce ad identificare una comunità politica. Lo Stato-nazione è anche un modo di concepire lo spazio politico e con esso il territorio, soprattutto laddove questo sia inteso come «spazio normativo politicamente governato»<sup>23</sup>.

Alla riaffermazione delle categorie proprie dello Stato-nazione, sarebbe però fuorviante far seguire la dissociazione dei due termini che lo definiscono (lo Stato e la nazione), facendo recedere del tutto il secondo. Si tratta di un atteggiamento frequente, che si riscontra finanche nelle ricostruzioni che attribuiscono rilievo decisivo all'*autodeterminazione nazionale*, scegliendo poi però, deliberatamente, di focalizzare l'analisi «non tanto sulla componente “nazionale”, bensì sull'elemento “Stato” [...] come entità giurisdizionale delimitata sul piano spaziale»<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> J. HABERMAS, *Una costituzione*, cit., p. 373. Sul punto cfr. F. D'ANIELLO, *op. cit.*, p. 11, che segnala, nella prospettiva indicata, come sarebbe «quantomeno feconda la connessione delle proposte di Grimm con gli obiettivi fissati da Habermas».

<sup>20</sup> D. GRIMM, *op. cit.*, pp. 363-365.

<sup>21</sup> A. M. POGGI, *Dove va l'Europa al tempo del Covid 19: riflessioni in tema di territorio dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 19/2020, p. 445; a riemergere è, in definitiva, «la triade sovranità-rappresentanza-territorio» (ivi, p. 447).

<sup>22</sup> Ivi, p. 444.

<sup>23</sup> Ivi, p. 445: si tratta della «classica concezione su cui si è fondata la costruzione dello Stato-nazione e su cui si è altresì fondata la concezione giuridica della cittadinanza come appartenenza ad una comunità politica».

<sup>24</sup> D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., p. 26: «ponendomi in quest'ottica, vedo la nazione come una conseguenza dello Stato, e non il contrario. [...] Non intendo disquisire su cosa sia una nazione, né se ogni nazione dovrebbe avere uno Stato, o quanti Stati dovrebbero esistere».



Nella stessa direzione, e con maggiore decisione, è stato di recente articolato uno dei più severi profili di critica alla decisione del 5 maggio 2020 del Giudice costituzionale tedesco (relativa al *Piano di acquisti di titoli di debito pubblico* – PSPP – da parte della BCE): contestando l'idea della «omogeneità del popolo» che sarebbe alla base della pronuncia, si giunge a mettere più direttamente in discussione il paradigma dello Stato-nazione, ascrivibile a «modelli teorici di un costituzionalismo vecchio stampo»<sup>25</sup>. Gli argomenti utilizzati sul punto, al di là di qualsiasi riferimento al merito della specifica vicenda giurisprudenziale, risultano però del tutto schiacciati su un preciso modo di intendere la nazione, che non si ritiene ne esaurisca la complessa valenza. Potrebbe essere pertanto opportuno – per le ragioni che illustrerò – non rinunciare del tutto a quella categoria in ragione di una particolare declinazione che di essa può essere offerta.

L'idea di nazione fondata sulla omogeneità del popolo, di sapore herderiano, è fortemente connotata in senso naturalistico-organicista: essa guarda infatti, essenzialmente, ad elementi storici, geografici, etimologici, linguistici, etnici<sup>26</sup>. Ma, oltre che sulle componenti organiche e naturalistiche, la nazione si regge anche su irrinunciabili componenti civico-volontaristiche. In particolare, appare convincente l'approccio che individua in tutte le costruzioni nazionali elementi tanto del primo tipo (simboli, lingua, tradizioni, cultura, etnia) quanto del secondo; ciò che varia in ogni singola esperienza è il dosaggio tra le due componenti, ma l'una non annullerà mai del tutto l'altra<sup>27</sup>. È chiaro che quanto più una nazione si strutturerà su basi organicistiche, tanto più si verrà connotando in senso escludente, con il rischio di assumere caratteri incompatibili con i principi del costituzionalismo democratico e di sfociare in un *nazionalismo illiberale* (o *etnico*)<sup>28</sup>. Emergono dunque differenti «modi di considerare la nazione: quello

---

<sup>25</sup> B. CARAVITA - M. CONDINANZI – A. MORRONE – A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meditato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, pp. v-vi.

<sup>26</sup> Ivi, p. v. Lo schiacciamento del concetto di nazionalismo sul versante organico, che lo ricollega alla visione di Johann Gottfried von Herder, è assai frequente: cfr., ad esempio, M. VIROLI, *Nazionalisti e patrioti*, Bari-Roma, 2019, p. 4 ss. e p. 78. Sulla figura di Herder, ricordando la matrice illuminista del suo pensiero, si sofferma di recente F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., pp. 75-77: «Herder condivideva molti punti di vista dell'illuminismo kantiano sull'uguaglianza dell'umanità [...]. afferma chiaramente che esiste una sola specie umana, e attacca altri autori che hanno cercato di fissare gerarchie tra le parti del mondo. Mostra pietà per le sofferenze degli africani e sostiene che le culture possano essere misurate in base al trattamento che riservano alle donne. [...] A differenza di Hegel, che si limita a ignorare l'Africa come irrilevante per la storia umana, Herder sviluppa una visione simpatetica verso le culture extraeuropee. Come un odierno antropologo culturale, è più interessato a descrivere che a valutare i popoli».

<sup>27</sup> Cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, 2018, pp. 19-21; R. MÁIZ, *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, 2018, p. 91 ss.; A. CIRULLI, *Etnoregionalismi*, Milano, 2019, pp. 63-66. Una saldatura tra i piani qui considerati può scorgersi anche in riferimento al concetto di cittadinanza, da assumere nella dimensione tanto *verticale* quanto *orizzontale*: in tema E. GROSSO, *Sovranità, cittadinanza, nazionalità*, in *Diritto costituzionale*, n. 1/2018 (*Sovranità. Stato costituzionale e sovranità popolare*), p. 35 ss.

<sup>28</sup> Sulla distinzione tra nazionalismo liberale e illiberale cfr., tra i tanti, W. KYMLICKA, *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, in ID., *Fronteras territoriales*, Madrid, 2006, pp. 52-61; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, trad. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003, p. 329 ss.

*naturalistico*, che fatalmente sbocca nel razzismo e quello *volontaristico*<sup>29</sup>; a un pensiero *nazionalitario*, dal «respiro umanitario od universalistico», si contrappone l'«esclusivismo particolaristico» di un *nazionalismo in senso deteriore*<sup>30</sup>.

La visione di Grimm, attraverso la distinzione tra *omogenea comunità popolare* e *società che si costituisce come unità politica*, ricalca bene il duplice volto della nazione. Se, concordemente, vanno segnalati i limiti delle varianti che enfatizzano la dimensione organica, occorre chiedersi se si debba necessariamente – o se sia utile – rinunciare del tutto al concetto nella prospettiva di un dibattito costruttivo (e costruttivista) sull'Europa; e se gli esiti di siffatta rinuncia non conducano in realtà ad occultare la nazione, pur laddove essa continua ad operare, o a far evaporare, con la nazione, alcune essenziali funzioni che essa ha tradizionalmente assolto negli ordinamenti statuali (anche negli ordinamenti statuali democratici).

Saranno di seguito proposti alcune riflessioni per provare a segnalare, in termini più concreti, tre diversi piani in relazione ai quali il tema posto in questa sede potrebbe assumere rilievo.

### 3.1. Una nazione per l'Europa?

Occorre in primo luogo chiedersi se non si intravedano indizi di un processo formativo di una nazione – di una identità collettiva – europea, non interessa in questa sede stabilire quanto avanzato e riuscito. Ciò offrirebbe una ulteriore conferma di alcuni spunti sin qui proposti: la valenza essenzialmente costruttivista della nazione (la nazione intesa come *manufatto culturale*)<sup>31</sup>; la persistente percezione della sua importanza per gli ordinamenti che vogliono raggiungere un certo grado di integrazione.

Si potrebbero così scorgere, a livello europeo, tentativi di comporre quello che è stato definito il *kit* della «creazione collettiva delle identità nazionali»<sup>32</sup>: una bandiera e un inno, ad esempio; il richiamo a padri fondatori e, più di recente, a monumenti e ad una storia reinterpretati con l'obiettivo di radicare nel tempo i valori su cui si regge l'edificio europeo<sup>33</sup>. Ancora: il «discorso sulle radici», la loro «affannosa

<sup>29</sup> F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Roma-Bari, 1961 (edizione citata 2011), p. 68 ss.

<sup>30</sup> V. CRISAFULLI – D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, par. 1.

<sup>31</sup> L'espressione è di B. ANDERSON, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983, trad. italiana *Comunità immaginate*, Roma, 1996, p. 23: l'*artificialità* è assunta senza attribuire a tale formula alcuna connotazione valutativa, ma ricorrendo ad essa semplicemente per qualificare ciò che è frutto della creazione umana; si rinuncia, dunque, alla pretesa di distinguere i nazionalismi *veri* da quelli *falsi*, i nazionalismi *autentici* da quelli *immaginati*, perché tutte le nazioni sono immaginate; di conseguenza, lo studioso critica la posizione di Gellner, che al concetto di *invenzione* associa, in senso deteriore, quello di *falsità* (p. 25).

<sup>32</sup> La formula è di A.M. THIESSE, *La Création des identités nationales. Europe XVIIIe-XXe siècle*, Paris, 1999, trad. it. *La creazione delle identità nazionali in Europa*, Bologna, 2001, p. 9, che si richiama a O. LÖFGTEN, *The Nationalisation of Culture*, in *Etnologica Europea*, XIX, n. 1/1989, p. 5 ss.

<sup>33</sup> Si considerino, ad esempio, alcune delle letture proposte nel dibattito pubblico nei giorni dell'incendio della cattedrale di Notre-Dame, nell'aprile del 2019: sul punto, criticamente, v. A. GENIOLA, *Notre-Dame di tutte le patrie*, in *Ethnos & Demos*, 18 aprile 2019 [https://ethnosdemos.wordpress.com/2019/04/18/notre-dame-di-tutte-le-patrie, ultima consultazione 15 luglio 2020]. Un discutibile tentativo di reinterpretazione della storia, inteso alla riaffermazione dei valori oggi dominanti nella costruzione europea, può essere invece colto nella risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 2019 («Importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa»), su cui cfr. le condivisibili

ricerca»<sup>34</sup>, che, per quanto criticati (come operazione in sé o per alcuni degli esiti cui ha rischiato di condurre), delineano anch'essi uno dei paradigmi della identità europea, che «ha raggiunto il più alto picco negli anni della preparazione del Progetto di Trattato per la Costituzione dell'Europa»<sup>35</sup>. Non mancano poi, tra i movimenti che con più passione e forza difendono la prospettiva europeista, espliciti riferimenti ad una delle più usuali formule che designano la nazione, allorquando evocano una Europa “comunità di destino”<sup>36</sup>; la medesima espressione è stata di recente utilizzata, innanzi al dramma della pandemia, dal Presidente federale tedesco in un dialogo con il Presidente Mattarella<sup>37</sup>. Ha un qualche significato (in quanto rivelatore della instabilità di molte delle categorie legate al concetto di nazione, e dunque del rischio di prestarle ad usi contingenti e oscillanti) il fatto che la formula della comunità di destino assumerebbe, per altri, una valenza spiccatamente reazionaria: «il fascismo, come il comunismo trovano proprio nella rifondazione della nazione come comunità di destino la più radicale alterità con la democrazia liberale. [...] nei regimi totalitari i cittadini diventati sudditi hanno la sola libertà di “credere obbedire” al destino che l'ideologia del regime ha imposto con la forza a tutti. [...] L'esito della comunità di destino è Auschwitz o Kolima»<sup>38</sup>; una lettura, questa, che appare più radicalizzante di quella prospettata da Otto Bauer (cui la formula è generalmente ascritta), per il quale essa «ne signifie pas soumission à une même sort, mais expérience commune du même sort dans un échange constant et une interaction continue»<sup>39</sup>.

Anche il versante civico-volontaristico, irrinunciabile per dar corpo ad una nazione liberal-democratica, trova costante alimento nella dimensione europea, in particolare nell'enfasi posta sui partiti europei, ritenuti tasselli essenziali di una rappresentanza politica pienamente democratica e di una dinamica partecipativa effettivamente aperta ad un'opinione pubblica ampia e consapevole. Pure su tale terreno si percepisce agevolmente, e al di là di ogni considerazione sugli esiti raggiunti, lo schema costruttivista (e la dinamica prevalentemente *top-down* che sin qui lo ha sorretto). La strutturazione di un sistema

---

osservazioni critiche di G. FILIPPETTA, *Una Costituzione nata dal totalitarismo?*, in *Diritti comparati*, 28 gennaio 2020; nonché A. MASTROMARINO, *Fare memoria, narrare la storia. Il Parlamento europeo e l'importanza della memoria per il futuro dell'Europa*, in *Lacostituzione.info*, 25 settembre 2019.

<sup>34</sup> P. PRODI, *Un'identità in movimento: l'Europa come rivoluzione permanente*, in *Quaderni di sociologia*, n. 55/2011, p. 25, che in proposito parla di «grande inganno», della «manifestazione più evidente di una patologia al servizio del potere».

<sup>35</sup> V. COTESTA, *Paradigmi*, cit., p. 15 ss. (citazione p. 17).

<sup>36</sup> Si veda il documento del *Movimento federalista europeo (Sezione italiana dell'Unione europea dei federalisti e del World Federalist Movement)* del 6 aprile 2020, intitolato, appunto, *Per un'Europa comunità di destino* [<http://www.mfe.it/site/index.php/4525-per-un-europa-comunita-di-destino>, ultima consultazione 15 luglio 2020].

<sup>37</sup> “L'insegnamento è che dobbiamo essere il più vicini possibile gli uni agli altri”, in *agi.it*, 26 maggio 2020 [<https://www.agi.it/estero/news/2020-05-26/mattarella-steinmeier-recovery-fund-8731932/>, ultima consultazione 15 luglio 2020]; del colloquio dà notizia anche il comunicato stampa della Presidenza della Repubblica del 26 maggio 2020 (*Colloquio telefonico tra Mattarella e Steinmeier*, <https://www.quirinale.it/elementi/49253>).

<sup>38</sup> Così Alberto De Bernardi, in polemica con un articolo di Antonio Scurati pubblicato sul *Corriere della sera* dell'11 marzo 2020: cfr. *Caro Scurati, la “comunità di destino” è un riflesso totalitario*, in *Linkiesta.it*, 14 marzo 2020.

<sup>39</sup> Cfr. O. BAUER, *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie*, 1907, II ed.1924, trad. francese *La question des nationalités et la social-démocratie*, tomo I, Parigi, 1987, p. 139 ss. (citazione p. 140).

europeo di partiti procede infatti non da una realtà sociale che preesiste (e condiziona il successivo riconoscimento formale) ma da interventi normativi tesi a plasmare, in precise direzioni, una realtà sociale ancora informe. Non, dunque, ciò che i partiti europei sono, ma quello che si ritiene debbano essere<sup>40</sup>: *devono essere* strumenti di espressione della volontà dei cittadini dell'Unione (art. 10.4 TUE, nonché art. 12.2 della Carta dei diritti fondamentali), partiti di cittadini, dunque, non semplici partiti-gruppi parlamentari o federazioni/confederazioni di partiti nazionali; *devono essere* caratterizzati da un certo grado di stabilità e strutturazione, dunque «più di una semplice organizzazione di campagna elettorale o [...] di sostegno di un gruppo politico e di lavori parlamentari»<sup>41</sup>; *devono essere* tendenzialmente integrati a livello istituzionale, attraverso procedure di registrazione (e il connesso controllo sul rispetto dei principi portanti della UE)<sup>42</sup> e il legame con i gruppi parlamentari<sup>43</sup>. Soprattutto – e qui l'approccio costruttivista si fa particolarmente evidente – la loro missione è definita al più elevato livello normativo: *devono essere* «fattore per l'integrazione in seno all'Unione» (art. 191 TCE, già 138A del Trattato di Maastricht), strumento rivolto a «formare una coscienza politica europea» (art. 10.4 TUE oggi vigente).

Se i processi di costruzione di una identità collettiva europea sinteticamente richiamati sono effettivamente in atto, appiattare l'idea di nazione su di una regressiva concezione organicista può risultare controindicato: da una parte, infatti, si rischia di rendere inservibile quell'idea in chiave democratica, ma al contempo si utilizzano schemi ad essa molto prossimi nel tentativo di dare all'ordinamento europeo una sostanza che vada oltre la dimensione meramente funzionalista.

### 3.2. Le nazioni degli Stati-nazione

Dei processi in atto nella dimensione europea possono darsi le valutazioni più diverse, con riferimento sia alle strategie adottate sia agli esiti sin qui raggiunti. Essi appaiono ad ogni modo ad uno stato ancora fluido. A fronte di ciò, occorre chiedersi se quanto affermava invece Benedict Anderson nel 1983 trovi

---

<sup>40</sup> Ciò sebbene la cd. relazione Tsatsos (*Relazione sulla posizione costituzionale dei partiti politici europei*, 30 ottobre 1996, considerata «lo sforzo più compiuto delle Istituzioni comunitarie, per condensare il dibattito sui partiti politici a livello europeo»: così G. GRASSO, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Tomo II, Torino, 2008, p. 615) rinnegasse la prospettiva di istituire i partiti europei «mediante un atto dell'Unione europea», assumendo invece il «fatto storico che le grandi famiglie politiche europee si sono riunite in organizzazioni che si sono definite partiti politici europei» (punto III.4).

<sup>41</sup> Anche siffatta prospettiva era delineata nella relazione Tsatsos (punto III.9, lett. c).

<sup>42</sup> Cfr. il Regolamento (CE) n. 2004/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 (*relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo*); e ora il Regolamento (UE, EURATOM) n. 1141/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 (*relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee*), modificato dal Regolamento (UE, EURATOM) 2018/673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 maggio 2018; nonché dal Regolamento (UE, EURATOM) 2019/493 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2019.

<sup>43</sup> In tal senso, la dimensione *triangolare* dei partiti europei (su cui v., anche per i rinvii alla dottrina, G. GRASSO, *Partiti*, cit., spec. p. 620 e p. 631; O. PORCHIA, *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2014, p. 799 ss.) può ritenersi sia in realtà indotta, per molti versi, da precise scelte normative assunte in sede europea.

oggi ancora riscontro: «la “fine del nazionalismo”, così a lungo profetizzata, non è minimamente in vista. Anzi la “nazion-ità” è il valore più universalmente legittimato nella vita politica del nostro tempo»<sup>44</sup>. Di recente, Francis Fukuyama ha ribadito la persistenza delle nazioni quale «forza attiva della politica mondiale»<sup>45</sup>. Se questo dato si confermasse, ci troveremmo innanzi ad uno scenario che vede, da una parte, un processo di costruzione di una identità collettiva europea ancora in evoluzione e, dall'altra, la persistenza di un ruolo forte delle nazioni degli Stati consolidati.

Nell'attesa – e con l'auspicio – che si avanzi sul primo versante, potrebbe essere allora opportuno dedicarsi anche a coltivare il secondo. Acquisiscono rilievo, in tale direzione, le avvertenze di Ramon Máiz, secondo cui il nazionalismo, nella valenza deteriore che ne viene usualmente proposta, è «fijado para siempre en un vocabulario organicista y sustancial», rispetto al quale si sarà inevitabilmente spinti a porsi da una prospettiva di «completa exterioridad a la dimensión nacional como postula el patriotismo cívico, republicano o constitucional»<sup>46</sup>. Tale atteggiamento si risolve però nel lasciare completamente nelle mani di *quel* nazionalismo (organicista) «el monopolio del escenario mismo en el que, en buena medida, se solventa la lucha cotidiana (política, comunicativa y emocional) por la dirección intelectual y moral de una comunidad», rinunciando a «repensar el lugar de la nación desde el horizonte teórico de la democracia republicana»<sup>47</sup>.

Il ripensamento e il rilancio della nazione (in luogo del suo abbandono) nel contesto (lo Stato nazione) in cui essa oggi primariamente ancora opera può passare per un ricco filone di studi che evidenzia le funzioni benefiche della sua declinazione liberale (con significativi punti di contatto con le posizioni di Grimm)<sup>48</sup>: prima di tutto la creazione di vincoli solidaristici, irrinunciabili per reggere l'edificio dello Stato sociale<sup>49</sup>, e il sostegno ai processi discorsivi (e rappresentativi) della democrazia, che presuppongono un'opinione pubblica consapevole e un dibattito collettivo aperto, al quale abbiano accesso larghe fasce di cittadini (sottratto, dunque, al controllo esclusivo di élite ristrette)<sup>50</sup>.

In questa medesima chiave, Francis Fukuyama ha recentemente affermato che l'*identità nazionale* «rende possibile la democrazia liberale in sé e per sé. [...] Per funzionare, le democrazie hanno bisogno di una propria cultura [...]; una cultura di tolleranza e reciproca comprensione deve avere la meglio sulle

---

<sup>44</sup> B. ANDERSON, *op. cit.*, p. 22.

<sup>45</sup> F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., spec. pp. 12-13 e p. 91 ss.; la medesima idea era già espressa dall'autore nella sua nota opera del 1992 (ID., *The End of History and the Last Man*, 1992, trad. italiana *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 2020).

<sup>46</sup> R. MÁIZ, *op. cit.*, p. 13.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Cfr. D. GRIMM, *op. cit.*, p. 363 ss.

<sup>49</sup> W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, trad. italiana *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, p. 135; Y. TAMIR, *Liberal Nationalism*, Princeton, 1993, pp. 85-86.

<sup>50</sup> Cfr. W. KYMLICKA, *Fronteras*, cit., p. 68 ss., che ricorda come «la política democrática es política en la lengua vernácula» (p. 74). Sul legame tra *libertà nazionale e culturale* e *qualità democratica*, cfr. F. REQUEJO, *El fuste de la democracia liberal sigue siendo demasiado recto*, in *Foro Interno*, n. 10/2010, spec. p. 63.



passioni di parte»<sup>51</sup>; una siffatta identità nazionale diviene lo strumento per contrastare la *minaccia* che «la protezione di identità sempre più ristrette» rappresenta per «la possibilità di comunicazione e di azione collettiva»<sup>52</sup>. È per questa ragione che, ad avviso dello studioso, la crisi delle identità nazionali si intreccia spesso con la crisi delle democrazie liberali. Un'affermazione che, in una fase storica in cui la democrazia sembra schiacciata proprio dal ritorno dei nazionalismi, appare paradossale; ma che può non esserlo se si individua la crisi nel trionfo di identità nazionali reazionarie ed escludenti, dovuto anche all'incapacità di valorizzare l'altra faccia della nazione: in altre parole, all'incapacità di riarticolare – talvolta di concepire – un nazionalismo liberale.

Si tratta, nient'altro, che della concretizzazione dei rischi lucidamente paventati da Máiz, o delle preoccupazioni manifestate da Tony Judt nel 1996, quando arrivava addirittura a sostenere «la necessità di ridimensionare le prospettive europee»: non perché «le istituzioni nazionali siano *per natura* migliori di quelle sovranazionali», ma in quanto «bisogna riconoscere la realtà delle nazioni e degli Stati e prendere atto del rischio che, se ignorata, diventi una risorsa elettorale per i nazionalisti»<sup>53</sup>. Un modo, anche questo, di *dirla tutta* da parte di chi riteneva che «non si può scrivere pensando all'impatto o alla reazione che si provoca»<sup>54</sup>: «se guardiamo all'Unione europea come a una soluzione omnicomprensiva, ripetendo “Europa” in coro come un mantra e sventolando la bandiera dell’ “Europa” in faccia agli eretici “nazionalisti” recalcitranti, un giorno potremmo svegliarci e scoprire che lungi dal risolvere i problemi del nostro continente, il mito dell’ “Europa” è diventato un ostacolo che ci impedisce di riconoscerli»<sup>55</sup>. Simili rilievi non devono però condurre all'errore di alimentare una contrapposizione tra difesa delle identità nazionali e integrazione europea, risultando invece possibile recuperare una impostazione che, già in passato, ha saputo favorirne l'avanzamento. De Gasperi, nel 1951, guardava all'Europa come ad un progetto inteso a «mantenere quello che c'è di umano e di nobile in queste forze nazionali, pur coordinandole verso uno scopo di civiltà supernazionale che possa equilibrarle, riassumerle e comporle

---

<sup>51</sup> F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., pp. 145-146.

<sup>52</sup> Ivi, p. 138 (cfr. pure p. 106 e p. 179). Nello stesso senso, v. L.P. VANONI – B. VIMERCATI, *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, spec. p. 52.

<sup>53</sup> Le citazioni sono riprese da un saggio comparso nel 1996 sulla *New York Review of Books*, pubblicato ora, nella traduzione italiana: cfr. T. JUDT, *Europa: la grande illusione*, in ID., *Quando i fatti (ci) cambiano. Saggi 1995-2010*, Bari-Roma, 2020, p. 34. Nello stesso solco può essere collocata la critica che Judt muove all'opera di Hobsbawm: «qualunque opinione si abbia del sentimento nazionale (e Hobsbawm gli riserva pochissima simpatia [...]) il suo ruolo nella storia della nostra epoca merita sicuramente più di qualche osservazione sprezzante [...]. L'autodeterminazione nazionale può essere una reazione stupida ed “emotiva” a problemi che essa non è in grado di affrontare, come dice Hobsbawm, ma affermarlo significa rischiare di non cogliere un aspetto fondamentale della nostra epoca» (T. JUDT, *Un declino inesorabile*, in ID., *Quando i fatti*, cit., p. 18).

<sup>54</sup> Si tratta di un passaggio di un saggio non terminato dallo storico, riportato da J. HOMANS, *Introduzione. In buona fede*, in T. JUDT, *Quando i fatti*, cit., p. XXI.

<sup>55</sup> T. JUDT, *Europa*, cit., p. 40.

in una corrente irresistibile di progresso»<sup>56</sup>. Anche Habermas ha in più occasioni ribadito che «l'identità europea non può comunque significare nient'altro che un'unità nella pluralità delle nazioni»<sup>57</sup>.

L'Europa politica non è dunque sorta (e probabilmente non avanzerà) su un antagonismo ma su di una sinergia con le identità nazionali, su di un equilibrio favorito da una certa fluidità dei processi rappresentativi garantita, fino ad una certa fase, proprio dagli Stati membri: è grazie ad essi che l'integrazione ha progredito sostenuta da un consenso democratico riflesso ma diffuso. L'equilibrio potrebbe essersi spezzato allorquando si assiste all'«affermazione della stabilità monetaria e di una concezione radicale della proprietà privata e della libertà d'iniziativa economica come norme fondamentali sostanziali del diritto comunitario», anche in contrasto con alcune delle premesse poste (e praticate) nella prima fase della integrazione<sup>58</sup>. L'UE ha rischiato in tal modo di trasformarsi in un progetto costituzionalmente fondato sulla prioritaria accettazione di una visione economica determinata (e del modello di sviluppo ad essa sotteso), e non di evolvere in spazio di effettiva partecipazione democratica in cui anche quella visione sia oggetto di dibattito politico. È l'avanzamento del progetto in questa direzione che rischia di mettere in discussione un profilo connotativo delle identità nazionali statuali: connotativo in senso non organico ma civico-volontaristico, implicando una disponibilità «a riconsiderare i propri impegni fondativi in base a questa nuova agenda politico-costituzionale»<sup>59</sup>.

Il superamento di un siffatto approccio e la solidità della costruzione europea passano dunque, ancora, per prove di solidarietà transnazionale<sup>60</sup>, per quelle «realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto»<sup>61</sup>, in grado di guardare primariamente alle esigenze fondamentali del cittadino europeo. In tale direzione, vi sono state senz'altro, in passato, alcune importanti occasioni mancate<sup>62</sup>; oggi l'emergenza epidemiologica mette l'Unione di fronte ad una nuova prova, attraverso cui misurare quanto e in che modo i popoli e gli Stati europei riescano a immaginarsi come unità politica<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> Il pensiero dello statista è riportato da L.P. VANONI – B. VIMERCATI, *op.cit.*, p. 42.

<sup>57</sup> J. HABERMAS, *Una costituzione*, cit., p. 375.

<sup>58</sup> M. DANI – A.J. MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 303 ss. (citazione p. 309).

<sup>59</sup> Ivi, p. 316.

<sup>60</sup> Sulla differenza tra lealtà e solidarietà (con la seconda che viene delineata quale presupposto dell'«agire politico comune»), cfr. J. HABERMAS, *La nostra grande illusione*, cit., pp. 74-76; nonché A.M. POGGI, *Dove va l'Europa*, cit., p. 440 ss.

<sup>61</sup> La formula è ripresa dalla celebre dichiarazione Schuman del 1950.

<sup>62</sup> Cfr., in particolare, J. HABERMAS, «Per un'Europa forte», cit., p. 43 ss. Ad avviso di D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., p. 66, «finora le riforme istituzionali dell'Unione europea seguite alla crisi [...] hanno aggravato il deficit democratico dell'Unione». In senso analogo, v. pure M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Milano, 2012, p. 360; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, spec. p. 103 ss.; C. CARUSO, *Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1, 2018, spec. p. 123 ss.

<sup>63</sup> Incoraggianti, per quanto ancora circondate da molte incognite, le conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo dei giorni 17-21 luglio 2020: in merito, con diversità di accenti e punti di vista, B. CARAVITA, *We, Europeans, did it! Shall we, Italians, overcome?*, in *federalismi.it*, n. 24/2020; M. DANI – A.J. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento?*, in *lacostituzione.info*, 25 luglio 2020; C. FASONE, *Le conclusioni del Consiglio europeo*

### 3.3. Le nazioni (europee) senza Stato

La persistenza della nazione – e la necessità di confrontarsi con essa – si riscontra anche sul terreno definito del «ritorno al localismo»<sup>64</sup>. Gli intensi conflitti territoriali degli ultimi anni mostrano infatti (quantomeno in quei casi in cui le spinte secessioniste, sostenute a livello sociale, si radicano su linee di frattura reali e consolidate nel processo storico<sup>65</sup> e non sono espressione di rivendicazioni contingenti, dal sapore propagandistico)<sup>66</sup> gruppi nazionali che reclamano uno Stato proprio nei confronti di altri gruppi, nazionali anch'essi. E la resistenza opposta dall'ordinamento che vede minacciata la propria unità territoriale arriva a fare di quest'ultima un principio tirannico, in nome del quale ammettere, talvolta con sorprendente disinvoltura, un arretramento delle proprie credenziali democratiche<sup>67</sup>. Se in siffatti conflitti vi fosse in gioco poco o nulla, non si spiegherebbe la pervicacia del rivendicare e del resistere intorno all'oramai vuoto guscio della statualità e della identità nazionale.

Si colgono qui bene gli schemi di funzionamento del cd. nazionalismo banale, categoria che va ascritta agli studi di Micheal Billig. La valenza *banale* del nazionalismo, contrariamente a quanto potrebbe suggerire la formula, non ne mette in luce la marginalità ma la forza e il radicamento. Un radicamento talmente profondo da rendere il nazionalismo lo scenario non focalizzato (e dunque non messo in discussione) di molte delle riflessioni condotte nei più svariati ambiti di studio. La banalità, *à la* Billig,

---

*straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *diritticomparati.it*, 29 luglio 2020; nonché J. HABERMAS, *30 Jahre danach: Die zweite Chance Merkels europapolitische Kehrtwende und der innerdeutsche Vereinigungsprozess*, in *Blätter für Deutsche und Internationale Politik*, n.9/2020, p. 41 ss. (trad. it. *La seconda occasione. La svolta europea di Angela Merkel e il processo di unificazione tedesca*, in *Il Mulino*, n. 5/2020, p. 845 ss.).

<sup>64</sup> B. CARAVITA - M. CONDINANZI – A. MORRONE – A.M. POGGI, *Dove va l'Europa?*, cit., pp. 9-10.

<sup>65</sup> Dunque, per dirla con Rokkan, quando si è innanzi ad una frattura *centro-periferia* o *culturale-territoriale*, generata da «un conflitto tra la cultura del centro costruttore della nazione e le popolazioni assoggettate nelle province e periferie distinte etnicamente e linguisticamente»: così S. ROKKAN, *State Formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe. The Theory of Stein Rokkan*, Oxford, 1999, ed. italiana *Stato, nazione e democrazia in Europa*, Bologna, 2002, *passim* (il passaggio riportato è ripreso dall'introduzione all'opera, nella edizione italiana appena richiamata: v. P. FLORA, *Introduzione e interpretazione*, ivi, p. 63, fig. IX).

<sup>66</sup> Le rivendicazioni del leghismo padano, ad esempio, di rado sono trattate negli studi sulle nazioni senza Stato; ad esse invece, sin dalla loro affermazione, si è dato spazio negli studi sul populismo, ricordando come «raramente la costruzione di una “comunità immaginata” è stata tentata in maniera così insistente e maldestra» (Y. MENY – Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple*, Paris, 2000, trad. italiana *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004, p. 283 ss., citazione p. 285). Con riferimento ai conflitti territoriali nell'esperienza italiana parla di *uso congiunturale dell'autonomia* A. RUGGERI, *Devolution, “controriforma” del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, overosia quando le “ragioni” della politica offuscano la ragione costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 aprile 2003; di recente, la formula è ripresa da A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. speciale 2/2019; A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. speciale 2/2019, p. 18 ss.

<sup>67</sup> Per alcune considerazioni sul punto, si rinvia a D. AMOROSO – G. FERRAIUOLO, *Breaking a “Taboo”: the Case for a Dynamic Approach to Secessionist Claims*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2019, spec. pp. 101-102 e p. 120 ss.



indica una «ideologia che è talmente familiare da essere assai difficile da notare»<sup>68</sup>: per quanto in apparenza assente dal piano analitico, di fatto ne orienta in maniera decisiva gli esiti.

In questo scenario, i nazionalisti – o i sovranisti – saranno sempre coloro che rivendicano la nazione, mai coloro che resistono, i quali appariranno mossi, al più, dall'aprioristicamente virtuoso patriottismo<sup>69</sup>. Per giungere a tale inquadramento, non occorrerà neanche scomodarsi a guardare i contenuti delle istanze in conflitto. Attraverso un sedimentato *linguaggio della frammentazione*, avrà gioco facile quello che Benedict Anderson ha definito «conservatorismo panglossiano che ama immaginarsi che ogni status quo sia graziosamente normale», che esalta l'ideologia dei *grandi paesi* collocati sempre «dalla parte del progresso e della pace, mentre i loro avversari starebbero dalla parte del “meschino” nazionalismo»<sup>70</sup>. Il nazionalismo banale degli Stati consolidati può così agevolmente giocare, a proprio vantaggio, le carte della metafora bellica e di quella epidemiologica: riprendendo i contenuti di un contributo pubblicato in Italia sulla vicenda catalana, il nazionalismo periferico (quello degli altri) è ineluttabilmente *guerra* e, dunque, un *virus da debellare*<sup>71</sup> (al limite anche con mezzi poco ortodossi dal punto di vista democratico)<sup>72</sup>.

Non c'è nulla che faccia sorgere il dubbio che l'aspirazione ad uno Stato possa essere funzionale a progetti ispirati da ideali di democrazia, di solidarietà, di integrazione. Questa diffusa percezione cambia

---

<sup>68</sup> M. BILLIG, *Banal Nationalism*, London, 1995, trad. italiana *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli, 2018, p. 25. Affine al concetto di nazionalismo banale (quasi un suo completamento che guarda al versante soggettivo-individuale) è quello di *micronazionalismo*: cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos*, cit., spec. pp. 22-25.

<sup>69</sup> M. BILLIG, *op. cit.*, pp. 12-13: «sia nella letteratura popolare che in quella accademica il nazionalismo è associato a quanti lottano per creare nuovi Stati o a politiche di estrema destra. [...] Eppure, vi è qualcosa di fuorviante in quest'uso comunemente accettato della parola “nazionalismo”. Essa infatti sembra collocare il nazionalismo ai margini dello Stato nazionale. [...] Di conseguenza, quanti vivono in nazioni consolidate – al centro di tutto – sono indotti a vedere il nazionalismo come qualcosa che appartiene ad altri, non a “noi”. È qui che l'idea comunemente accettata diviene fuorviante: a essa sfugge infatti il nazionalismo degli Stati nazionali occidentali». Ciò fa sì che «il nostro senso di attaccamento al nostro Stato nazionale [possa] essere difeso, persino lodato. È necessaria una distinzione retorica per mettere in atto questa difesa. Il nostro nazionalismo non è presentato come un nazionalismo, il quale invece è pericolosamente irrazionale, eccessivo, a noi estraneo. Per esso viene escogitata una nuova identità, un'etichetta differente. Il nostro nazionalismo figura come “patriottismo”, una forza benefica, necessaria e spesso americana» (ivi, p. 105).

<sup>70</sup> Così B. ANDERSON, *op. cit.*, pp. 219-221.

<sup>71</sup> Cfr. N. MAGALDI, *El nacionalismo es la guerra. Una explicación contextual de la situación en Cataluña*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 3/2017, *passim* (spec. p. 33).

<sup>72</sup> Sono ormai numerosi gli organismi internazionali e gli osservatori indipendenti che segnalano le molteplici criticità nella gestione delle rivendicazioni catalane da parte dello Stato spagnolo: si vedano i documenti ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2017. Free speech under attack*, London, 2018, p. 10; AMNESTY INTERNATIONAL, *Amnesty International Report 2017/18. The State of the World's Human Rights*, London, 2018, pp. 339-341; AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *1-O en Cataluña: obstáculos para la investigación del uso excesivo de la fuerza*, Madrid, 2018; HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2019. Events of 2018*, USA, 2019, p. 237; UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER - WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION, *opinions* n. 6 del 13 giugno 2019 e n. 12 del 10 luglio 2019; AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *España: libertad de reunión y de expresión, y principio de legalidad, a la luz de la sentencia del Tribunal supremo en la causa especial 3/20907/2017*, Madrid, 2020. Una critica alla giurisdizionalizzazione del conflitto territoriale prodottasi in Spagna – e all'assenza di risposte politiche ad esso – è formulata di recente da B. CARAVITA – M. CONDINANZI – A. MORRONE – A.M. POGGI, *Da Karlsruhe*, cit., p. ix.

difficilmente anche quando le vicende storiche si incaricano di metterne a nudo i limiti: la *Brexit* dovrebbe aver reso incontestabile come il nazionalismo scozzese (le cui responsabilità, al tempo del referendum indipendentista del 2014, furono paragonate addirittura a quelle che avevano condotto alla Prima guerra mondiale)<sup>73</sup> presenti un'apertura alla prospettiva dell'integrazione europea senz'altro maggiore di quella del nazionalismo (banale) dello Stato da cui intende emanciparsi<sup>74</sup>. E, d'altra parte, le critiche più dure alla Camera dei Comuni contro la proposta di costruzione del *muro di Calais* – una frontiera assunta in tutta la sua fisicità, voluta dal Primo ministro britannico Theresa May per contenere l'arrivo dei migranti – sono state mosse dal capogruppo dello *Scottish National Party*, ovvero un nazionalista-indipendentista senza Stato<sup>75</sup>.

Non è da escludere che schemi analoghi possano darsi, per quanto con minore evidenza, in altri conflitti nazionalistico-territoriali interni ad un ordinamento statale<sup>76</sup>. Si raffrontino, ad esempio, due diverse concettualizzazioni (quasi coeve) della idea nazionale: da una parte, quella del *è catalano chi vive e lavora in Catalogna* (ascrivibile a Jordi Pujol, leader storico della destra conservatrice catalanista)<sup>77</sup>; dall'altra, quella del *sangue nazionale che circola per la Spagna tutta*, prospettata in uno dei primi commenti all'art. 2 della Costituzione spagnola del 1978, in termini polemici rispetto ad una disposizione – qualificata come «singular precepto» dalla «alambicada redacción»<sup>78</sup> – che, dalla prospettiva dei nazionalismi periferici, doveva rappresentare un fondamentale passo verso l'affermazione di una Spagna democratica intesa quale *nazione di nazioni*, di «un nuovo modello di Stato, non più vincolato al concetto di nazione unica»<sup>79</sup>. È sin troppo evidente in quale delle due visioni nazionalistiche – *vita e*

---

<sup>73</sup> Si veda l'articolo di Enrico Letta *Se la Scozia ci ricorda l'attentato di Sarajevo*, pubblicato sul *Corriere della sera* del 16 settembre 2014.

<sup>74</sup> In merito, si rinvia alle considerazioni svolte in G. FERRAIUOLO, *I nazionalismi periferici dopo la Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2016.

<sup>75</sup> Cfr. U.K.: *Work to begin on France wall to stop Channel migrants*, [www.cbsnews.com](http://www.cbsnews.com), 7 settembre 2016 [http://www.cbsnews.com/news/uk-france-wall-stop-channel-migrants/]. Sullo stesso tema, si può richiamare la posizione di apertura mostrata dalle istituzioni catalane (guidate da forze indipendentiste) in ordine all'accoglienza dei profughi siriani, in contrapposizione all'atteggiamento assunto dal Governo spagnolo sulla questione: cfr. *Migranti, la lezione della Catalogna*, in *L'Espresso*, 29 giugno 2015.

<sup>76</sup> V., in tema, A. CIRULLI, *Etnoregionalismi*, cit., spec. p. 67 ss.; da una prospettiva di taglio internazionalista, D. AMOROSO, *Whither the Principle of Self-determination in the Post-colonial Era? Building the Case for a Policy-oriented Approach*, in *The Palestine Yearbook of International Law*, XX, 2019, spec. p. 103 ss.

<sup>77</sup> Cfr. J. PUJOL, *La immigració, problema i esperança de Catalunya*, Barcelona, 1976, pp. 69-70. Sul punto v. G.C. CATTINI, *Chi è catalano? Storia di un dibattito sull'integrazione nella società catalana*, in J. CAGIAO Y CONDE – G. FERRAIUOLO - P. RIGOBON (a cura di), *La nazione catalana. Storia, lingua, politica, costituzione nella prospettiva plurinazionale*, Napoli, 2018, p. 126 ss.

<sup>78</sup> Ó. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, p. 97 ss.

<sup>79</sup> J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Madrid, 1985, trad. italiana *Nazionalità e nazionalismo in Spagna. Autonomie, federalismo e autodeterminazione*, Napoli, 2016, p. 88; in senso analogo v., più di recente, F. RUBIO LLORENTE, *Defectos de forma*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100/2014, pp. 161-163 (spec. nota 45). Per una lettura aggiornata della tensione tra nazionalismo spagnolo e nazionalismo catalano, cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Nationalisme et populisme en Espagne à la lumière de la «crise catalane»*, in C. BARBERI (a cura di), *L'Union européenne face à la montée des nationalismes et des populismes*, Paris, 2019, p. 111 ss.



*lavoro versus sangue* – prevalgano le connotazioni di segno organicista e, dunque, potenzialmente reazionarie ed escludenti.

Anche in questo caso, tornando a ragionare in chiave europea, ci si deve chiedere se le risposte che l'Unione (non) ha fornito a questo tipo di conflitti, prodottisi sul territorio europeo<sup>80</sup>, non rappresentino, da un lato, un'occasione persa per provare a ripensare alcune categorie e, dall'altro, un formidabile indicatore della persistenza degli Stati-nazione consolidati, in tutta la loro territorialità e nel loro banale nazionalismo.

---

<sup>80</sup> In riferimento alle vicende catalane, le istituzioni europee hanno sempre sostenuto che esse costituissero una questione esclusivamente interna alla Spagna (cd. dottrina Barroso, in continuità con le posizioni espresse dal Presidente della Commissione Romano Prodi); il 21 ottobre 2019, il Parlamento europeo ha rigettato la richiesta del gruppo *Verdi/ALE* di svolgere un dibattito sulla «Situazione in Catalogna in seguito alla condanna di dirigenti politici e sociali catalani» (299 voti contrari, 118 favorevoli, 21 astensioni).



# Il territorio europeo tra processi federali e spinte neofeudali\*

**di Ines Ciolli**

Professore associato di Diritto costituzionale  
Sapienza - Università di Roma

**Abstract [It]:** Se è vero che la categoria giuridica del territorio resta fondamentale per lo stato nazionale, per le istituzioni europee essa ha sempre mantenuto profili di ambiguità. L'antinomia tra spazio e territorio europeo peraltro non è stata ancora composta e l'Unione continua a mantenere profili dell'uno e dell'altro, sebbene con differenti proporzioni. Il territorio dell'Unione è ancora la sommatoria di quello degli Stati membri. e la prospettiva di una istituzione europea federale sembra ancora lontana e non unanime tra i politici e gli studiosi. La prospettiva di uno spazio territoriale europeo sembra invece più concreta. Si tratta di una nozione che ha natura funzionale e si esplicita nelle politiche di "coesione economica, sociale e territoriale", nella formazione di Euroregioni, nelle politiche volte a costruire spazi che sono stati definiti "morbidi" e ritagliate sul modello definito del '*soft planning for soft spaces*'. Si delinea, perciò, un uso dello spazio sempre più duttile e componibile, a seconda delle necessità economiche o sociali. In altre parole, lo spazio prevale sul territorio ed evoca il ritorno a un pluralismo territoriale sul modello feudale, che accoglie in modo più soddisfacente la globalizzazione più matura.

**Abstract [En]:** Territory remains a pillar as legal categories of the national State, but for the European institutions it does not have the same value. Moreover, the antinomy between space and European territory has not yet been composed so much that the Union continues to maintain profiles of one and the other, albeit with the different proportions. The territory of the Union is still the sum of that of the Member States. and the idea of a federal European institution still seems so far and not unanimous among politicians and scholars. The perspective of a European territorial space, on the other hand, seems more concrete. It is a notion that has a functional nature and is expressed in the policies of "economic, social and territorial cohesion", in the creation of Euro-regions, in policies aimed at building spaces that have been defined as "soft" and cut out on the model defined as the '*soft planning for soft spaces*'. Therefore, an increasingly flexible and modular use of space is outlined, according to economic or social needs. In other words, space prevails over territory and it evokes the return to a territorial pluralism on the feudal model, which welcomes the more mature globalization in a more satisfactory way.

**Sommario:** **1.** I termini della questione: dallo spazio al territorio europeo. **2.** L'Europa tra spazio e territorio. **3.** Lo spazio politico dell'Unione europea: caratteri generali. **3.1.** I processi di pseudo federalizzazione in Europa: un richiamo al territorio come categoria tradizionale. **3.2.** L'Unione europea e la scelta di un modello che privilegia lo spazio policentrico **4.** La governance multilivello nello spazio europeo. **5.** Cenni conclusivi. Verso un nuovo feudalesimo: la frammentazione territoriale e il consolidamento del "soft space".

## **1. I termini della questione: dallo spazio al territorio europeo**

In una conferenza organizzata nel 2008 dall'*Académie internationale de Droit constitutionnel*, interamente dedicata al concetto giuridico di territorio, Michel Troper, chiamato a chiudere i lavori, alla questione

---

\*Articolo sottoposto a referaggio.

che egli stesso pose all'uditorio "*Que dire du territoire aujourd'hui?*" rispose in modo provocatorio "*le même chose qu'hier*"<sup>1</sup>.

Tale affermazione, in linea di massima, poteva costituire una sintetica valutazione dell'assenza di rilevanti cambiamenti nella percezione e nella concezione giuridica del territorio dello Stato. Non che a Troper sfuggissero le trasformazioni in atto della sfera di competenza dello Stato, né dei mutamenti subiti dal territorio in ambito fisico, geografico e politico, compreso il fatto che le frontiere sono oggi più porose non solo per ciò che riguarda l'economia e i mercati globali, ma anche per la gestione delle migrazioni<sup>2</sup>. Tuttavia, quel che il giurista francese voleva sottolineare era la distinzione che si deve sempre operare nel diritto tra *Sein* e *Sollen*, tra la *réalité empirique* in continuo divenire e la tenuta del concetto giuridico di territorio, che come tutte le categorie, per definizione astratte, pur in presenza di evidenti e puntuali sollecitazioni, mantiene intatta la sua valenza euristica e si rivela in grado di assorbire le trasformazioni. In altre parole, Troper trae da ciò la constatazione che la sovranità territoriale non era insidiata da cambiamenti repentini e in definitiva il rapporto tra lo Stato e il suo territorio restava stabile, pur a fronte di profondi cambiamenti politici e geografici. Lo stesso discorso valeva, a suo dire, anche per il concetto di sovranità, perché le sollecitazioni subite nell'ultimo trentennio almeno, pur intervenendo su una sostanziale *puissance matérielle*, non intaccavano né il senso più profondo dell'*imperium*, né il rapporto tra sovranità interna ed esterna dello Stato<sup>3</sup>. Anzi, il giurista francese notava come tale rapporto fosse rimasto se non inalterato, almeno ben conservato<sup>4</sup>.

Le sollecitazioni e le provocazioni di Michel Troper sono condivisibili, tuttavia, è innegabile che la tendenza sia quella di identificare la categoria astratta "territorio dello Stato" con i suoi cambiamenti reali e di non considerarla più solo come un limite geografico e politico della sovranità nazionale, ma come un frammento dello spazio globale; in altre parole, sono sempre più numerosi coloro che considerano il territorio statale come una categoria flessibile e permeabile, espressione di un nuovo ordine giuridico divenuto funzionale a una produzione normativa caratterizzata da una sempre maggiore porosità e sempre più riferibile a fonti vicine alla *soft law*<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> M. Troper, *Remarques de conclusion*, in AA.VV., *Droit constitutionnel et territoire*, Académie internationale de droit constitutionnel, Tunisi, 2009, p. 450.

<sup>2</sup> Il rapporto tra territorio nazionale, transazionale e emigrazioni è stato oggetto di analisi di molti studi recenti sul territorio e le sue trasformazioni, per tutti E. Rigo, *L'Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione europea*, Roma, 2007.

<sup>3</sup> D. Donati, *Stato e territorio*, Roma, 1924, pp. 59 ss.

<sup>4</sup> È semmai verso l'interno che il rapporto tra la sovranità il territorio subisce alcune modifiche con l'adozione di un sistema federale o regionale. La potestà legislativa condivisa con gli Stati membri e in alcuni casi lo stesso potere giurisdizionale solleva alcune questioni in merito alla sovranità esclusiva dello Stato oppure condivisa con le sue parti. Sul punto, B. Caravita, *Il tabù della sovranità e gli "istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento costituzionale"*, in *Federalismi.it*, 21 novembre 2007.

<sup>5</sup> Hanno indagato le trasformazioni territoriali causate dai dirompenti fenomeni globali L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e Costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007 e A. Di Martino, *Il*

Si prospettano all'orizzonte nuovi modelli di spazialità più facilmente permeabili e soprattutto sganciati dalla forma Stato, che si affiancano a questo modello storico e si propongono come nuove istituzioni<sup>6</sup>. Questo fenomeno investe anche l'Unione europea che proprio per la sua flessibilità e per il fatto che si può considerare una istituzione ancora *in fieri* meglio evidenzia le oscillazioni che in essa sono presenti tra una concezione territoriale e uno spaziale dei propri confini.

A dire il vero, tali concezioni e tali modi concreti di intendere e percepire la sfera geografica e politica dell'istituzione europea sono presenti e coesistono al momento. Ciò si manifesta nelle due concorrenti tendenze presenti in seno all'Unione, una che prospetta un modello federale e l'altra la costruzione di uno spazio di natura soprattutto economica.

## 2. L'Europa tra spazio e territorio

Come si è appena illustrato, sostenere ancora oggi la centralità del territorio come categoria giuridica, non significa disconoscere i fenomeni di disaggregazione degli enti territoriali vecchi e nuovi.

Si deve, anzi, ripartire dai fondamenti storici per rimarcare le analogie e le differenze rispetto ai processi più recenti<sup>7</sup>. Non si può negare, ad esempio, che uno degli aspetti peculiari del territorio dell'istituzione statale, che le ha consentito di emergere sulla altre e di resistere alle lotte antagoniste tra istituzioni, è stata la capacità di approntare un'organizzazione militare, strategica e amministrativa che ha facilitato l'edificazione di una struttura di governo stabile e in grado di unificare un pluralismo territoriale acefalo. La lotta al pluralismo territoriale, peculiare alle istituzioni feudali ha rappresentato il fine prioritario e vincente dello Stato assoluto. Tale processo di unificazione ha operato secondo lo schema descritto da Max Weber: una migliore organizzazione dell'istituzione statale per quel che attiene alla burocrazia e all'organizzazione amministrativa (centrale), l'uso della forza fisica e politica attraverso l'organizzazione centralizzata degli eserciti, insomma un migliore assetto territoriale<sup>8</sup>.

---

*territorio: dallo Stato-Nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, pur constatando la tenuta di queste categorie dal punto di vista interno allo Stato nazione.

<sup>6</sup> Ne parla, da ultimo, R. Hirsch, *City, State. Constitutionalism and the megacity*, London, 2000, spec. pp. 30-31.

Condivide la tesi di Troper di una sana e robusta costituzione della categoria territorio dello Stato, J. Hickman, *The new territorial imperative, Comparative Strategy*, 2010, p. 405, che scrive: «The prophesied decline of the sovereign territorial state did not occur. In the 1990s, constructivist international relations specialists joined postmodern political geographers theorizing about globalization in anticipating a brave new effectively borderless world in the which the sovereign territorial state would fade from the scene, supplanted by a variety of non- State entities, including multinational corporations, transnational networks, and separatist movements.... Today, (however) the sovereign territorial state is in robust health and control of territory is as valuable as ever. Neither the sovereign state nor its arguably hardwired territorial imperative has been transcended in international affairs.»

<sup>7</sup> M. Burgess, H. Vollaard, *Introduction: analysing Westphalian State in integrating Europe and globalizing world*, in ID., (a cura di), *State Territoriality and European Integration*, London, 2006, p. 1 e ss. e S. Elden, *Birth of territory*, cit., che ricorda la formula di Altusio: *rex imperator in regno suo*.

<sup>8</sup> Come ha affermato Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr, 1922. A conclusioni analoghe è giunto M. Mann, *The autonomous power of the state: its origins, mechanisms and results*, in *European Journal of Sociology*, 1984, pp. 185 e ss. il quale traccia le tappe dell'evoluzione statale partendo dalla supremazia di una entità territoriale coesa e unita sui



Si può anzi affermare che la lotta alla parcellizzazione territoriale resta uno degli scopi centrali affidati allo Stato<sup>9</sup>. Stein Rokkan ha dimostrato, inoltre, come il successo dello Stato su altre istituzioni nel periodo storico che ha visto la formazione dello Stato assoluto, quali le città e le contee, sia consistito proprio nella grandezza e nell'estensione territoriale: solo l'ente più grande poteva ricondurre proprietà e superfici geografiche a unità<sup>10</sup>.

In tempi più recenti, però, tale centralità è venuta meno: resta un elemento costitutivo delle istituzioni politiche e in particolare di quella statale, ma a partire dall'edificazione dello stato democratico è la sovranità popolare, ossia il binomio popolo/sovranità ad assumere la massima rilevanza, non il territorio<sup>11</sup>.

Questa tappa fondamentale nell'evoluzione delle istituzioni e della categoria giuridica territoriale segna un punto di svolta con il passato e getta le fondamenta per l'edificazione di spazi giuridici alternativi, ove il territorio assume una posizione secondaria, ancillare rispetto al popolo e alla sovranità.

È nel passaggio dal XX al XXI secolo che possiamo fissare questa trasformazione dalla quale per vie indirette scaturiranno forme territoriali variegata e differenziate: quelle in continuità con il territorio dello Stato e quelle che se ne differenzieranno maggiormente. Si assisterà così a forme di ri-territorializzazione e contemporaneamente di de-territorializzazione<sup>12</sup>, si darà vita a costruzione di non luoghi<sup>13</sup>, a frammentazioni causate da disordini territoriali e parimenti a tentativi di ricomposizione di territori e della sovranità che su di esso insiste<sup>14</sup>. Questa complessa evoluzione vede la formazione di un nuovo pluralismo territoriale ove trovano legittimazione anche istituzioni non statali, anch'esse dotate

---

territori minori e frammentati, fino ad arrivare alla formazione di una istituzione statale che si identifica nel binomio territorio- sovranità Per una efficace ricostruzione storica si veda anche Ch. Tilly, *The formation of national states in Western Europe*, Princeton, 1975 e Th. Ertman, *The Birth of the Leviathan: Building States and Regimes in Medieval and Early Modern Europe*, Cambridge, 1997, il quale conferma le caratteristiche dello Stato elencate da Weber, come pure S. Finer, *State and nation-building in Europe: the role of the military*, in Ch. Tilly, (a cura di), *The Formation of National States in Western Europe* (Princeton, 1975 e F. Fukuyama, *State-building: governance and world order in the 21st century*, New York, 2004.

<sup>9</sup> Th. Ertman, *The Birth of the Leviathan: Building States and Regimes in Medieval and Early Modern Europe*, Cambridge, 1997.

<sup>10</sup> E.-W. Böckenförde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Bari-Roma, 2007, pp. 33 e ss. J. Ellul, *Histoire des institutions*, t. IV, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle, Paris, 1956.

<sup>11</sup> Come del resto aveva già intuito e teorizzato R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlino, 1928, pp. 53 ss., il quale realizza come il concetto di popolo sia l'elemento centrale della triade e come il territorio sia strumento del popolo e costituisca un fattore di integrazione culturale, capace di mettere in relazione l'identità di uno spazio politico e la sua sovranità. Così anche H. Heller, *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934, pp. 139 ss., che rileva l'importanza del territorio come fattore naturale, volto a cementare l'unità statale, risultato della composizione di popolo e sovranità.

<sup>12</sup> Sulla de-territorializzazione come conseguenza della globalizzazione, per tutti, A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, pp. 63 e ss.

<sup>13</sup> M. Augé, *Non-Lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, Parigi, 1992. Sui non luoghi si consenta di rinviare a I. Ciolli, *Spazio, territorio, "luoghi strani". La conformazione dello spazio politico negli Stati illiberali*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018.

<sup>14</sup> Analizzati in B. Badie, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Parigi, 1995 e da C. Jönsson et al., *Organizing European space*, London, 2000.

di una "superficie" sulla quale esercitare un dominio, che coesistono con le forme istituzionali tradizionali.

### 3. Lo spazio politico dell'Unione europea: caratteri generali

È in questo contesto che deve essere inserito il dibattito relativo al territorio dell'Unione europea.

Si tratta di un tema particolarmente vischioso, nel quale persino la questione dello spazio geografico che identifica l'Europa è incerta: una delimitazione dei suoi confini non è chiara, né condivisa<sup>15</sup>. Più stabili sono i confini politici delle istituzioni europee, poiché il loro territorio coincide con quello degli Stati membri<sup>16</sup>, ma non si tratta di confini propri dell'Unione.

L'unico esempio di eventuale spazio europeo è quello che riguarda una delle politiche chiave in tema di territorio dell'Unione europea, la "coesione economica, sociale e territoriale", disciplinata sia nel TUE, sia più attentamente nel TFUE<sup>17</sup>. È però evidente che si tratti, nella migliore delle ipotesi, di un territorio derivato e non originario e soprattutto che si possa considerare un elemento funzionale, che muta la sua stessa natura giuridica in funzione degli scopi da raggiungere: si attegga a semplice ambito materiale di applicazione delle norme dell'Unione in alcuni casi; si può considerare come sommatoria di normative nazionali in altri casi. Per questo la sua natura a geometria variabile lo colloca nell'accezione di spazio e non nella più tradizionale categoria del territorio.

Quel che emerge dalle politiche europee è la necessità sia di trasformare quel concetto statico di territorio in una categoria capace di identificare nuove esigenze che tengano insieme spazialità e territorialità, sia di costruire una cultura dello spazio basata sul pluralismo e sulla coabitazione di enti privati e istituzioni territoriali e non, al fine di consolidare e fornire stabilità a una identità politica, l'Unione, che è ancora in via di definizione<sup>18</sup>.

La rassomiglianza con le istituzioni feudali è tuttavia impressionante e le contraddizioni che la storia aveva prodotto allora sono ancora dietro l'angolo. Su uno stesso spazio insistevano

---

<sup>15</sup> G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*; L. Antonini, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, entrambi in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale*, Napoli, 2017, rispettivamente pp. 487 e pp. 548 e ss.

<sup>16</sup> A. Moine, *Le territoire comme un système complexe: pour un concept opératoire en géographie*, Paris, 2007, pp. 9 e ss..

<sup>17</sup> Tale politica è menzionata nell'art. 3, par. 3 TUE; nel Protocollo n. 28 al TFUE; nell'art. 4, par. 2 lett. c TFUE; nel titolo XVIII TFUE, ove viene definita materia di competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri. Riferimenti allo spazio europeo come spazio della coesione sociale e territoriale sono presenti in G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., pp. 37-38 e D. Le Bihan, *Espace communautaire ou territoire de l'Union européenne?*, in A. A. Abdelmalek, (a cura di), *Le territoire: entre l'Europe et l'Etat nation*, Rennes, 2006, pp. 99 e ss. Quest'ultimo Autore illustra le tappe delle politiche territoriali europee, a partire dalla politica agricola sino al documento intergovernativo dello Sviluppo dello spazio comunitario del 1999 e rintraccia altresì le fonti normative nelle quali lo spazio europeo è menzionato, sempre come "spazio funzionale".

<sup>18</sup> A. A. Abdelmalek, *Culture de l'espace: mono-territorialité et pluri-territorialité*, in ID (a cura di), *Le territoire: entre l'Europe et l'Etat nation*, cit., pp. 23 e ss.



contemporaneamente istituzioni a carattere universale, quale la chiesa; a carattere sovrano, quale l'impero; a carattere locale, quali i comuni; a carattere personale, quali gli ordini e le corporazioni<sup>19</sup>.

Pertanto, universale e particolare, pubblico e privato, ossia le istituzioni politiche e gli enti a carattere privatistico davano vita a forme di ibrida e ancora acerba sovranità frammentata, che si riverberava in una pluralità di fonti, di norme e di comandi di stampo personale che a loro volta coesistevano su superfici a volte delimitate come i territori, a volte dai confini incerti come gli spazi aperti. Questa sembra la caratteristica del territorio europeo ancora oggi, frutto di una mondializzazione che, pur con tutte le differenze evidenti, traccia i confini di un neo-feudalesimo<sup>20</sup>.

L'Europa allora superò la frammentazione proprio mediante una territorializzazione che portò tra il XVI e la fine del XIX all'edificazione dello *jus publicum europeum*, di schmittiana memoria<sup>21</sup>, ossia di un diritto internazionale interstatale che si consolidò grazie alla stabilità e all'equilibrio che intercorreva tra gli Stati territoriali del continente. Lo *jus publicum europeum* ha rappresentato un'area europea circoscritta e tangibile, che sostituiva la spazialità neutra e sfocata delle istituzioni feudali e soprattutto della *res publica christiana*.

Ciò dimostra che il Continente europeo nel corso della storia ha conosciuto sia ambiti spaziali neutri e dilatati, occupati dalla supremazia religiosa che si esercitava sui fedeli (e sugli individui) più che su un territorio<sup>22</sup>, sia l'edificazione di territori politici che si identificano con la sovranità territoriale.

L'Unione europea ha incarnato questa dicotomia e ha mantenuto la duplice modalità: da una parte ha tentato di dotarsi di un territorio politico proprio, anche se *sui generis*, quando, soprattutto la dottrina, ha dato vita a un intenso dibattito sull'integrazione europea mediante un modello federale, con connotati talmente peculiari che si è parlato piuttosto di una coalizione politica<sup>23</sup>; dall'altra, alcune politiche e alcuni eventi storici hanno creato l'occasione per coinvolgere l'Unione europea in attività politiche e normative all'interno di superfici neutre, lisce, differenziate da quella degli Stati membri, ove oltre alla disciplina dell'Unione intervengono anche privati, distretti economici, porzioni di superfici statali senza una qualificazione amministrativa o politica.

Si potrebbe considerare questa fase come una tappa verso la costruzione di un ordine globale, che era già stato evocato da Carl Schmitt. La differenza, però, con quella teorizzazione, è palese: lo studioso di

---

<sup>19</sup> Sul punto P. Grossi, *Il dominio e le cose*, Milano, 1992 spec. pp. 25 e ss. e A. Padoa Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa, Il medioevo*, Parte I, Padova 2005.

<sup>20</sup> Sulla coesistenza di più ordini sovrani e proprietari E. Cortese, *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano 1990, pp. 206 e ss.

<sup>21</sup> C. Schmitt, *Der nomos der Erder, Im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, Berlino, 1947, trad. it. Milano, 1991, pp. 163 e ss.

<sup>22</sup> G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 436

<sup>23</sup> Così K. Kister, *Europa und der Nationalstaat*, in *Süddeutsche Zeitung*, n. 117 del 24.3.1997, p. 4.

Per quanto riguarda il dibattito sull'eventuale modello federale dinamico in seno all'Unione europea, si rinvia alla ricostruzione di R. Calvano, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Milano, 2004, pp. 49 e ss.

Plettenberg teorizzava un ordine globale governato da un solo Stato, mentre nell'ordine globale attuale l'istituzione statale è destinata a soccombere in favore di altre entità<sup>24</sup>. Inoltre, la realtà si è inoltrata ben al di là dell'intuizione di Schmitt, che pensava all'occupazione della terra e del mare ma non certo, come invece è avvenuto, anche a quella degli spazi immateriali di interazione economica e tecnica<sup>25</sup>. Né era del tutto chiaro allo studioso tedesco quanto potesse essere pronunciata la scissione tra diritto e territorio, binomio che ha contraddistinto tutta la storia della statualità.

In questa evoluzione si inserisce anche la costruzione di un territorio europeo, che si traduce non tanto nel «tentativo di organizzare uno spazio politico senza ricorrere al paradigma territoriale»<sup>26</sup>, quanto più precisamente nella trasfigurazione di tale paradigma in uno spazio ricomposto e neutralizzato.

La tendenza più recente di ricomposizione dello spazio politico dell'Unione sembra adombrare il processo di federalizzazione in favore di una spazialità che si rivela tendenza mondiale. La presenza di uno spazio comune di riferimento consente all'Unione europea più ampi margini di manovra per gli "sconfinamenti" dell'economia nel diritto<sup>27</sup> e una maggiore permeabilità da parte di fonti normative duttili e legate a forme di *soft law*<sup>28</sup>. Uno spazio comunitario aperto ai mercati e alla tecnica consente una maggiore penetrazione da parte di forme diversificate di *lex mercatoria* e di *lex digitalis*<sup>29</sup>. È, in altri termini, la costruzione di un federalismo basato sui diritti e sulla tutela multilivello che per definizione supera i confini territoriali e si proietta in uno spazio de-territorializzato<sup>30</sup>, il quale finisce per coincidere con uno "spazio liscio planetario" senza confini e senza identità storica, che nulla condivide con un territorio storicamente individuato<sup>31</sup>.

È in atto un processo se non inverso, assai lontano da quello territoriale tradizionale, che sembra volto ad assecondare la nascita e il consolidamento di nuovi modelli istituzionali aggregati, finalizzati a garantire non la dominazione sovrana su un territorio, ma l'edificazione di superfici neutre, non necessariamente connotate politicamente o basate su processi elettorali, entro le quali vigono regole e norme sganciate da elettività, rappresentanza politica e responsabilità politica. Tali ibridi spaziali si

---

<sup>24</sup> Sul punto, C. De Fiores, *Schmitt, il nomos e la globalizzazione americana*, e G. Foglio, *Globalizzazione e spazi politici nel pensiero internazionalistico di Carl Schmitt*, entrambi in *Il Nomos della terra sessant'anni dopo. L'Europa di Carl Schmitt*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2011, rispettivamente pp. 139 e ss. e pp. 93 e ss.

<sup>25</sup> I. Augsberg, *Carl Schmitt's fear: Nomos-Norm-Network*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, pp. 741 e ss.

<sup>26</sup> Come ha suggerito G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 487.

<sup>27</sup> La felice definizione è di C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Di lacune grandi categorie del diritto costituzionale*, cit., p. 593, che più precisamente parla di «sconfinamenti dell'economia e della finanza, le quali tracciano "mappe spaziali" che si sovrappongono a quelle dei territori statali».

<sup>28</sup> C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, 2001.

<sup>29</sup> Così A. Cantaro, *Il nomos preso sul serio*, in AA.VV., *Il nomos della terra sessant'anni dopo. L'Europa di Carl Schmitt*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 1-2, 2011, pp. 33-34.

<sup>30</sup> M. Luciani, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, spec. pp. 366-370.

<sup>31</sup> Il lemma è stato coniato da C. Galli, *Cittadino/ straniero/ ospite*, in *Filosofia e Teologia*, 1998, p. 231 e poi ripreso in ID., *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, cit., p. 55.

connotano per le caratteristiche di elasticità e fluidità territoriali, funzionali all'accoglimento e alla valorizzazione di fonti normative spurie e soprattutto di esigenze di natura economica o finanziaria. In genere si tratta di superfici sulle quali insistono fonti non più provenienti da una sola autorità sovrana e volte a dare massima espansione a organismi tecnici o economici di varia natura, quali ad esempio i distretti economici, assemblaggi di organismi pubblici e privati come accade nella gestione delle Euroregioni<sup>32</sup>.

In altre parole, l'Unione europea si può considerare un grande spazio, un *Ordnung* senza *Ortug*<sup>33</sup>.

### 3.1. I processi di pseudo federalizzazione in Europa: un richiamo al territorio come categoria tradizionale

Agli albori della costruzione europea, l'idea di una confederazione di Stati che potesse mantenere la pace e si adoperasse per la costruzione di un mercato comune fu espressa da Jean Monnet, sulla scia dell'eredità di Altiero Spinelli che così si concretizzava politicamente. L'idea di un assetto territoriale e istituzionale che fosse almeno vicino a una confederazione sembrava fosse uno degli obiettivi della Comunità economica europea<sup>34</sup>. Il contesto politico ed economico richiedeva un accordo tra gli Stati e una capacità di coagulare interessi e solidarietà, almeno economica, a un livello superiore<sup>35</sup>. Il modello federale si inseriva perciò in una continuazione del modello statale e soprattutto in una predominanza del pubblico sul privato<sup>36</sup>. Tuttavia, anche questa tendenza, più attenta ai profili del territorio, di recente sembra allontanarsi volutamente da un dibattito incentrato sulle categorie classiche del diritto finora applicate allo Stato. In altre parole, il federalismo che continua a essere per alcuni una finalità dell'Unione europea è comunque un modello nuovo e trasfigurato rispetto a quello che si conosce tradizionalmente all'interno dello Stato federale storicamente conosciuto. Quel modello classico di federalismo, anche inteso in senso dinamico, richiederebbe una legittimazione politica che l'Unione non

---

<sup>32</sup> C. Schmitt, *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come benefici per la legalità giuridica e la super legalità in Il concetto d'imperio nel diritto internazionale*, Roma, 1941, p. 71. Per una riflessione sul rapporto tra lo spazio politico e la tecnica nel pensiero di Carl Schmitt si veda C. Resta, *Stato mondiale o nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, 1999, p. 53.

<sup>33</sup> L. Mari, *Ordinamento, localizzazione, uniformità: quale nomos dopo Schmitt per l'Europa?*, in AA.VV. *Il nomos della terra sessant'anni dopo. L'Europa di Carl Schmitt*, cit., p. 76.

<sup>34</sup> Per quel che attiene al rapporto tra confederazione di stati e federalismo si ritiene che entrambi gli elementi siano presenti nel processo di integrazione europea, come ha sostenuto anche M. Burgess, *Federalism and the European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, London, 2000, 253 e ss. e come ha anche affermato H. Sidgwick, *The development of European polity*, London, 1903, p. 433, secondo il quale confederazione e federalismo costituiscono due momenti del complesso processo di "federalità".

<sup>35</sup> Per una storia del progetto federale in Europa si veda F. Laursen, *The EU and Federalism: Politics and Policies Compared*, London, 2011. Per ciò che riguarda il rapporto tra Stati membri e Unione europea in chiave federalista, si veda E. Cloots, G. De Baere, S. Sottiaux (a cura di), *Federalism in the European Union*, Oxford and Portland, 2012.

<sup>36</sup> M. Burgess, *Federalism and the European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, cit., p. 10.



è in grado di conferire, come dimostra la scelta di modelli alternativi, che nascono su basi funzionaliste. Ciò spiega altresì il fallimento del modello federalista cui si ispirava Altiero Spinelli.

Secondo parte della dottrina l'ordinamento dell'Unione europea partendo da un modello di federalismo duale, basato sull'idea di una separazione di ordinamenti, e una distinzione di sfere di competenza legislativa e avvicinandosi a un modello di federalismo cooperativo, ove le competenze dell'Unione e quelle degli Stati membri sono coordinate e complementari e disciplinate secondo il principio di sussidiarietà che è disciplinato a pieno titolo nei Trattati<sup>37</sup>.

Altri ritengono che il processo di federalizzazione abbia trovato nuova forza soprattutto grazie alla tutela dei diritti e al rango della Carta di Nizza, identico a quello dei Trattati com'è stabilito nell'art. 6 del TUE, che richiede uno sforzo continuo di contrattazione e di riallocazione della tutela giurisdizionale condivisa tra la Corte di giustizia dell'Unione europea e le Corti nazionali che indirettamente produce l'effetto di un progressivo accentramento della protezione in capo all'Unione<sup>38</sup>.

Tuttavia, pur tenendo conto di questi processi di federalizzazione, non sembra che essi possano aggiungere molto in merito alla questione dell'esistenza o meno di un territorio federale.

A dire il vero, nonostante qualche raro entusiasmo, la dottrina prevalente sembra concordare in merito a un affievolimento del dibattito sul modello federale dell'Unione e sulla costruzione di uno Stato federale o confederale. Anzi, il riferimento a un federalismo legato alle categorie tradizionali del costituzionalismo di matrice statale, per accennare a una qualche costruzione territoriale europea, è stato considerato a "wrong...debate"<sup>39</sup>. Infatti, un dibattito serio sulla forma di allocazione delle competenze e di una eventuale territorialità dell'Unione deve essere diversamente impostato e deve tenere conto delle trasformazioni economiche già avvenute, che richiedono forme di spazialità costruite non più sugli Stati, ma su nuove istituzioni o su altri modelli addirittura non corrispondenti a istituzioni politiche tradizionali. Pertanto, un eventuale modello federale dell'Unione dovrebbe essere costruito superando il modello statale e rivolgendosi a forme spaziali di nuovo conio. Del resto, è già in atto un modello spaziale europeo legato a un pluralismo normativo e territoriale, che meglio si conforma a un modello economico globale<sup>40</sup> e nel quale il territorio non è più centrale<sup>41</sup>. Esistono esperimenti già avviati anche in seno all'Unione europea: la logica delle competenze multilivello non solo ripartite tra l'Unione e gli Stati, ma nelle quali sono investite anche le Regioni o enti minori. Ciò accade soprattutto

<sup>37</sup> Così R. Schultz, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2009.

<sup>38</sup> Tra i molti, A. Torres, Pérez, *The federalizing force of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *International journal of constitutional law*, 2018, vol. 15, pp. 1080 e ss.

<sup>39</sup> T. Koopmans, *Federalism: The Wrong Debate*, 29 *Common Market Law Review*, 1992, p. 1047, che ricostruisce il dibattito scientifico successivo all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, quando si propose di impostare su nuove basi la questione di una struttura federale dell'Unione.

<sup>40</sup> G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1991, pp. 1443 e ss.

<sup>41</sup> Così K. Lenaerts, *EU Federalism in 3-D*, in E. Cloots, G. De Baere, S. Sottiaux (a cura di), *Federalism in the European Union*, cit., p. 14.



per la disciplina e la gestione dei fenomeni economici. La ripartizione non solo riguarda anche le entità sub-statali, ma anche quelle create direttamente dall'Unione. L'esempio più lampante è quello delle competenze di tipo commerciale o industriale affidate alle Euroregioni, che sono interdipendenti dagli Stati membri, ma anche dall'Unione che spesso fornisce i finanziamenti e ne stabilisce la governance mediante accordi industriali o mediante politiche di sviluppo dei territori che costituiscono l'Euroregione stessa. Infatti, le Euroregioni sono strutture di cooperazione transnazionale fra due o più territori dell'Unione europea o anche dell'Europa fisica; non hanno né uno *status* giuridico definito, né una personalità giuridica. Tengono insieme comunità d'interessi, associazioni, organismi pubblici e privati, che non sono rappresentati da governi pubblici o da assemblee rappresentative, ma partecipano direttamente alla gestione delle attività in quei territori attraverso forme varie di *governance*. Si tratta di Regioni asimmetriche per natura e scopi: alcune nascono tra Stati contigui, altre all'interno dello stesso Stato e altre ancora hanno una natura ibrida e sono il risultato di porzioni di territori amorfe, appartenenti a più Stati, non tutti necessariamente membri dell'Unione europea. Spesso sono finalizzate alla gestione di programmi di cooperazione territoriale europea, alcuni specifici come "INTERREG", approvati dalla Commissione europea che incidono su specifiche aree, non sempre omogenee tra di loro<sup>42</sup>. Tra le varie Regioni europee, si ricordano l'Euroregione economica Transtiroliana, che comprende anche il cantone svizzero dei Grigioni, oltre che l'Alto Adige e il Tirolo; quella del Nord-Est che vede assemblate le Regioni del Friuli Venezia Giulia, del Veneto, della Carinzia, con i territori di Istria e Fiume.

All'interno di questi programmi di finanziamento europeo di specifiche Regioni geografiche o economiche, ad esempio il programma Interreg V-A Italia-Slovenia, si possono finanziare territori economici di varia natura, quali le province di Udine, Pordenone, Gorizia e Trieste, la provincia di Venezia e le Regioni statistiche della Slovenia, Notranjsko-primorska, Osrednjeslovenska, Gorenjska, Obalno-kraška e Goriška. È evidente la natura spuria e variegata di queste nuove entità e gli assemblaggi di tipo economico e geografico (ma quasi mai politico) sui quali sono costruiti.

Si può parlare perciò di una trasfigurazione di territori che negli Stati membri rivestono altra natura e altra identità.

Oltre a questo esempio, si può ricordare, per quel che attiene all'esistenza di eventuali confini propri dell'Europa e dunque di un suo territorio distinto da quello degli Stati membri, come la questione si sia già posta per le politiche europee sull'immigrazione e per quelle relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Anche in quel caso ci si chiedeva se fosse possibile avanzare l'ipotesi dell'esistenza di un

---

<sup>42</sup> Una parte delle disposizioni riguardanti la gestione delle Euroregioni è contenuta nel Regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento Europeo e Del Consiglio del 5 luglio 2006, che ha dato origine a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) e nel Regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione.



*proprium* territoriale dell'Unione. Tuttavia, quell'ambito di azione delle politiche dell'Unione è stato sempre definito come "spazio giuridico", sicché sembrerebbe si possa escludere che gli stessi studiosi vogliano qualificarlo come territorio politico dell'istituzione europea.

### **3.2. L'Unione europea e la scelta di un modello che privilegia lo spazio policentrico**

I processi federali che avrebbero assegnato all'Unione europea un territorio politico sul modello classico al momento sembrano essere stati accantonati.

La scelta dell'organizzazione territoriale dell'Unione sembra seguire una direzione nuova e per certi versi opposta a quella che ha favorito la formazione degli stati assoluti e la loro evoluzione: se il successo di quelle formazioni politiche è dipeso dalla progressiva unità territoriale e nella sovranità esclusiva, il modello che emerge come peculiare all'Unione, invece, segue la strada di un policentrismo territoriale e di una conseguente frammentazione della sovranità su questi spazi territoriali.

Tale pluralismo si connota per la trasfigurazione di spazi regionali e comunali assemblati in modo nuovo e finalizzati alla loro stessa espansione economica e produttiva e per la scelta di modelli che privilegiano scale territoriali diverse rispetto a quelle statali. Lo spazio proprio dell'Unione, dato dalle Euroregioni, comporta una frammentazione dei territori politici degli Stati membri e contemporaneamente una loro ricomposizione in spazi europei senza alcuna identità storica o giuridica. La scelta di privilegiare uno spazio europeo policentrico e diverso da quello unitario degli Stati membri era già stata operata con la conferenza intergovernativa di Postdam nel 1999, tra i ministri competenti in materia di sviluppo del territorio, che ha dato vita al documento informale chiamato *European Spatial Development Perspective (ESDP)*<sup>43</sup>. Questo ha rappresentato una tappa intermedia di un lungo percorso di definizione dello spazio europeo. L'elaborazione di una strategia comune tendeva a privilegiare le azioni finalizzate allo sviluppo all'interno dello spazio, soprattutto quello economico, in linea con la natura dell'Unione.

Una serie di conferenze intergovernative successive tra i ministri competenti ha identificato le zone chiave dello sviluppo (economico) europeo, che non è finalizzato a politiche uniformi sul territorio, ma a privilegiare lo sviluppo di alcune grandi città e di alcuni agglomerati urbani, aree che meglio si confanno ai mercati mondiali. Ciò non significa che sia trascurato lo scopo della coesione sociale, tuttavia la crescita dell'integrazione economica all'interno del mercato europeo difficilmente si coniuga con quest'ultima. Anzi, quanto più si tratta di introdurre il mercato globale all'interno delle istituzioni locali, tanto più la coesione sociale viene accantonata sia perché queste politiche risultano di più difficile

---

<sup>43</sup> A. Faludi, *From European Spatial Development to Territorial Cohesion Policy*, in *Regional Studies*, vol. 40, 2006, pp. 667 e ss. e ID., *Territory: An Unknown Quantity in Debates on Territorial Cohesion*, in *European Journal of Spatial Development*, vol. 51, 2013, pp. 2 e ss.



realizzazione su territori spuri come questi che si stanno ricostruendo su base europea, sia perché il senso delle città globali è proprio quello di una maggiore capacità di attrarre i mercati internazionali, convogliando ricchezze e capitali in modo esponenziale e per definizione disuguale<sup>44</sup>. Nonostante l'accordo ESDP menzioni in più punti la necessità di uno sviluppo sostenibile e capace di mitigare le disuguaglianze, comprese quelle tra le città e le zone rurali, di fatto gli investimenti più rilevanti riguardano le grandi città e gli agglomerati urbani.

Le grandi città metropolitane nell'accordo sono considerate " *larger geographical zone of global economic integration*", tra di esse, le più importanti costituiscono il "pentagono europeo", composto da Londra, Parigi, Milano, Monaco e Amburgo, città globali che offrono servizi, reti, capitale economico e finanziario. Si delinea, infatti, un interesse prevalente per le *attractive cities* e per il loro territorio contiguo, costruzione ideale per rafforzare un sistema policentrico costituito da Regioni metropolitane, distretti urbani (definiti *city cluster*, con una denominazione che richiama la loro natura economica) e reti urbane<sup>45</sup>.

Tali nuove forme territoriali sono considerate dei veri e propri "territorial capital"<sup>46</sup>, delle risorse economiche o per meglio dire delle vere e proprie merci. Il fenomeno è ormai dilagante e non solo in Europa. Esso comprende tutte quelle attività che possono ricondursi a politiche di consumo estremo del territorio, spesso completamente disgiunte dalle politiche di produzione sullo stesso: si pensi alla pratica del "land grabbing", ma anche alle più risalenti politiche di "gentrificazione", che non tengono in alcun conto dell'identità dei luoghi nei quali avvengono tali politiche<sup>47</sup>.

La questione della mercificazione del territorio, visto come vettore economico e di produttività, era già stata colta con la nascita dei distretti industriali, nozione che era stata coniata da Alfred Marshall<sup>48</sup>. L'economista inglese aveva osservato come l'aggregazione di piccole imprese su una scala territoriale più grande e competitiva comportasse una maggiore produttività delle stesse. È solo l'aspetto economico però che se ne giova, non il territorio in sé che, semmai, rischia di essere impoverito dall'assenza di una diversificazione produttiva. Quest'ultimo profilo, svantaggioso sul lungo periodo, non è stato però al centro di una seria riflessione, mentre la maggiore e immediata ricchezza che

---

<sup>44</sup> Si vedano, sul punto, E. Olivito, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale* e A. Poggi, *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, entrambe in *Rivista AIC*, n. 1, 2020.

<sup>45</sup> M. Perkmann, *Construction of new territorial scales: A framework and case study of the EUREGIO cross-border region*, in *Regional Studies*, 2007, vol. 33, pp. 657 e ss. Si permetta anche di rinviare a I. Ciolli, *Le modèle polycentrique de division du territoire national et les transformation en droit constitutionnel*, in *Rivista AIC*, 3, 2012.

<sup>46</sup> R. Camagni, R. Capello, *Regional Competitiveness and Territorial Capital: A Conceptual Approach and Empirical Evidence from the European Union*, in *Regional Studies*, 2013, Vol. 47, pp. 1385 e ss.

<sup>47</sup> S. Sassen, *Land Grabs today: Feeding the disassembling of national territory*, in *Globalizations*, 2013, pp. 25. e ss. L. Paoloni, *Land grabbing e beni comuni*, in M. R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Roma, 2012, pp. 139 e ss. e, più di recente, C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Di lacune grandi categorie del diritto costituzionale*, cit., p. 596.

<sup>48</sup> A. Marshall, *Principles of Economics*, London, 1890.

l'aggregazione delle imprese in enti quali i distretti industriali è stata accolta con favore, tanto che in Italia il settore è stato prontamente disciplinato con normative *ad hoc*<sup>49</sup>. Lo stesso è accaduto con i cosiddetti accordi di rete, che rendono evidente la commistione tra istituzioni pubbliche e imprese e privati, che si trovano a concordare tutti sullo stesso piano la gestione di questi enti ibridi; la normativa sul tema, infatti, non solo rinvia a dei veri e propri contratti tra le piccole e medie imprese protagoniste del distretto, ma dispone che la disciplina del settore sia quasi esclusivamente disciplinata dagli stessi<sup>50</sup>. Insomma, si evidenzia così un pluralismo, anzi un coacervo di fonti di varia natura che insistono tutte su uno stesso territorio, ormai plurale<sup>51</sup>.

Poiché il fenomeno investe l'Europa intera, ciò sta a dimostrare una vivacità, ma anche una palese anarchia della gestione del territorio dell'Unione. Negli Stati membri questi fenomeni sono moderatamente controllati dal potere pubblico centrale, sebbene sempre più a fatica, mentre nell'Unione tale politiche sembrano essere incentivate liberamente.

Visto il prosperare di queste forme ibride di territori produttivi, l'eventuale conversione a un modello federale tradizionale da parte dell'Unione europea sembra tramontare; quel modello storico di ripartizione di competenze e di territorialità organizzata è stato considerato troppo rigido e soprattutto spesso le disposizioni da cui trae legittimazione sono contenute in norme di rango superiore, difficilmente modificabili. Di conseguenza, quell'assetto territoriale diviene incompatibile o almeno poco funzionale rispetto a questi processi di formazione di spazi fluidi e in via di definizione.

Esistono inoltre altri tipi di istituzioni territoriali in Europa costruite per non coincidere con i confini nazionali<sup>52</sup>. Le politiche relative allo sviluppo di nuovi territori sono affidate all'Unione e non più agli Stati membri. Nel migliore dei casi, quindi, abbiamo territori che competono con quelli statali. Come ha giustamente sottolineato Andreas Faloudi, siamo passati molto rapidamente da uno sviluppo geografico dell'Unione ad una politica territoriale che, per il momento, si limita alla competenza condivisa tra Unione e Stati membri a favore della coesione territoriale<sup>53</sup>.

La *European Spatial Development Perspective* parla di "*spacial approach*" lasciando sottinteso che le politiche comunitarie si inseriscono in una superficie neutra che viene di volta in volta riempita da programmi comunitari e da azioni statali o da politiche miste: viene menzionato nei primi paragrafi del documento (par. 1.1) il lemma territorio inteso come "*new dimension of European policy*", ma senza che sia offerta

<sup>49</sup> I distretti industriali sono stati disciplinati per la prima volta in Italia con L. 5 ottobre 1991, n. 317

<sup>50</sup> La possibilità di disciplinare con veri e propri contratti gli accordi tra medie e piccole imprese per costituire una rete produttiva è contenuta nell'art. 3, commi 4-*ter* e 4-*quinq*ues del D. L. n. 5 del 2009, convertito in L. 9 aprile 2009, n. 33.

<sup>51</sup> Così anche AA. VV., *La mobilisation du territoire: les districts industriels en Europe occidentale du XVII au XXIe siècle*, Paris, 2007.

<sup>52</sup> N. Brenner, *Global cities, glocal States: global cities formation and State territorial restructuring in contemporary Europe*, in *Revue of international political economic*, 1998, pp. 1 e ss.

<sup>53</sup> A. Faloudi, *From European Spatial Development to Territorial Cohesion Policy*, in *Regional Studies*, 2006, pp. 667 e ss.

alcuna definizione specifica. L'attenzione, infatti, è riservata a questo spazio di intervento economico e in subordine anche politico, ove si svolgono le attività di promozione europea, volte a colmare le differenziazioni tra Regioni povere e ricche, ma in sostanza finalizzate a creare dei mercati su quelle superfici condivise dall'Unione e dagli Stati membri<sup>54</sup>.

Successivamente, l'*European Spatial Development Perspective* si è consolidato anche dal punto di vista normativo e ha trovato una sua autonoma disciplina.

L'art. 14 TFUE promuove la coesione sociale e territoriale dell'Unione e degli Stati membri, secondo le rispettive competenze e l'art. 36 della Carta dei diritti dell'Unione riconosce la promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione e l'accesso ai servizi d'interesse economico generale previsto dalle legislazioni e dalle prassi statali, conformemente ai Trattati. A questi riferimenti si sono aggiunti anche altri documenti riferiti al territorio europeo, sempre in funzione dell'espansione economica e di una migliore produttività dei territori dell'Unione<sup>55</sup>.

#### **4. La governance multilivello nello spazio europeo**

La nozione di territorio, per la storia che evoca nell'Europa occidentale, in definitiva sembra non si addica all'Unione europea. Per questo nei Trattati si parla di “spazio comunitario”, quando ci si riferisce all'Unione. Si tratta di una nozione che ha natura funzionale e che trova nella pianificazione del territorio il modo per limitare l'impatto delle politiche puramente mercantili sull'ambiente e sulle finalità di ordine sociale ed economico che si compendiano nella ricerca di una “coesione economica, sociale e territoriale”. Il Trattato di Lisbona ha aggiunto la coesione territoriale a quella economica e sociale, ha sancito una protezione esplicita per queste politiche e ha altresì stabilito una competenza concorrente in tale ambito tra gli Stati membri e l'Unione, ha inoltre previsto una serie di specifici finanziamenti per l'obiettivo della coesione territoriale, al fine di consolidare uno sviluppo sostenibile ed equilibrato all'interno dell'Unione. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione dedica il Titolo XVIII alla coesione economica, sociale e territoriale e negli artt. 174-178 è disciplinata la politica europea di coesione.

---

<sup>54</sup> L'intenzione di dare vita a nuove istituzioni territoriali è evidenziata nel punto 2 del documento che ha introdotto l'*European Spatial Development Perspective*. Si parla di politica territoriale e nel paragrafo si sostiene che: «The entry into force of the Economic and Monetary Union (EMU) contributes significantly to European integration. Parallel to the progress of economic and social integration, separations caused by internal borders tend to fade. Closer relations and interdependencies are emerging between the cities and regions of the Member States. This means, *inter alia*, that projects at the regional, national or community level in a certain country, and whose scope exceeds that of the territory in which its authority is exercised, may have a considerable impact on the spatial and urban structure of the country. other Member States. The implementation of Community policies will henceforth involve taking better account of their spatial effects in time, since in the future the differences in productivity will no longer be offset, for example by national adaptations of the rates currency exchange. This will help to avoid further widening regional disparities».

<sup>55</sup> *The Territorial State and Perspectives of the European Union Document Towards a Stronger European Territorial Cohesion in the Light of the Lisbon and Gothenburg Ambitions*, First Draft, presentato da tutti e 25 gli Stati membri dell'Unione il 26 giugno 2006.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la coesione territoriale è divenuta uno degli obiettivi principali dell'Unione ed è stata oggetto di molteplici documenti istituzionali<sup>56</sup>. La nuova competenza in materia di coesione territoriale, ai sensi del trattato di Lisbona, prevede che la Commissione, possa avere un ruolo centrale nelle questioni del governo del territorio, tenendo conto però del fatto che si tratta di una competenza concorrente con quella degli Stati membri e comunque da realizzarsi nel rispetto del principio di sussidiarietà. Pertanto, i governi nazionali sono rappresentati nel Consiglio dei ministri e devono approvare qualsiasi iniziativa della Commissione in materia. Già questo fatto ha creato qualche inconveniente per ciò che riguarda le decisioni sulla gestione delle politiche sul territorio dell'Unione, perché gli Stati membri hanno posizioni differenti sulla competenza di quest'ultima, sì che alla resa dei conti le decisioni comunitarie sono state rare e di poco conto. La sussidiarietà, in altri termini, favorirebbe l'intervento degli Stato e non quello centralizzato. D'altro canto, però, proprio tale principio avrebbe favorito politiche dell'Unione specifiche e concentrate sulle aree di importanza europea. Da qui la nascita di nuovi territori ove l'ingerenza dell'Unione può essere maggiore.

Le politiche sul territorio che l'Unione europea può mettere in campo sono dunque ritagliate su spazi che sono stati definiti "morbidi" e le politiche sono ritagliate sul modello definito del 'soft planning for soft spaces'<sup>57</sup>. Si delinea perciò non solo un uso sempre più ampio nel mondo globale della soft law, ma anche quello di uno spazio sempre più duttile e componibile a seconda delle necessità economiche o sociali. Insomma, la prospettiva è quella di una modernità più che liquida, come è stata felicemente definita<sup>58</sup>.

Gli Stati membri restano, invece, *the quintessential form of a closed entity, with border control an expression of its sovereignty*<sup>59</sup>, come del resto aveva osservato Michel Troper e sono contraddistinti tendenzialmente da un «territorialismo», ossia da unità politiche rigide quali distretti, città, province e regioni<sup>60</sup>. In altre parole, qui si parla ancora di spazi "duri", che resistono anche grazie al principio di sussidiarietà, all'invasione - nel rapporto con l'Unione - da parte di spazi modulabili e "morbidi". Infatti, tale principio si coniuga con rapporti giuridici tradizionali tra istituzioni politiche su un modello quasi-federale ed è chiamato ad allocare le competenze al livello più idoneo, che spesso coincide con quello

---

<sup>56</sup> I documenti pubblicati fino al 2010 sono elencati e commentati in U. Janin Rivolin, *EU territorial governance: learning from institutional progress*, in *European Journal of Spatial Development*, 2010 (reperibile sul sito: <http://www.nordregio.se/EJSD/refereed%2038.pdf>).

<sup>57</sup> A. Faludi, *Cohesion, Coherence, Cooperation: European Spatial Planning Coming of Age?*, London, 2010, e G. Haughton G., Ph. Allmendinger, D. Counsell, G. Vigar, *The New Spatial Planning: Territorial Management with Soft Spaces and Fuzzy Boundaries*, London, 2010.

<sup>58</sup> Il riferimento, ovviamente, è a Z. Baumann, *Liquid modernity*, Cambridge, Malden, 2000.

<sup>59</sup> A. Faloudi, *Territorial Cohesion and Subsidiarity under the European Union Treaties: A Critique of the 'Territorialism' Underlying*, in *Regional Studies*, vol. 47, 2013, p. 1603.

<sup>60</sup> J. A. Scholte, *Globalization: A Critical Introduction*, London, 2000; J. N. Rosenau, *Strong demand, huge supply: governance in an emerging epoch*, in I. Bache, M. Flinders, (a cura di), *Multi-level Governance*, Oxford, 2004, pp. 31 e ss.

statale o regionale interno agli Stati<sup>61</sup>. In questi casi, il principio di sussidiarietà funge da limite nei confronti del dilagare degli spazi senza frontiere e senza diritto.

## 5. Cenni conclusivi. Verso un nuovo feudalesimo: la frammentazione territoriale e il consolidamento del "soft space"

Quel che si evidenzia nei moderni processi che riguardano il territorio dell'Unione è la presenza di politiche complesse, dinamiche e spesso concorrenti rispetto a quelle che trovano applicazione all'interno degli Stati aderenti all'Unione.

Da una parte si assiste a una ri-territorializzazione, dall'altra a un assemblaggio di nuovi territori privi di elettività e personalità giuridica, nei quali lo spazio come elemento liscio e neutro sembra prevalere. I "soft spaces" coesistono non sempre pacificamente con quello che Ran Hirsch chiama lo "spatial statalism"<sup>62</sup>, ossia la tradizione del costituzionalismo statale ove esistono delle frontiere ben delimitate entro le quali si esercita la sovranità. È ciò che ha legittimato la superiorità della forma statale sulle altre istituzioni. Tale processo è stato funzionale al superamento della frammentazione medievale e soprattutto all'evoluzione del concetto di sovranità, che ancora esplica i suoi effetti, sebbene sia costantemente minacciato da nuove forme territoriali, quali le grandi città.

I fenomeni di trasformazione, tuttavia, attecchiscono con maggiore determinazione là dove le strutture politiche sono meno consolidate, ovvero nell'Unione europea, nella quale i tipi di assemblaggio territoriale prevedono, più che altrove, anche processi di glocalizzazione e di conquista di visibilità e potere da parte delle cosiddette "megacities"<sup>63</sup>. Queste ultime, pur essendo inserite all'interno degli Stati Nazionali, cominciano a reclamare statuti speciali, a frammentare il territorio nazionale, a renderlo diseguale nelle sue parti<sup>64</sup>. Saskia Sassen ha proposto un'analisi profonda e incisiva sulla questione dello spazio globale e sulla trasformazione del ruolo delle città in questo nuovo ambito<sup>65</sup>. La crescita dell'importanza delle città anche dal punto di vista storico era già stata al centro della riflessione di S.

---

<sup>61</sup> A. Faloudi, *Territorial Cohesion and Subsidiarity under the European Union Treaties: A Critique of the 'Territorialism' Underlying*, cit., pp. 1594 e ss. Per una storia delle politiche regionali e locali europee, si veda anche A. S. Bruno, *Tra territorio e spazio: la città metropolitana come politica urbana*, Napoli, 2018, spec. pp. 15-32.

<sup>62</sup> R. Hirschl, *City, State. Constitutionalism and the megacity*, London, 2020, pp. 30 e ss.

<sup>63</sup> I. Deas, A. Lord, *From new regionalism to an unusual regionalism? The emergence of non-standard regional spaces and lessons for the territorial reorganisation of the state*, in *Urban Studies*, vol. 43, 2006, pp. 1847 e ss. e G. Cotella, E. Purkarthofen, A. Faloudi, *The poverty of territorialism and the future of European spatial integration*, in *Regional Studies*, vol. 54, 2020, pp. 999 e ss.

<sup>64</sup> R. Camagni, R. Capello, *Regional Competitiveness and Territorial Capital: A Conceptual Approach and Empirical Evidence from the European Union*, in *Regional Studies*, 2013, Vol. 47, p. 1385. I due autori hanno sostenuto che: «In a context of globalization and the creation of wide single-currency areas, regions (and also nations) must concern themselves with the competitiveness of their production fabric because no spontaneous or automatic adjustment mechanism is still at work to counterbalance a lack (or an insufficient growth rate) of productivity».

<sup>65</sup> S. Sassen, *Cities in a World Economy*, Thousand Oaks, Calif., 1994.

Rokkan<sup>66</sup>, il quale vedeva nell'espansione della città uno strumento di contrasto nei confronti dei fenomeni centralisti e unitari dello Stato-nazione. Rokkan citava già allora il ruolo antagonista di una città come Barcellona rispetto allo Stato centrale. Insomma, aveva previsto fenomeni di differenziazione e di indipendentismo che si sarebbero manifestati in tutta la loro complessità e ampiezza in un momento successivo, ma che inevitabilmente si sarebbero riverberati sull'unità nazionale anche territoriale<sup>67</sup>. Citava altresì l'esempio opposto di una città globale ma allineata alla cultura nazionale dell'unità quale Parigi che considerava "*acts as a driving force for the National state*"<sup>68</sup>.

Si tratta di operazioni di differenziazione e di legittimazione di simmetrie territoriali che ormai investono quasi tutti i Paesi, non solo europei<sup>69</sup>. Differenziazioni territoriali e statutarie che in Italia sono state spesso reclamate dalle Regioni o città metropolitane dotate di maggiori risorse per competere nei mercati economici e finanziari, non certo da quelle meno attrezzate.

Stati membri e Unione europea condividono le istituzioni ma sembrano puntare su modelli di organizzazione dello spazio giuridico diversi anche se affiancati, non ancora coordinati<sup>70</sup>.

Quel che emerge è un affresco ove la frammentazione territoriale, non sempre capace di una riorganizzazione, evoca forme di sovranità territoriale plurale di tipo feudale<sup>71</sup>. Lo Stato aveva sconfitto le istituzioni territoriali antagoniste, ma oggi queste tornarono con una forza e un'importanza anche maggiori. Le grandi città sembrano non appartenere più a un solo Stato del quale geograficamente fanno parte; alcune di loro sono ormai parte di un sistema globale: New York, ad esempio, non è più solo una delle città più importanti degli Stati Uniti, ma è inserita in un contesto più ampio, rappresenta (anche) se stessa e la propria identità, come se si trattasse di una città stato, una *polis* greca, ma di dimensioni globali<sup>72</sup>.

Gli scopi di questi nuovi assetti territoriali non sono comuni, ma a volte antagonisti. Il ritorno ai corpi intermedi di origine feudale rappresenta una sconfitta per il mantenimento dell'unità statale, sempre più in pericolo. Molte delle caratteristiche del periodo feudale sono presenti oggi nella vita delle nostre

---

<sup>66</sup> S. Rokkan, *Cities, States, and Nations: a dimensional model for the study of contrasts in development*, in *Building State and Nations. Models and data resources*, vol. I, 1973, pp. 73 e ss.

<sup>67</sup> La letteratura sul tema è sconfinata, per tutti, G. Ferraiuolo, *Costituzione federalismo secessione. Un itinerario*, Napoli, 2016.

<sup>68</sup> S. Rokkan, *Cities, States, and Nations: a dimensional model for the study of contrasts in development*, in *Building State and Nations. Models and data resource*, cit., p. 76.

<sup>69</sup> N. Brenner, *Global cities, glocal States: global cities formation and State territorial restructuring in contemporary Europe*, in *Revue of international political economic*, 1998, pp. 1 e ss.

<sup>70</sup> J. Habermas, *The Crisis of the European Union: A Response*, Polity, 2013.

<sup>71</sup> S. Rokkan, *Dimension of state formation and national building: a possible paradigm for research on variations within Europe*, in Ch. Tilly, *The formation of national States in Western Europe*, Princeton, 1975, pp. 562-600.

<sup>72</sup> S. Sassen ha illustrato la sua tesi che dà conto di un progressivo disallineamento tra sovranità, territorio e istituzioni politiche in funzione di nuove entità (che non hanno una natura politica), in ID., *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, 2006 and *The Global City, New York, London, Tokyo*, Princeton, 1991.





democrazie in crisi: la frammentazione della sovranità; pluralità delle fonti derivanti da istituzioni diverse e spesso antagoniste, che a quel tempo erano la chiesa, l'impero, i feudatari e i comuni, oggi le istituzioni mondiali e le grandi aziende che rispondono a regole e scopi diversi. Il periodo feudale fu caratterizzato soprattutto dall'accentuata presenza di rapporti personali rispetto a quelli istituzionali, della *Herrschaft*, ossia della supremazia del *dominium* sull'*imperium*<sup>73</sup>.

Non da ultimo, l'emersione di fenomeni di leadership ovunque nel mondo e di verticalizzazione del potere, come ha ricordato più volte Carl Schmitt, sono proprio la conseguenza di un eccessivo pluralismo (anche territoriale) che richiede una sintesi diretta e semplice, più di quella che può garantire la dinamica parlamentare<sup>74</sup>.

Al momento è difficile porre fine a questi processi di disgregazione dell'unità territoriale e di conseguenza della stessa unità politica. Non devono però essere ignorati, almeno dagli studiosi.

---

<sup>73</sup> O. Hintze, *Staatsverfassung und Heeresverfassung*, Dresda 1906.

<sup>74</sup> C. Schmitt, *Der Hüter derr Verfassung*, Berlino, 1931.



# Par-delà la souveraineté étatique dans l'Union: Etat de droit et intégration\*

**di Eric Carpano**

Professeur de Droit public, Chair Jean Monnet, Directeur du Centre d'études européennes. Université Jean Moulin – Lyon 3a

**Abstract [Fr]:** L'État de droit, qui est une valeur fondamentale de l'Union Européenne, ainsi qu'une condition nécessaire à l'adhésion et à la permanence des États membres en son sein, a connu des crises répétées ces dernières années. Ces crises touchent à la fois le niveau supranational européen, notamment en raison de sa structure multi niveaux, et les systèmes juridiques des États membres. La contribution se concentre sur les principaux éléments qui peuvent être considérés comme indicatifs de l'État de droit, en soulignant leur importance dans l'équilibre du système juridique européen.

**Abstract [It]:** Lo Stato di diritto è uno dei valori fondamentali su cui si fonda l'UE e uno dei criteri che consentono di entrare e rimanere nell'Unione europea stessa. Negli ultimi anni ha attraversato ripetute crisi, sia a livello sovranazionale europeo (anche a causa della struttura multilivello dell'Unione) che a livello di Stati membri. Il testo riflette sul significato che l'Unione europea attribuisce allo Stato di diritto, sottolineando l'importanza del principio per l'intero sistema dell'UE.

**Abstract [En]:** The rule of law is one of the basic value on which the EU is founded and one of the criteria which allow to enter and to stay in the European Union itself. Over the last years it has experienced repeated crisis, both at the European supranational (also because of the multilevel structure of the Union) and at the Member States level. The paper reflects on the meaning that the European Union attributes to the rule of law, underlying the importance of the principle for the whole EU system.

**Sommario:** 1. Les enjeux. 2. La crise de l'Etat de droit. 3. L'Etat de droit, un modèle intégrationniste. 3.1. Une Union de droit. 3.2. Une Union d'Etats de droit. 4. La standardisation européenne de l'Etat de droit. 4.1. Le droit au juge. 4.2. La légalité. 4.3. La séparation des pouvoirs. 5. Conclusion.

## 1. Les enjeux

La crise de l'Etat de droit en Europe révèle une crise tout à la fois du libéralisme politique dont il constitue la forme juridique et de l'intégration elle-même<sup>1</sup>. Elle met également en lumière la redéfinition de la puissance de l'Etat dans un espace globalisé et déterritorialisé dans lequel l'exercice du pouvoir étatique relève d'une souveraineté partagée entre l'Etat membre et l'Union européenne<sup>2</sup>. La forme et la nature de l'Etat de droit dans cet espace multiniveaux s'en trouve transfiguré : l'Etat de droit national participe tout autant à la définition d'une *Union de droit* que celle-ci le modélise. L'Union se constitue, en tant qu'organisation politico-juridique, en une Union de droit, dans laquelle les Etats membres comme

---

\*Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> E. Carpano et M-L Basilien Gainche (dir.), *Quel Etat de droit dans une Europe en crise*, n° spécial, RDLF 2019 chron. n°36, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/>

<sup>2</sup> N. Walker, « *Late Sovereignty in the European Union* », in N. Walker (ed), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, 2003,

les institutions de l'UE, se soumettent à la prééminence du droit (*rule of law*)<sup>3</sup>. C'est une Union de droit multiniveaux dans laquelle les Etats membres eux-mêmes, par l'établissement des « *voies de recours nécessaires pour assurer aux justiciables le respect de leur droit à une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* », participent à la réalisation de l'Etat/l'Union de droit<sup>4</sup> sous le contrôle de l'Union. L'Union est ainsi, aussi et avant tout, une *Union d'Etats de droit*<sup>5</sup>. Le respect de l'Etat de droit est une condition d'appartenance à l'Union, en tant que valeur et paradigme organisationnel, qui s'impose aux Etats candidats à l'adhésion mais aussi aux Etats membres<sup>6</sup>. Emergerait ainsi une nouvelle figure de l'Etat de droit, *l'Etat de droit intégré*<sup>7</sup>. L'Etat de droit n'est plus dès lors simplement défini nationalement mais, en tant que partie de l'Union de droit, il fait corps avec elle et certaines de leurs structures sont interdépendantes : l'Etat de droit est la condition d'une Union de droit effective et l'Union de droit rétroagit sur les Etats de droit nationaux en les modélisant.

## 2. La crise de l'Etat de droit

En Europe, l'Etat de droit revêt une signification toute particulière. Il apparaît comme un standard du droit constitutionnel européen, produit d'une communauté de valeurs et érigé en étalon de normalité plongeant ses racines dans l'histoire européenne de lutte pour la prééminence du droit<sup>8</sup>. Il est le produit d'une construction réticulaire entre les niveaux nationaux et supranationaux (Conseil de l'Europe et Union européenne), faite d'emprunts et d'influences réciproques<sup>9</sup>. L'Etat de droit est tout à la fois un réceptacle des valeurs européennes et le paradigme organisationnel des systèmes libéraux européens qui

---

<sup>3</sup> Selon une formule rituelle inaugurée par l'arrêt *Les Verts* (CJCE, *Les Verts/Parlement*, 294/83, EU:C:1986:166, point 23), « *l'Union est une Union de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes, notamment, avec les traités, les principes généraux du droit ainsi que les droits fondamentaux* » (voir également, CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil* C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 9).

<sup>4</sup> CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, point 32 ; 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 50 ; CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531

<sup>5</sup> C. Vial, « Un paradoxe cohérent et surmontable: le difficile respect de l'État de droit dans l'Union (des États) de droit », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, Lexisnexis, 2018, p. 823-831

<sup>6</sup> D. Sinou, « Le respect de l'Etat de droit comme condition de participation à l'Union européenne », in *Société française de droit international (Dir.), L'Etat de droit en droit international*, Paris, A. Pedone, 2009, p. 239, spéc. p. 244

<sup>7</sup> Selon Beligh Nabli, « L'idée même d'« État intégré » suggère l'existence d'un type d'État dont la spécificité résulte de son appartenance à l'Union européenne, de son mode de rapport à l'organisation à laquelle il appartient. La singularité de l'État intégré tient en effet au type de rapport qu'il entretient avec les institutions de l'Union et les autres États membres auxquels il est lié par une interdépendance structurelle qui se manifeste par les principes de coopération loyale, de solidarité et de confiance mutuelle. D'un côté, les États membres ne sont pas extérieurs ou tiers par rapport à l'Union, ils la composent: ils sont de l'Union et dans l'Union. De l'autre, l'Union est intégrée dans les États membres, comme l'atteste le développement d'un « droit national de l'intégration européenne », in B. Nabli, *L'Etat intégré. Contribution à l'étude de l'Etat membre de l'Union européenne*, Pedone, 2019, 116p.

<sup>8</sup> E. Carpano, « La définition d'un standard européen de l'Etat de droit », RTDE, avril-juin 2019, pp. 255-272.

<sup>9</sup> A-M. Slaughter « A Typology of Transjudicial Communication » (1994) 29 U. Rich. L. Rev. 101; E. Carpano, « L'émergence d'une jurisprudence globale des droits fondamentaux », Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Turpin, *Etat du droit, état des droits*, LGDL, Lextenso, 2017, pp. 499-514.

protège l'individu et l'ordre juridique lui-même. Dans l'Union, l'Etat de droit est une contrainte axiologique (les valeurs) et fonctionnelle (l'intégration) en ce qu'il constitue la courroie de transmission de l'intégration. La crise de l'Etat de droit en Europe est donc aussi la crise du projet européen et affecte directement le développement de l'intégration.

Il y a encore une vingtaine d'années, au début des années 2000, l'Etat de droit était un horizon. C'était une dynamique qui orientait l'évolution des systèmes juridiques dans le monde occidental vers plus de contrôle des autorités publiques et de libertés pour les individus (on parlait avec Fukuyama de la *Fin de l'Histoire* et de la démocratie libérale comme stade ultime de développement des sociétés humaines). Les lois sécuritaires post-2001 commençaient tout juste à être adoptées mais faisaient encore l'objet d'une réticence de la part de la majorité de la classe politique, d'une défiance judiciaire (de la part des juridictions internes<sup>10</sup> comme des juridictions européennes<sup>11</sup>), et d'une désapprobation dans l'opinion publique.

20 ans plus tard, le consensus dont faisait l'objet l'Etat de droit au lendemain de la chute du mur de Berlin est érodé, contesté et menacé. De la Pologne à la Hongrie, en passant par l'Italie, l'Autriche, les Pays-Bas, le Royaume-Uni ou la France, les forces réactionnaires, populistes, identitaires ou xénophobes ont réussi à imposer un nouvel agenda antilibéral qui bouleverse les structures de l'Etat de droit et affecte la garantie des droits. Les démocraties libérales elles-mêmes, partagées entre un rejet de la mondialisation et une adhésion au néolibéralisme, se convertissent au libéralisme autoritaire qui tend à imposer un libéralisme économique en dehors du libéralisme politique<sup>12</sup>.

Cette crise de la démocratie libérale qui ébranle les structures de l'Etat de droit n'est pas cantonnée à l'Europe. C'est une crise globale comme l'a montré Yasha Mounk dans son livre *Le peuple contre la démocratie*<sup>13</sup>. Elle l'est par ses origines : mondialisation des échanges, dilution du politique, crainte de déclassement social et économique, crise identitaire, crise sécuritaire, crise environnementale. Plus fondamentalement, on assiste à une transformation des formes de domination, une « tyrannie douce » (Aldous Huxley) dont la datacratie (domination par les algorithmes et l'exploitation globale des données personnelles) est la forme la plus contemporaine de remise en cause des logiques et des structures de l'Etat de droit et de la démocratie libérale : la domination n'est plus simplement le fait des Etats, elle l'est désormais également du fait de groupes privés (Google, Amazon, Facebook, Apple) qui peuvent

---

<sup>10</sup> *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 (Belmarsh case).

<sup>11</sup> CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi e.a.*, aff. C-402/045 P et 415/05P; Cour EDH, Gr. Ch., 19 janv. 2009, *Abou Qatada et autres c. Royaume-Uni* req. n° 3455/05.

<sup>12</sup> Michael A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, *Critical Sociology*, (2019) 10.

<sup>13</sup> Y. Munk, *Le peuple contre la démocratie*, (trad.), L'observatoire, 2018, 528p.

influencer les choix démocratiques des peuples<sup>14</sup>. Cette crise de la démocratie libérale est également globale par ses effets : montée des populismes et des tentations illibérales ou autoritaires (Brésil, Etats-Unis, Hongrie, Pologne, Turquie, Russie), multiplication des lois sécuritaires, restriction des libertés, etc. Les figures de la crise sont ainsi multiples. Certaines sont directes et immédiates et participent d'une démarche illibérale assumée. La Pologne et la Hongrie assument un démantèlement (*backsliding*) des structures de l'Etat de droit et de la démocratie libérale (*Rule of law Backsliders*<sup>15</sup>). D'autres sont plus indirectes et latentes et affectent la plupart des démocraties libérales européennes. D'une manière générale, l'Etat droit est entré dans une phase d'affaiblissement dans la plupart des démocraties occidentales sous l'effet des politiques sécuritaires post-2001<sup>16</sup>, des pressions populistes sur les politiques migratoires et des mutations néo-libérales du capitalisme qui imposent un nouvel ordre politico-social. Les démocraties qui se revendiquent libérales participent ainsi également à l'affaiblissement de l'Etat de droit.

Cette crise de l'Etat de droit est donc globale. On assiste à une remise en cause de l'équilibre marché / démocratie (*le capital plutôt que le peuple*<sup>17</sup>) sous l'effet notamment de l'ouverture des marchés et de la financiarisation des économies dans un espace global de plus en plus difficile à réguler. Selon Gramsci, la crise est un entre deux ; un interrègne : l'ancien ordre se meurt et le nouveau n'est pas encore né, et dans cet interrègne naissent tous les dérèglements<sup>18</sup>. Nous en sommes là, comme le relève Balibar, entre la fin de l'Etat nation souverain et l'émergence d'une hypothétique souveraineté post-nationale<sup>19</sup>. Et l'enjeu de ce passage c'est la régulation d'un capitalisme global libéré des frontières étatiques et des contrôles démocratiques classiques de l'Etat nation. Cette tension n'est pas propre à l'UE. C'est une tendance contemporaine lourde qu'accélère la globalisation<sup>20</sup>. Mais dans l'UE, cette tension est exacerbée en raison de la nature même du processus d'intégration et de la protection constitutionnelle du marché en dépit des cadres réglementaires mis en place. L'Etat de droit a été conçu dans cet espace global dérégulé comme un rempart contre la remise en cause des libertés des opérateurs économiques et comme une garantie de l'ordre marchand et ce au détriment le cas échéant des choix démocratiques.

---

<sup>14</sup> D. Helbing et alii, «Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence?», in D. Helbing (ed.), *Towards Digital Enlightenment. Essays on the Dark and Light Sides of the Digital Revolution*, Springer ed., 2019, p. 78-98.

<sup>15</sup> L. Pech and K.L. Scheppelle, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU » (2017) 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 3.

<sup>16</sup> Mireille Delmas-Marty. *Libertés et Sûreté les Mutations de L'État de Droit*. Revue de Synthèse, Springer Verlag/Lavoisier, 2009, 130 (3), pp.465-491.

<sup>17</sup> W. Streeck, «Auf den Ruinen der Alten Welt: Von der Demokratie zur Marktgesellschaft» *Blätter für deutsche und internationale Politik* 12, (2012), pp. 61-72; «Was nun, Europa? Kapitalismus ohne Demokratie oder Demokratie ohne Kapitalismus» *Blätter für deutsche und internationale Politik* 4 (2013) pp. 57-68.

<sup>18</sup> A. Gramsci, *Cahiers de prison*, cahier 3, §34, p. 283, éd. Robert Paris, Gallimard, 1996.

<sup>19</sup> E. Balibar, *Nous citoyens d'Europe: les frontières, l'Etat, le peuple*, éd. La découverte et Syros, 2001, p. 293.

<sup>20</sup> P. Diamond (ed.), *The crisis of Globalization: Democracy, Capitalism and inequality in the Twenty-first Century*, I.B. Taudis ed., coll. Policy Network, 2018, 304 p.

Ce néolibéralisme est un libéralisme sélectif en rupture avec l'unité du libéralisme<sup>21</sup> qui vise au démantèlement de l'Etat providence : l'Etat se recentre sur les trois fonctions fondamentales de sécurité, police et justice ; et se désengage des autres domaines d'intervention comme la solidarité, la culture ou l'éducation. Les droits sociaux en sont les victimes alors qu'ils peuvent être perçus comme la condition de la pleine jouissance des droits et libertés<sup>22</sup>. La logique de marché et de concurrence met l'Etat de droit au service du capital (Hayek) et ce n'est pas là le moindre des paradoxes : l'Etat de droit avait été conçu pour se prémunir de l'oppression du pouvoir étatique ; par l'Etat de droit, articulé autour d'une constitution économique dans un espace global et sans frontières, le marché profite de la primauté des droits économiques sur les droits sociaux et du ressort de leur justiciabilité pour s'imposer<sup>23</sup>. Si la Pologne a focalisé l'attention des institutions de l'UE, c'est aussi parce que la remise en cause de l'Etat de droit était susceptible d'affecter la mise en œuvre du droit de l'UE et donc le fonctionnement du marché<sup>24</sup> : la *rule of law* est la meilleure garantie du bon fonctionnement du marché disait Hayek ; l'Etat de droit, c'est la forme juridique du libéralisme et celle qui permet au marché de se déployer avec le minimum d'entrave, surtout lorsque, dans une logique ordolibérale, le marché fait l'objet d'une protection constitutionnelle<sup>25</sup>. Dans l'UE, cette tension est exacerbée en raison de la nature même du processus d'intégration et de la protection constitutionnelle du marché en dépit des cadres réglementaires mis en place.

### 3. L'Etat de droit, un modèle intégrationniste

C'est dans ce contexte, que l'on peut prendre toute la mesure de la crise de l'Etat de droit du point de vue de l'intégration. L'Union européenne « repose sur le principe de la démocratie et sur le principe l'État de droit » (préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union) ; elle est « fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités » (art. 2 TUE). La constitutionnalisation européenne de la notion d'Etat de droit, tout à la fois comme un *principe* et une *valeur* de l'Union, signifie deux choses : d'abord que l'Union elle-même se constitue une *Union de droit* sur le modèle de l'Etat de droit; ensuite, que l'Union est une *Union d'Etats de droit*

<sup>21</sup> V. Valentin, « Sur les fondements du libéralisme », Revue française d'histoire des idées politiques, 2003/1, n°17, pp. 49-71.

<sup>22</sup> A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 184 p.

<sup>23</sup> B. Dima, F. Barna & M-L Nachescu (2018) « Does rule of law support the capital market? », Economic Research-Ekonomska Istraživanja, 31:1, 461-479.

<sup>24</sup> CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18.

<sup>25</sup> M. Wilkinson, « *Authoritarian liberalism in Europe: a common critique of neoliberalism and ordoliberalism* », Critical Sociology, 2019, 10.



### 3.1. Une Union de droit

Selon la Cour de justice, l'Union européenne est une Union de droit « dans laquelle tout acte de ses institutions est soumis au contrôle de la conformité avec, notamment, les traités, les principes généraux du droit ainsi que les droits fondamentaux »<sup>26</sup>. Héritière de la notion de *Communauté de droit* consacrée dans l'arrêt *Les verts*, la notion est essentiellement formelle et procédurale et se distingue des notions de démocratie et de droits de l'homme. Elle s'articule autour des exigences complémentaires de légalité et de justiciabilité. Aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice – rejoignant celle des cours constitutionnelles nationales –, la notion d'Union de droit signifie, d'une part, que l'action des institutions et des Etats membres s'exerce dans le respect de la hiérarchie des normes au sommet desquelles trône « la charte constitutionnelle » dont font partie les principes généraux du droit et les droits fondamentaux, et d'autre part, que leur action est soumise à un contrôle juridictionnel effectif. C'est cette dimension juridictionnelle de l'Etat de droit qui domine la définition de l'Union de droit : nulle autorité de ne doit pouvoir échapper au contrôle de la légalité de ses actes avec le droit de l'Union. Dans les arrêts *les Verts*, *Segi*<sup>27</sup> et *Gestoras pro amnistia*<sup>28</sup>, *Advocaten voor de Wereld*<sup>29</sup>, *Jégo-Quééré*<sup>30</sup>, *Kadi*<sup>31</sup>, *H / Conseil*<sup>32</sup>, *Rosneft*<sup>33</sup>, la notion d'Union de droit justifie l'extension du contrôle juridictionnel de la légalité des actes de l'Union ; il peut aussi servir à légitimer la qualité « *rechtsstaatlich* » de l'Union pour justifier le maintien du système contentieux existant comme l'illustrent les affaires *UPA*<sup>34</sup> ou *Inuit Tapiriit Kanatami*<sup>35</sup> par exemple. Mais dans les deux cas, il est directement rattaché au droit à un recours juridictionnel effectif et repose sur la nécessité d'un système complet de voies de recours nationaux et européens garantissant la prééminence du droit de l'Union, nécessité parfois contestable comme l'ont révélé les situations contentieuses dans les affaires *Jégo-Quééré* et *UPA*, situations auxquelles le traité de Lisbonne n'a pas complètement remédié<sup>36</sup>.

Cette dimension formelle de l'Union de droit n'en est pas moins finalisée et comporte une dimension matérielle qui lui donne un sens. Dans son arrêt *Kadi*, la Cour précisait que « le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une

<sup>26</sup> CJUE, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a.*, C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335.

<sup>27</sup> CJCE 27 fév. 2007, *Segi e. a. c/ Conseil*, C-355/04 P, Rec. I-1657, point 51

<sup>28</sup> CJCE 27 fév. 2007, *Gestoras Pro Amnistia e. a. c/ Conseil*, C-354/04 P, Rec. I-1579, point 51

<sup>29</sup> CJCE, Gde ch., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261.

<sup>30</sup> TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quééré et Cie c/ Commission*, T-177/01, ECLI:EU: T:2002:112

<sup>31</sup> CJCE, Grde ch., 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461

<sup>32</sup> CJUE, Gde ch., 19 juillet 2016, *H / Conseil et Commission*, aff. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, point 41

<sup>33</sup> CJUE, Gde ch., 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236

<sup>34</sup> CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, aff. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, point 38.

<sup>35</sup> CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 9

<sup>36</sup>L. Fromont & A. Van Wayenberge, «La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach», *Cahiers de droit européen*, 2015, pp. 113-150

*communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte*»<sup>37</sup>. Si l'Etat/Union de droit ne se confond pas avec la démocratie ou les droits de l'homme, il en est le complément nécessaire.

Dans son cadre pour le renforcement de l'Etat de droit, la Commission européenne écrit ainsi à propos des principes constitutifs de l'Etat de droit : « *La Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme ont toutes deux confirmé que ces principes ne constituaient pas des exigences purement formelles et procédurales. Elles sont le moyen d'assurer la mise en œuvre et le respect de la démocratie et des droits de l'homme. L'(E)tat de droit est donc un principe constitutionnel doté d'un contenu à la fois formel et matériel. Ainsi, le respect de l'(E)tat de droit est intrinsèquement lié à celui de la démocratie et des droits fondamentaux : les seconds ne sauraient exister sans le premier, et vice-versa. Les droits fondamentaux ne sont effectifs que s'ils peuvent être invoqués en justice (droits «justiciables»). La démocratie n'est protégée que si le rôle fondamental du système judiciaire, notamment des juridictions constitutionnelles, est de nature à garantir la liberté d'expression, la liberté de réunion et le respect des règles régissant le processus politique et électoral* »<sup>38</sup>. L'Union de droit n'est ainsi pas l'Union de n'importe quel droit : elle est une Union qui doit protéger les droits fondamentaux et doit permettre la consolidation de la démocratie dans l'Union<sup>39</sup> pour se muer en *Union de droit démocratique*.

Elle n'en est pas encore une. L'incomplétude de l'Union de droit tient, d'une part, aux failles du système de l'Union lui-même, et, d'autre part, à sa nature même : c'est une Union de droit multiniveaux, qui repose sur la participation de ces Etats membres et qui requiert que ceux-ci soient des Etats de droit pour des raisons tant axiologiques que pour garantir l'effectivité des droits que les individus tirent du droit de l'Union. L'Etat de droit se présente alors comme un instrument de l'intégration européenne.

### **3.2. Une Union d'Etats de droit**

Ce n'est que récemment que l'Union européenne a été pensée au travers du prisme de l'Etat de droit et ce discours européen sur l'Etat de droit s'est accéléré ces dernières années à la faveur de la crise identitaire et du moment illibéral/populiste que traversent plusieurs Etats membres de l'Union<sup>40</sup>. La question du caractère « *rechtsstaatlich* » des Etats membres n'en était pas une auparavant, tant l'Etat de droit faisait l'objet d'un consensus politique, y compris dans les pays d'Europe centrale et orientale qui,

---

<sup>37</sup> Précité, § 316

<sup>38</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit, COM (2014) 158 final, p. 5.

<sup>39</sup> Dans l'affaire *les Verts*, la Communauté de droit concourrait tout à la fois à la reconnaissance du Parlement européen (et du principe démocratique) et à l'encadrement du principe démocratique par l'Etat de droit ; dans l'affaire *Tchernobyl*, c'est l'Etat de droit qui permet au Parlement de faire respecter par la Cour de justice l'intégrité du respect du principe démocratique.

<sup>40</sup> K. Rupnink, « Démocrature en Europe du Centre-Est: trente ans après 1989 », *Pouvoirs*, 2019/2, n°169, pp. 73-84; L. Pech and K.L. Scheppele, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU » (2017) 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 3

au lendemain de l'effondrement du bloc soviétique, s'étaient convertis au libéralisme et avaient inscrit au frontispice de leur constitution le principe de l'Etat de droit.

La chute du mur de Berlin et l'avènement de la démocratie libérale en Europe sont à l'origine de la réactivation de la notion d'Etat de droit qui sera intégrée dans le droit primaire de l'Union à partir du traité de Maastricht selon une formule qui ne cessera d'être reprise et développée dans les traités ultérieurs : les parties contractantes confirment dans le préambule « *leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit* » ; avec le traité d'Amsterdam, ces principes sont érigés en « principes communs » aux Etats membres et fondent l'Union (article 6 §1 TUE) ; avec le traité de Lisbonne ce sont désormais des « valeurs fondatrices de l'Union », le préambule de la Charte des droits fondamentaux ajoutant que l'Union est « fondée sur les principes de la démocratie et de l'Etat de droit ». Parallèlement, sur la base des critères de Copenhague<sup>41</sup>, l'Etat de droit va constituer un des chapitres de négociation en vue de l'adhésion à l'Union<sup>42</sup>. Le respect de l'Etat de droit devient ainsi explicitement une condition d'adhésion à l'Union européenne. Toutefois, il est de l'aveu de tous que cette dimension de l'adhésion fut très largement sous-évaluée lors de l'élargissement de 2004. Face aux retards en matière de respect des critères de l'Etat de droit, un mécanisme de coopération et de vérification avait bien été créé spécifiquement pour la Bulgarie et la Roumanie lors de leur adhésion à l'Union en 2007. Ce mécanisme devait les aider à combler les lacunes subsistant dans les domaines de la réforme judiciaire, de la lutte contre la corruption et, pour la Bulgarie, de la criminalité organisée<sup>43</sup>. La crise de l'Etat de droit en Europe<sup>44</sup> a conduit la Commission à revaloriser plus encore la prise en compte de ces exigences dans les négociations d'adhésion et dans sa politique de voisinage<sup>45</sup>. C'est ainsi que la stratégie pour les Balkans occidentaux de février 2018 met l'accent sur les réformes de l'Etat de droit et rappelle que le respect de l'Etat de droit est une condition essentielle pour l'adhésion à l'Union européenne<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Les critères d'adhésion à l'Union ont été définis lors du Conseil européen de Copenhague en 1993 et renforcés lors du Conseil européen de Madrid en 1995. Ils sont au nombre de trois : 1/ la présence d'institutions stables garantissant la démocratie, l'Etat de droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection; 2/ une économie de marché viable et la capacité à faire face aux forces du marché et à la pression concurrentielle à l'intérieur de l'UE; 3/ l'aptitude à assumer les obligations découlant de l'adhésion, notamment la capacité à mettre en œuvre avec efficacité les règles, les normes et les politiques qui forment le corpus législatif de l'UE (l'acquis) et à souscrire aux objectifs de l'union politique, économique et monétaire.

<sup>42</sup> Plus particulièrement le chapitre 23 - Pouvoir judiciaire et droits fondamentaux - et le chapitre 24 - Justice, liberté et sécurité.

<sup>43</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/rule-law/assistancebulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania\\_fr](https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/rule-law/assistancebulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania_fr).

<sup>44</sup>E. Carpano et M-L Basilien Gainche (dir.), Quel Etat de droit dans une Europe en crise, n° spécial, RDLF 2019 chron. n°36, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/>

<sup>45</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil «Poursuivre le renforcement de l'état de droit au sein de l'Union - Etat des lieux et prochaines étapes envisageables». [COM (2019) 163 final].

<sup>46</sup> COM (2018) 65 final.

Le respect de l'Etat de droit est aussi une obligation continue pour les Etats membres : il s'agit tant d'une responsabilité constitutionnelle interne que d'une responsabilité vis-à-vis de l'Union et des autres Etats membres (par le jeu de la confiance mutuelle<sup>47</sup>). C'est évidemment d'abord une question de valeur (article 2 TUE) sans quoi l'Union européenne serait privée du socle commun sur lequel elle repose et par lequel elle agrège des volontés communes. Selon la Cour, « *il ressort de l'article 49 TUE, qui prévoit la possibilité pour tout État européen de demander à devenir membre de l'Union, que celle-ci regroupe des États qui ont librement et volontairement adhéré aux valeurs communes visées à l'article 2 TUE, respectent ces valeurs et s'engagent à les promouvoir, le droit de l'Union reposant ainsi sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, lesdites valeurs (...). Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres et, notamment, leurs juridictions dans la reconnaissance de ces valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, dont celle de l'État de droit, et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre* »<sup>48</sup>. Mais c'est aussi une question structurelle sans quoi le droit de l'Union européenne se trouverait privé de son effectivité. Cette obligation résulte directement du traité lui-même (article 2 TUE, article 49 TUE et article 19 TUE) et indirectement du principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, du TUE) qui souligne l'obligation des États membres de faciliter l'accomplissement par l'Union de sa mission et de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. Il appartient ainsi aux Etats et à l'Union de garantir que certains Etats membres n'affectent pas la mise en œuvre du droit de l'Union résultant d'une remise en cause des structures et des principes de l'Etat de droit.

Pour garantir le respect de l'Etat de droit par les Etats membres, l'Union dispose de différents instruments. Si l'attention s'est focalisée sur l'article 7 TUE qui permet à l'Union d'agir en cas de manquements graves en matière d'Etat de droit dans un État membre<sup>49</sup>, celle-ci – compte tenu de sa complexité – se révèle peu efficace pour sanctionner efficacement ces manquements<sup>50</sup>. Pour pallier ces difficultés, le Conseil a souhaité en 2013 mettre en place un nouveau dialogue sur l'Etat de droit avec

---

<sup>47</sup> CJUE, 25 juillet 2018, C-216/18, LM

<sup>48</sup> CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18, §§ 42-43

<sup>49</sup> Cette procédure a été déclenchée à deux reprises : en décembre 2017, par la Commission, en ce qui concerne la Pologne (Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit [COM(2017) 835 final du 20.12.2017]) et en septembre 2018, par le Parlement européen, en ce qui concerne la Hongrie (Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée [2017/2131 (INL)]).

<sup>50</sup> Le Parlement européen a constaté que la situation s'était détériorée en Pologne depuis le déclenchement de l'article 7 paragraphe 1 en décembre 2017, et que le mécanisme n'était pas efficace: Communiqué de presse, Session Plénière, Commission LIBE, 16 janvier 2020, *État de droit en Hongrie et Pologne: la situation s'est détériorée*

les Etats membres, sur une base annuelle<sup>51</sup>. C'est dans ce cadre que la Commission européenne a établi en 2014 un mécanisme de traitement des problèmes systémiques touchant à l'Etat de droit dans les Etats membres de l'Union. Ce nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit crée un instrument d'alerte rapide pour mettre fin aux menaces qui pèseraient sur l'avenir de l'Etat de droit dans les Etats membres, avant que les conditions d'activation des mécanismes prévus à l'article 7 du TUE ne soient réunies<sup>52</sup>. Cet instrument participe activement à la standardisation européenne de l'Etat de droit en établissant un véritable réseau d'évaluation du respect de ces exigences. Il prévoit notamment que la Commission européenne pourra se fonder sur les « indications provenant des sources disponibles et d'institutions reconnues, dont notamment les instances du Conseil de l'Europe », elle pourra même « lorsque cela est approprié, demander l'avis du Conseil de l'Europe et/ou de sa Commission de Venise »<sup>53</sup>. Ce dialogue a été engagé sans succès avec la Pologne dès janvier 2016 ; et le 20 décembre 2017, la Commission a invoqué pour la première fois la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 1, en présentant une proposition motivée de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la Pologne, de l'Etat de droit. L'échec politique des mécanismes du respect de l'Etat de droit a déplacé le combat sur le terrain judiciaire, les juges nationaux<sup>54</sup> et la Commission invitant tour à tour la Cour de justice à prendre position sur ou à sanctionner les violations des exigences de l'Etat de droit en particulier en Pologne. La Cour de justice rendra plusieurs décisions majeures sanctionnant la Pologne en 2019, l'une sur l'indépendance de la Cour suprême<sup>55</sup>, l'autre sur la réforme des juridictions de droit commun<sup>56</sup>. De même, dans l'affaire *A.K. / Krajowa Rada Sadownictwa* relative à la création d'une nouvelle chambre disciplinaire au sein de la Cour suprême polonaise, elle donnera au juge de renvoi polonais les moyens de sanctionner ce mécanisme jugé contraire au principe d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire<sup>57</sup>. La Cour de justice a été invitée par les juges nationaux également à prendre position sur l'incidence de certaines défaillances généralisées en matière d'indépendance du pouvoir judiciaire pour la confiance mutuelle sur

---

<sup>51</sup> Conclusions du Conseil sur les droits fondamentaux et l'Etat de droit et sur le rapport 2012 de la Commission sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, réunion du Conseil Justice et Affaires intérieures, Luxembourg, 6-7 juin 2013, partie c.

<sup>52</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit, COM (2014) 158 final

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> CJUE, GC, 19 novembre 2019, *A.K. / Krajowa Rada Sadownictwa*, affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18; CJUE, 25 juillet 2018, C216/18, LM;

<sup>55</sup> CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18

<sup>56</sup> CJUE, GC, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, C-192/18

<sup>57</sup> CJUE, GC, 19 novembre 2019, *A.K. / Krajowa Rada Sadownictwa*, affaires jointes C-585/18. Cependant, le Gouvernement polonais n'a pas supprimé la Chambre disciplinaire. Celle-ci est toujours en activité. Aussi, la Commission a initié une procédure de recours en manquement contre la Pologne le 23 janvier 2020 à ce sujet. Le 8 avril 2020, la CJUE a rendu une ordonnance dans laquelle elle fait droit à la demande de mesures provisoires de la Commission (Ordonnance de la CJUE, C-791/19 R, *Commission c. Pologne*, 8 avril 2020)

laquelle se fondent les instruments adoptés dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>58</sup>. Le respect de l'Etat de droit est l'affaire de tous les Etats membres qui, s'ils n'ont pas confiance dans le respect des droits fondamentaux et du système judiciaire par un autre Etat membre, ne sauraient donner effet aux décisions adoptées par cet Etat ou y renvoyer une personne<sup>59</sup>.

C'est dans ce contexte spécifique que la Cour de justice a été amenée à définir plus précisément les contours de modèle d'Etat de droit que l'Union européenne entend imposer ses Etats membres.

#### 4. La standardisation européenne de l'Etat de droit

La standardisation européenne de l'Etat de droit résulte tout à la fois du droit Conseil de l'Europe que du droit de l'Union. La Commission de Venise a proposé une standardisation des critères l'Etat de droit<sup>60</sup>, reprise par la Commission européenne<sup>61</sup>, et a rendu différents avis sur la situation de l'Etat de droit en Pologne<sup>61</sup> et en Hongrie<sup>62</sup>. La Cour EDH a de son côté contribué à la protection européenne de l'Etat de droit<sup>63</sup>. Si l'on s'en tient au seul droit de l'Union, c'est la Cour de justice qui est venue, par touches successives, dessiner les contours d'un modèle européen commun de l'Etat de droit dans et de l'Union : progressivement, au nom de l'application effective du droit de l'Union et du droit à une protection juridictionnelle effective des sujets du droit de l'Union, la Cour de justice est venue saisir les structures nationales de l'Etat de droit. Ce standard européen de l'Etat de droit s'articule autour des principes de justice, de légalité et de séparation des pouvoirs.

##### 4.1. Le droit au juge

Fondamentalement, l'eupéanisation de l'Etat de droit national répond à la nécessité de garantir l'effectivité du droit de l'Union par le juge<sup>64</sup>. Elle se traduit par l'eupéanisation du droit à un recours juridictionnel effectif, considéré comme le pilier de l'Etat de droit. Cette exigence s'impose tout autant

<sup>58</sup> CJUE, 25 juillet 2018, C216/18, LM

<sup>59</sup> S. Platon, «Le respect de l'Etat de droit dans l'Union européenne: la Cour de justice à la rescousse?», in E. Carpano et M-L Basilien Gainche (dir.), Quel Etat de droit dans une Europe en crise, n° spécial, RDLF 2019 chron. n°36, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/>

<sup>60</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, «Liste des critères de l'Etat de droit», CDL-AD (2016)007,

<sup>61</sup> Avis de la Commission de Venise n° 904/2017, du 11 décembre 2017, sur le projet de loi portant modification de la loi sur le Conseil national de justice, sur le projet de loi portant modification de la loi sur la Cour suprême, proposés par le Président de la République de Pologne, et sur la loi sur l'organisation des tribunaux ordinaires ; et avis de la Commission de Venise n° 892/2017, du 11 décembre 2017, sur la loi relative au ministère public; Avis sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel de Pologne.

<sup>62</sup> Par exemple, 943/2018 - Hongrie - Loi sur l'entrée en vigueur de la loi sur les cours administratives et quelques mesures transitoires; 919/2018 - Hongrie - Avis sur la compatibilité du projet de paquet législatif «Stop Soros» du Gouvernement hongrois avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

<sup>63</sup> C. de Romainville, «La protection de l'Etat de droit par la Convention européenne des droits de l'homme- La Cour européenne et l'exigence de légalité», in E. Carpano et M-L Basilien Gainche (dir.), Quel Etat de droit dans une Europe en crise, n° spécial, RDLF 2019 chron. n°36, <http://www.revuedlf.com/cedh/la-protection-de-letat-de-droit-par-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme-la-cour-europeenne-et-lexigence-de-legalite/>.

<sup>64</sup> J. Rideau, «Le droit au juge: conquête et instrument de l'Etat de droit», in J. RIDEAU (dir.), Le droit au juge dans l'Union européenne, LGDJ, Paris, 1998, sp. 3.



aux Etats membres qu'à l'Union elle-même. Elle est la garantie que les droits issus du droit de l'Union seront effectivement protégés dans un système où la complétude des voies de droit repose d'abord sur le juge national, juge européen de droit commun. Il en résulte plusieurs conséquences.

En premier lieu, le principe de l'Etat de droit et la complétude des voies de recours (« *ni les institutions, ni les Etats membres ne sauraient échapper au contrôle de la légalité de ses actes* ») impliquent que les individus doivent pouvoir « *contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union* »<sup>65</sup>. A cet égard, le droit à un recours juridictionnel effectif exige que les Etats mettent en place des voies de recours pour assurer le respect des dispositions du droit de l'Union<sup>66</sup>. Dans ce cadre, en application du principe de coopération loyale, le juge national doit, dans toute la mesure du possible, interpréter et appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux requérants de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte de l'Union de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier<sup>67</sup>. Par exemple, la Cour a pu considérer que même en l'absence de disposition nationale prévoyant un contrôle juridictionnel de la légalité d'une décision administrative ordonnant le placement en rétention de demandeurs de protection internationale ou de ressortissants de pays tiers dont la demande d'asile a été rejetée, le juge national doit se déclarer compétent pour se prononcer sur la légalité d'un tel placement en rétention ; mieux le droit de l'Union habilite cette juridiction à libérer immédiatement les personnes concernées s'il estime que ce placement constitue une rétention contraire au droit de l'Union<sup>68</sup>. Cette affaire confirme que pour la Cour, « *l'existence d'un contrôle juridictionnel est inhérente à l'existence d'un Etat de droit* »<sup>69</sup>. Cette obligation de mettre en place ces voies de recours et, par extension d'interpréter ces modalités de manière à favoriser leur effectivité, « *concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE* »<sup>70</sup> et vaut dans « *tous les domaines couverts par le droit de l'Union* »<sup>71</sup>.

Il en résulte en second lieu que la Cour de justice se reconnaît compétente pour contrôler également le bon fonctionnement du système judiciaire national quand bien même l'organisation de la justice dans les États membres relève de la compétence des Etats membres dès lors que celle-ci est susceptible

<sup>65</sup> CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 31.

<sup>66</sup> CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 95.

<sup>67</sup> UPA, § 42.

<sup>68</sup> CJUE, 20 mai 2020, *FMS e.a.*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU

<sup>69</sup> CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, ECLI:EU:C:2008:488, aff. jointes C-428 à 434/06, point 80; CJUE, Gde ch., 19 juillet 2016, *H / Conseil et Commission*, aff. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, point 41; CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 95; CJUE, 21 décembre 2016, *Club Hotel Loutraki e.a. / Commission*, aff. C-131/15 P, ECLI:EU:C:2016:989, point 49; CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 36.

<sup>70</sup> CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117pt 32

<sup>71</sup> Ibid. pt. 32

d'affecter les conditions de la mise en œuvre du droit de l'Union<sup>72</sup>. C'est à ce titre que la Cour de justice s'est reconnue compétente pour contrôler le respect du principe de l'Etat de droit en Pologne : dès lors que les juridictions nationales sont amenées à garantir le respect du droit de l'Union, toute remise en cause du système juridictionnel affecte l'ensemble du système de l'Union. Pour que le droit au juge soit garanti, le justiciable doit pouvoir accéder à un bon juge, à savoir un juge indépendant et impartial. Dans l'affaire *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la Cour a ainsi rappelé que « la garantie d'indépendance, qui est inhérente à la mission de juger (...) s'impose non seulement au niveau de l'Union, pour les juges de l'Union et les avocats généraux de la Cour, ainsi que le prévoit l'article 19, paragraphe 2, troisième alinéa, TUE, mais également au niveau des États membres, pour les juridictions nationales »<sup>73</sup>. Dans l'affaire *LM*, la Cour de justice précise que cette garantie d'indépendance est une composante de l'Etat de droit : « l'exigence d'indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment, de la valeur de l'État de droit »<sup>74</sup>. C'est donc sur ce fondement que la Cour de justice va sanctionner la réforme de la Cour suprême polonaise (*Sąd Najwyższy*)<sup>75</sup> et des juridictions de droit commun<sup>76</sup> eu égard notamment à l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges et au pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif de prolongation de l'activité des juges. Cette exigence d'indépendance des juridictions, tant à l'égard des pouvoirs législatif qu'exécutif est l'expression du principe de la séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un Etat de droit<sup>77</sup>.

D'une manière plus générale, c'est l'ensemble de la fonction juridictionnelle nationale qui a été revalorisée et renforcée par le droit de l'Union (à l'instar du droit de la CEDH) participant ainsi à une redéfinition des figures de l'Etat de droit. La Cour de justice s'est appuyée dès l'origine sur les juridictions nationales notamment dans le cadre du renvoi préjudiciel en engageant un dialogue avec elles et en valorisant leur office de juge européen de droit commun. C'est cet office européen du juge national qui caractérise le mieux ce qu'est l'Etat de droit intégré. En tant qu'organe de l'Etat investi d'une fonction européenne (fonction de justice), il exerce une fonction juridictionnelle européanisée, dans le cadre d'un procès national lui-même de plus en plus européanisé, disposant le cas échéant de pouvoirs juridictionnels européens spécifiques qui ont un effet de débordement sur l'office du juge et les garanties accordées aux justiciables dans un Etat de droit. Dans ce cadre, le juge national doit

<sup>72</sup> CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18, §52.

<sup>73</sup> Ibid, pt. 42

<sup>74</sup> CJUE, Grde Ch., 25 juillet 2018, *LM*, C-216/18 PPU Point 48.

<sup>75</sup> CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18

<sup>76</sup> CJUE, GC, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, C-192/18

<sup>77</sup> CJUE, 20 mai 2020, *FMS e.a.*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU §

disposer de la plénitude de ses compétences<sup>78</sup>. Cette jurisprudence conduit à une extension du contrôle juridictionnel national à l'égard des actes législatifs, exécutifs, y compris les actes de gouvernement<sup>79</sup>. Le juge voit ses pouvoirs juridictionnels renforcés au nom de l'effectivité du droit de l'Union notamment en matière de protection juridictionnelle provisoire<sup>80</sup>. Il se voit ainsi investi de pouvoirs plus étendus lui permettant de rendre plus effective la protection des droits des sujets du droit de l'Union.

## 4.2. La légalité

Il est habituel de voir dans le principe de légalité le fondement de l'Etat de droit en ce qu'il limite le pouvoir des autorités publiques<sup>81</sup>. En cela, il est la « *pièce maîtresse de l'architecture juridique et politique dans les pays se réclamant du libéralisme. Il signifie tout d'abord que le droit se présente sous la forme d'un ordre structuré et hiérarchisé, comportant des niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres [...]. Mais le principe de légalité implique aussi, et plus généralement l'assujettissement de la puissance d'Etat : l'activité des divers organes de l'Etat va se trouver encadrée et régie par le droit ; ayant besoin d'un titre juridique pour agir, ils sont soumis à un ensemble de règles, qui s'imposent à eux de façon contraignante et constitue tout à la fois le fondement, le cadre et les limites de leur action* »<sup>82</sup>. Le respect de la légalité est ainsi une garantie tout à la fois contre l'arbitraire des pouvoirs publics et l'effectivité de l'ordre juridique. Cette double dimension de la légalité est confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice qui fait de légalité (*Rechtsstaatlichkeit/ rule of law*) un principe constitutif de l'Etat de droit au point de se confondre avec lui<sup>83</sup>.

Elle signifie d'abord que « *les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal* »<sup>84</sup>. Mais la Cour en a aussi une conception plus fonctionnelle conçue comme un instrument de l'effectivité du droit de l'Union. La Cour a rappelé ainsi que dans un Etat de droit, l'action des autorités publiques bénéficie d'une présomption de légalité<sup>85</sup>. Au terme de l'arrêt *Granaria*, ce principe de légalité implique notamment l'obligation pour tous les sujets du droit de l'Union « *de reconnaître la pleine efficacité des règlements tant que leur non-validité n'a pas été établie* »<sup>86</sup>.

<sup>78</sup> CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, ECLI: ECLI:EU:C:1978:49.

<sup>79</sup> CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-loire*, RFDA, 2000, p. 59, concl. F. Lamy, AJDA, 2000.

<sup>80</sup> Par exemple, CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, Rec. I-2433; CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Südderithmarschen*, aff. C-143/88 et C-92/89, Rec. I-415; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, aff. 465 et 466/93, Rec. I-3799; CJCE, 17 juillet 1997, *Krüger*, aff. C-334/95, Rec. I-4517.

<sup>81</sup> S. Flogaitis, «La notion de principe de légalité», EPLR/REDP, 1998, p. 654; J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 219; J. Chevallier, «La dimension symbolique du principe de légalité», RDP, sp. 1651.

<sup>82</sup> J. Chevallier, *op.cit.*, sp. 165.

<sup>83</sup> *Granaria* précité, pt. 5.

<sup>84</sup> CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. 46/87 et 227/88, Rec. 2859.

<sup>85</sup> CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, aff. C-103/97, ECLI:EU:C:1999:52, point 24; CJCE, 28 octobre 2004, *Commission / Portugal*, aff. C-185/02, ECLI:EU:C:2004:668, point 26.

<sup>86</sup> *Granaria* précité, pt. 5.

Cette exigence du respect de la légalité dans un Etat de droit a été rappelée de manière explicite dans l'affaire de la forêt *Bialowieża* : « le fait de faire respecter par un État membre les mesures provisoires adoptées par le juge des référés, en prévoyant l'imposition d'une astreinte en cas de non-respect de celles-ci, vise à garantir l'application effective du droit de l'Union, laquelle est inhérente à la valeur de l'État de droit consacrée à l'article 2 TUE et sur laquelle l'Union est fondée »<sup>87</sup>.

Le droit de l'Union européenne contribue également à une reconfiguration de l'Etat de droit national par la transformation de la légalité qu'il opère. Son impact est double. En premier lieu, le droit de l'Union a accéléré la démonétisation de la loi, formelle et parlementaire, qui continuait de sous-tendre une certaine conception de l'Etat de droit, à savoir l'Etat légal comme il pouvait prévaloir au Royaume-Uni, au Danemark, aux Pays-Bas et bien entendu en France. Celle-ci est désormais concurrencée par et subordonnée au droit de l'Union, la loi inconstitutionnelle pouvant même engager la responsabilité de l'Etat<sup>88</sup>. Il y a là un changement manifeste de paradigme. En second lieu, le droit de l'Union européenne a renforcé les exigences de légalité / juridicité par l'élargissement de son champ et de sa modulation. La Cour européenne des droits de l'homme<sup>89</sup> comme certaines cours constitutionnelles déduisent du principe de légalité dans un Etat de droit les principes de sécurité juridique<sup>90</sup>, de non rétroactivité des lois-pénales<sup>91</sup>, de publicité des lois<sup>92</sup>, de confiance légitime<sup>93</sup> ou encore de proportionnalité<sup>94</sup>. Ces principes sont consacrés en droit de l'Union mais ne sont pas expressément ancrés dans le principe de l'Etat de droit. Ils ne s'en imposent pas moins aux Etats membres et contribuent à configurer un modèle européenisé de l'Etat de droit, un Etat de droit *de* l'Union. C'est donc par le prisme des principes généraux du droit qui expriment les « exigences de la conscience juridique du temps et [...] celles de l'Etat de droit »<sup>95</sup> que la légalité peut se trouver substantiellement enrichie par le droit européen<sup>96</sup>. On pense ici en particulier à l'influence directe ou indirecte de certains principes généraux

<sup>87</sup> CJUE, Gde ch., ord, 27 novembre 2017, *Commission / Pologne*, aff. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, point 102.

<sup>88</sup> CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, C-46/93 et C-48/93, Rec. I-1029

<sup>89</sup> La Cour EDH relie par exemple, le principe de prééminence du droit (rule of law) aux principes de prévisibilité du droit et de sécurité juridique (Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, Série A, n°30).

<sup>90</sup> Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 7, 92; 10, 331, 22, 239; 35, 47; 49, 164; Tribunal constitutionnel portugais, n°9/84 du 1<sup>er</sup> février 1984, DR, p. 283; CC hongrois, décision n°9/1992, du 28 décembre 1992

<sup>91</sup> CC allemande, BVerfGE 13, 261; CC tchèque, décision, IV. US, 215/94, du 8 juin 1995, EECR, 1997, vol 4, n°1, p 27-33; Tribunal polonais, 15 septembre 1998, AIJC, 1998, p. 906; Tribunal constitutionnel Polonais, TC n°9/84 du 1<sup>er</sup> février 1984, DR, p. 283.

<sup>92</sup> BVerfGE, 65, 283

<sup>93</sup> BVerfGE 30, 403. Voir O. Pfersmann, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », RFDA, 2000, p. 243.; TC polonais, 4 janvier 1999, AIJC, 1999, p. 854

<sup>94</sup> BVerfGE, 19, 342.; Tribunal constitutionnel portugais, n°282/86 du 21 octobre 1986, DR I, p. 207.

<sup>95</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 95

<sup>96</sup> J-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, Paris, 2003, pp.140-335.

du droit de l'Union comme le principe de sécurité juridique<sup>97</sup> ou de proportionnalité<sup>98</sup> qui constituent des principes régulateur et modérateur du modèle européen de l'Etat de droit<sup>99</sup>. Elargie et enrichie, la légalité, pierre angulaire de l'Etat de droit, est ainsi redessinée par le droit de l'Union européenne.

### 4.3. La séparation des pouvoirs

De manière plus discrète, la Cour de justice a inscrit également la séparation des pouvoirs dans la définition du standard européen de l'Etat de droit<sup>100</sup>. Il s'agit d'un retour à l'origine même du libéralisme politique tel que l'incarne l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme. Si la Cour a reconnu que « *le principe de la séparation des pouvoirs régissant les relations entre les différentes institutions de l'Union caractérise le fonctionnement de cette dernière en tant qu'Union de droit* »<sup>101</sup>, la séparation des pouvoirs est essentiellement conçue dans une perspective juridictionnelle comme une garantie de l'indépendance de la justice, notamment au sein des Etats membres. Un Etat membre peut être à la fois législateur, administrateur et juge « pour autant que ces fonctions sont exercées dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un Etat de droit »<sup>102</sup> de telle sorte que le recours en responsabilité contre un Etat membre pour violation du droit de l'Union peut être introduit devant ses juridictions sans que le droit au juge garanti par le principe de l'Etat de droit ne soit remis en cause. De même, dans les affaires *Kovalkovas* et *Krzysztof Marek Poltorak* la Cour rappelle que le pouvoir judiciaire doit être distingué « *conformément au principe de séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un Etat de droit, du pouvoir exécutif. Ainsi, les autorités judiciaires s'entendent traditionnellement comme les autorités participant à l'administration de la justice, à la différence, notamment, des ministères ou des autres organes gouvernementaux, qui relèvent du pouvoir exécutif* »<sup>103</sup>. La Cour de justice est sur la même ligne que la Commission de Venise<sup>104</sup> et la Cour EDH<sup>105</sup>. Ce sont des inquiétudes tenant à l'indépendance des juges et à la séparation des

<sup>97</sup> F. Chaltiel, « La sécurité juridique », in J-B Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010 p. 579

<sup>98</sup> B. Bertrand et J. Sirinelli, « La proportionnalité », in J-B Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010 p.623

<sup>99</sup> E. Carpano, *Etat de droit et droit européen*, précité, pp. 355-421.

<sup>100</sup> D. SIMON, « Etat de droit et compétences de l'Union européenne », V. HEUZE et J. HUER (dir.), *Construction européenne et Etat de droit*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2012, p. 21.

<sup>101</sup> CJUE, ord., 18 avril 2013 *Germannwings*, aff. C-413/11, ECLI:EU:C:2013:246, point 18

<sup>102</sup> CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, point 58

<sup>103</sup> CJUE, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, aff. 477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861 point 36

<sup>104</sup> Liste des critères de l'Etat de droit, «74. La justice doit être indépendante. L'indépendance signifie qu'elle n'est soumise à aucune pression extérieure ni à aucune influence ou manipulation politique, surtout émanant de l'exécutif. Cette exigence fait partie intégrante du principe démocratique fondamental de la séparation des pouvoirs. Le juge doit échapper à toute influence ou manipulation politique».

<sup>105</sup> Par exemple, Cour EDH, GC, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, Req. n°20261/12, §164-165.



pouvoirs qui ont conduit également la Commission européenne à adopter sa proposition motivée à l'encontre de la Pologne<sup>106</sup>.

## 5. Conclusion

L'intégration européenne est une intégration par le droit qui a réorienté la réalisation de l'Etat de droit vers son propre dessein. Il constitue un socle de valeurs mais surtout un instrument de l'intégration, intégration libérale tant dans sa nature que de son objet. Le respect de l'Etat de droit est non seulement une condition d'une mise en œuvre effective du droit de l'UE mais aussi la garantie du fonctionnement d'un marché sans entrave<sup>107</sup>. La Commission européenne ne dit pas autre chose : « *Son respect est une condition indispensable non seulement à la protection de toutes les valeurs fondamentales visées à l'article 2 du TUE, mais aussi au respect de l'ensemble des droits et obligations découlant des traités et du droit international. La confiance de tous les citoyens de l'Union et des autorités nationales dans les systèmes juridiques de tous les autres États membres est capitale pour que l'UE dans son ensemble fonctionne comme «un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures» (...). C'est pourquoi l'Union a tout intérêt à préserver et à renforcer l'état de droit sur l'ensemble de son territoire* »<sup>108</sup>. Il n'est pas anodin que l'UE ait décidé de sanctionner la Hongrie pour non-respect du principe de l'Etat de droit plutôt que pour violation du principe démocratique tout aussi affecté par la politique illibérale menée depuis 2011 en Hongrie. Au fond, cette modélisation européenne de l'Etat de droit révèle, par-delà le discours légitimant des valeurs, les modalités de réalisation du projet européen : domestiquer la puissance de l'Etat (membre), par le marché et le droit, au nom de l'intégration.

---

<sup>106</sup> Voir points 171 à 186 de l'exposé des motifs de la proposition motivée de la Commission. Le 3 avril 2019, la Commission a introduit une nouvelle procédure d'infraction en adressant à la Pologne une lettre de mise en demeure concernant le nouveau régime disciplinaire pour les juges (*communiqué de presse*, IP/19/1957)

<sup>107</sup> B.Z. Tamanha, « The dark side of the relationship between the rule of law and liberalism », *NYU Journal of Law and Liberty*, 2008, p. 516-547.

<sup>108</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit, COM (2014) 158 final, p. 2.



# Staaten- o Verfassungs-Verbund? Appunti su alcune “immagini” del BVerfG e sulle relative implicazioni territoriali\*

di **Alessandra Di Martino**

Professore associato di Diritto pubblico comparato  
Sapienza - Università di Roma

**Abstract [It]:** L'articolo analizza la genealogia e il significato della formula *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, impiegata dal Tribunale costituzionale tedesco nella giurisprudenza recente e, da ultimo, nella sentenza sul PSPP, indagandone le implicazioni spaziali. In particolare, la interpreta come una sintesi di *Staatenverbund*, *Verfassungsverbund* e *Verfassungsgerichtsverbund*, mostrando la tensione tra territorialità democratica e mercato, universalismo e particolarismo dei diritti.

**Abstract [En]:** The article analyses the genealogy and meaning of the phrase *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, used by the German Constitutional Tribunal in recent case-law and, lately, in the PSPP judgment. It also examines its spatial implications. In particular, the essay reads the expression as a synthesis of *Staatenverbund*, *Verfassungsverbund* and *Verfassungsgerichtsverbund*, showing the inner tension between democratic territoriality and market, universality and particularity of rights.

**Sommario:** 1. Premessa. 2. Intorno a *Maastricht*: lo *Staatenverbund* tra “pluriverso” degli stati e mercato. Il *Verfassungsverbund*, come “unione di costituzioni parziali” e “costituzionalismo multilivello”. 3. *Lissabon*: territorio dello stato come spazio politico primario ed esclusione di uno stato federale europeo. 4. Il *Verfassungsgerichtsverbund* e la giurisprudenza più recente: compromesso lessicale e continuità giurisprudenziale. 5. Conclusione.

## 1. Premessa

Nell'ultima importante sentenza sull'Europa, relativa al programma PSPP della Banca centrale e nella quale ha per la prima volta dichiarato *ultra vires* alcuni atti dell'Unione<sup>1</sup>, il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)

---

\*Articolo sottoposto a referaggio. Questo contributo costituisce il testo, rivisto, della relazione svolta al seminario “Territorio e territori nell'Unione europea”, tenutosi il 18 giugno 2020 e organizzato dall'Università di Torino nell'ambito del PRIN 2017, *Where is Europe Going?*

<sup>1</sup> Segnatamente la sentenza della Corte di Giustizia sul programma PSPP della Banca centrale e, condizionatamente, il programma stesso: cfr. BVerfG, 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020 (*PSPP II*). Tra i moltissimi commenti mi limito a richiamare F.C. MAYER, *Der ultra-vires-Akt*, in *JZ*, 2020, pp. 725 ss.; A. HARATSCH, *Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer – Ein europäisches Drama*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2109, pp. 843 ss., entrambi molto critici; F. SCHORKOPF, *Wer wandelt die Verfassung?*, in *JZ*, 2020, pp. 734 ss., favorevole alla decisione. Nella dottrina italiana v. almeno, da prospettive e con valutazioni differenti, B. CARAVITA - M. CONDINANZI - A. MORRONE - A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in questa *Rivista*, 14/2020; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, *ivi*; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia liberale*, in *DPCE online*, 2/2020, pp. 2869 ss.; O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, *ivi*, pp. 2741 ss.; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE*, *ivi*, pp. 2857 ss.; M. ESPOSITO, *L'Unione europea: dal miraggio della federazione a fini perequativi al consolidamento*

ha fatto ricorso alla formula dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*<sup>2</sup>. Si tratta di un'espressione di non immediata intelligibilità, suscettibile finanche di complicare il quadro concettuale di riferimento<sup>3</sup>, come del resto dimostrano le difficoltà incontrate nella sua traduzione. Nella versione inglese della decisione, rilasciata dallo stesso BVerfG, si parla di una Unione “*based on the multilevel cooperation of sovereign states, constitutions, administrations and courts*”, formula ripresa nella traduzione italiana del comunicato stampa<sup>4</sup>. Simili scarti semantici si erano riscontrati già nelle sentenze precedenti: ad esempio il concetto di *Staatenverbund*, di cui la sentenza *Lissabon* ha dato una definizione più articolata, è stato reso, nella traduzione ufficiale inglese, con “*association of sovereign states*” e in italiano con “ente di collegamento tra stati” o con “unione di stati”<sup>5</sup>. Oggi la locuzione “associazione di stati” mi sembra preferibile.

Per lo studioso o la studiosa comparatista, i problemi di traduzione sono del resto una spia dei caratteri specifici delle culture costituzionali in cui determinate espressioni hanno origine. Può accadere che alcuni concetti appaiano intraducibili, poiché la trasposizione in un'altra lingua ne farebbe perdere il significato più profondo. Una percezione di intraducibilità può tuttavia stimolare l'interesse per una determinata nozione e spingere a tradurla. In ogni caso è importante, una volta avviata la pratica della traduzione – e quindi della mediazione linguistica e culturale –, cercare di mantenere fede al senso assunto dal concetto in questione nel contesto originario, evitando al contempo di ingenerare confusione e fraintendimenti nell'uditorio al quale la traduzione è destinata<sup>6</sup>.

Per comprendere il significato della formula *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund* occorre considerare il ruolo che la *Staatstheorie* ha giocato nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco sull'Europa a partire dalla sentenza *Maastricht*. Qui le Comunità europee e la

---

dell'egemonia dei “più uguali”, ivi, pp. 2753 ss.; A. GUAZZAROTTI, “Neutralità va cercando, ch'è sì cara”! Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicità dei programmi di quantitative easing della BCE, ivi, pp. 2811 ss.; P. FARAGUNA, Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?), in *Forum Quad. Cost. Rass.*, 2/2020; F. SAIITTO, “Tanto peggio per i fatti”. Sipario sulla Presidenza Voßkuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht, in *dirittocomparati.it* (7 maggio 2020). Per una lettura alla luce di alcune caratteristiche della cultura costituzionale e della tradizione economica tedesca si v., se si vuole, A. DI MARTINO, Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica, in corso di pubblicazione su *Costituzionalismo.it*.

<sup>2</sup> BVerfG, 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020 (*PSPP II*), Rn. 111.

<sup>3</sup> Sono condivisibili i rilievi di B. CARAVITA - M. CONDINANZI - A. MORRONE - A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata*, cit., iii ss. (par. 2).

<sup>4</sup> La traduzione inglese ufficiale è reperibile sul sito *bundesverfassungsgericht.de* (il passaggio è ancora al pt. 111). La traduzione italiana delle massime della sentenza è disponibile su questa *Rivista*, a cura di A. Caravita; in essa (p. 4) ci si riferisce alla «natura dell'Unione europea, che si basa sulla cooperazione multilivello tra stati, costituzioni, amministrazioni e corti» (gli stati non sono qualificati come “sovrani”).

<sup>5</sup> Cfr. rispettivamente la traduzione delle massime della decisione, curata da J. Luther, e la ricostruzione della sentenza, da parte di chi scrive, entrambe in *Giur. cost.*, 2009, pp. 5147 ss.

<sup>6</sup> Sul rapporto tra comparazione e traduzione v., tra gli altri, R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 7. ed., Milano, 2019, pp. 25 ss.; A. VESPAZIANI, *Comparazione e traduzione: dalla letteratura al diritto*, in *Riv. do curso de direito da USFM*, 2016, pp. 1161 ss. (reperibile in *ufsm.br/revistadireito*); S. GLANERT (ed.), *Comparative Law – Engaging Translation*, Oxon New York, 2014; B. POZZO - M. TIMOTEO (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008, pp. XXV ss.

futura Unione europea sono state definite uno *Staatenverbund*<sup>7</sup>. Nella pronuncia *Lissabon* il concetto è stato ulteriormente sviluppato<sup>8</sup>, mentre nella decisione sull'identità costituzionale/mandato d'arresto II compare la lunga espressione dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*<sup>9</sup>. Quest'ultima è stata ripresa nella sentenza sulle *Outright monetary transactions*<sup>10</sup> e, da ultimo, in quella recentissima sul programma PSPP.

Che i giudici del *Bundesverfassungsgericht* abbiano fatto ricorso a una “teoria dello stato”, elevandola a chiave argomentativa di alcune decisioni è stato sostenuto da diversi studiosi<sup>11</sup> e riconosciuto anche dal Presidente uscente del Tribunale Andreas Voßkuhle. Questi, pur negando che il *Bundesverfassungsgericht* si riconosca come istituzione in una *Staatstheorie* piuttosto che in un'altra, e pur collegando le motivazioni delle pronunce a concrete questioni da risolvere, con determinati vincoli processuali e specifiche norme da interpretare, ha ammesso che il filone giurisprudenziale sull'integrazione europea si presta a essere letto attraverso determinate “immagini” (*Bilder* o *Leitbilder*) dello stato, rilevanti sul piano ermeneutico<sup>12</sup>. E invero tali immagini, che a volte diventano vere e proprie metafore<sup>13</sup>, sono il portato di percezioni della “realtà costituzionale” condivise da un pubblico più vasto e formulate con linguaggio normativo, e spesso presentano una contiguità con principi etico-filosofici. Ciò spiega come mai esse riescano a rendere visibili le precomprensioni dei giudici e al contempo ne indirizzino l'interpretazione<sup>14</sup>. Di qui l'interesse a comprendere le origini e il significato delle “immagini” impiegate dal BVerfG per inquadrare il processo di integrazione europea, e dunque i rapporti tra l'Unione e gli stati membri.

In questo contributo cercherò di mettere a fuoco i passaggi che hanno portato il Tribunale costituzionale a concentrarsi sull'immagine dello *Staatenverbund*, per poi estenderla allo *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, provando altresì a illustrare le relative implicazioni spaziali: se e come tali immagini evocano l'idea di federazione, implicano il territorio dello stato, suggeriscano un rapporto (e quale) con gli spazi funzionali dell'Unione, anzitutto quello del mercato, e con la dimensione universalistica dei diritti fondamentali.

<sup>7</sup> BVerfGE 89, 155, pp. 183 ss. (*Maastricht* – 1993) e massime nn. 2 e 8.

<sup>8</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009 (*Lissabon*), Rn. 229 e massima n. 1.

<sup>9</sup> BVerfG, 2 BvR 2735/14, del 15 dicembre 2015 (*Identitätskontrolle/Eur. Haftbefehl II*), Rn. 44.

<sup>10</sup> BVerfG, 2 BvR/13, del 21 giugno 2016 (*OMT II*), Rn. 140.

<sup>11</sup> Cfr. gli autori richiamati nei paragrafi 2 e 3.

<sup>12</sup> A. VOßKUHLE, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht*, in ID. - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen*, Berlin, 2013, pp. 376 ss.

<sup>13</sup> Tale ad esempio quella del *Verfassungsverbund* (letteralmente, “associazione di costituzioni”, meno vicina al testo “unione di costituzioni parziali”), tradotta più frequentemente in “*multilevel constitutionalism*” e “costituzionalismo multilivello”, cfr. par. 2. In altra sede (cfr. *supra*, nt. 1) ho guardato alla metafora della “comunità di stabilità”, connessa all'immagine dello *Staatenverbund*.

<sup>14</sup> Cfr. U. VOLKMAN, *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung*, in *AöR*, 2009, pp. 168 ss.; P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl., Berlin, 2008. Valorizza i *Bilder* nell'ambito del metodo comparativo P. RIDOLA, *Unità e particolarismo nell'esperienza giuridica europea* (2016), in ID., *Esperienza, costituzioni, storia*, Napoli, 2019, p. 20.

Nell'affrontare tale percorso muoverò dalla consapevolezza di una rinnovata attenzione per la statualità presso una parte della dottrina giuspubblicistica tedesca<sup>15</sup>. Un'attenzione siffatta si rinviene a ben vedere fin dall'elaborazione della Legge fondamentale, quando lo stato è stato percepito come un presidio di stabilità e argine rassicurante rispetto alle derive provenienti dalla società tipiche dell'età weimariana. Essa si è tuttavia ravvivata a partire dagli anni ottanta, trovando visibilità scientifica nella pubblicazione dell'*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, e in maniera ancora crescente nell'ultimo decennio, a causa dell'intrecciarsi di una serie di fenomeni che hanno sollecitato a vedere nello stato l'orizzonte ideale e lo strumento organizzativo per rispondere a sfide epocali: la crisi dello stato sociale, la riunificazione, l'individualizzazione dei comportamenti sociali, i flussi migratori, la polarizzazione dello spettro politico, la messa in questione della compattezza del sistema dei valori del *Grundgesetz*, l'esposizione a processi di integrazione sovranazionale e di globalizzazione percepiti come difficilmente controllabili<sup>16</sup>.

## **2. Maastricht: lo *Staatenverbund* tra “pluriverso” degli stati e mercato. Il *Verfassungsverbund* come “unione di costituzioni parziali” e “costituzionalismo multilivello”**

L'immagine dello *Staatenverbund* è utilizzata per la prima volta dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza *Maastricht*. Qui il ricorso a una determinata concezione della statualità ha giocato un ruolo determinante nell'argomentazione dei giudici<sup>17</sup>: nel valutare conforme al *Grundgesetz* la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato sull'Unione europea, comprensiva dell'istituzione dell'Unione monetaria, i giudici si sono basati sull'idea che l'integrazione sovranazionale non avesse dato vita a un *Bundesstaat* (stato federale) europeo, ma a uno *Staatenverbund* (associazione di stati)<sup>18</sup>, a sua volta distinto

---

<sup>15</sup> Sulle divisioni tra la scuola schmittiana e la scuola smendiana intorno ai temi dello stato e della costituzione v. per tutti F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Deziision und Integration (1949-1970)*, München, 2004.

<sup>16</sup> Sull'importanza giocata dal tema della statualità v. P. RIDOLA, *Le suggestioni e l'influenza della Costituzione di Weimar sul Grundgesetz del 1949*, relazione al Convegno tenutosi il 13 e 14 giugno 2019 all'Università Bocconi di Milano, dal titolo 2019: *La Germania tra integrazione europea e sovranismo. Le sfide del costituzionalismo tedesco a 100 anni dalla Costituzione di Weimar e a 70 dalla Legge fondamentale*, in corso di stampa. Nella dottrina tedesca cfr. A. VOBKUHLE - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, cit.; U. SCHLIESKY (hrsg.), *Gespräche über den Staat*, München, 2017; E. JESSE (hrsg.), *Reinassance des Staates*, Baden-Baden, 2011; J. ISENSEE, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, in O. DEPENHEUER - C. GRABENWARTER (hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, pp. 199 ss., pp. 199 ss.; C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan*, Frankfurt a.M., 2008, pp. 59 ss.; R. LHOTTA, *Der Staat als Wille und Vorstellung: die etatistische Reinassance nach Maastricht und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Staat und Bundesstaat*, in *Der Staat*, 1997, pp. 189 ss. Per una lettura critica dell'*Handbuch des deutschen Staatsrechts* nell'ambito del panorama costituzionalistico tedesco v. H. SCHULZE-FIELITZ, *Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz* (1999), in ID., *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Tübingen, 2013, pp. 255 ss.

<sup>17</sup> Sul tema, in generale e con riferimento ai limiti dell'integrazione europea, v. ampiamente C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen, 2011. Sull'uso, in questa giurisprudenza del BVerfG, dell'argomento statualistico in funzione di stabilizzazione e orientamento cfr., fra gli altri, O. LEPSIUS, *Funktion und Wandel von Staatsverständnissen*, in A. VOBKUHLE - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, cit., pp. 44 ss.

<sup>18</sup> BVerfGE 89, 155, pp. 181 ss.

teoricamente dallo *Staatenbund* (confederazione di stati) e collocabile in un punto intermedio tra le due tradizionali figure dogmatiche elaborate dalla dottrina dello *Staatsrecht*.

Nello *Staatenverbund* i soggetti costitutivi sono gli stati membri e i rispettivi popoli: sono loro, attraverso i parlamenti nazionali, e segnatamente tramite l'approvazione della legge contenente l'ordine di esecuzione al trattato e i meccanismi interni della responsabilità politica, a trasmettere all'ente associativo la legittimazione democratica necessaria. I giudici hanno quindi accolto, tra i diversi modelli attraverso i quali leggere il processo di integrazione, quello prevalentemente incentrato sugli stati o intergovernativo, accantonando sia quello funzionalista sia quello federalista<sup>19</sup>. Le implicazioni di tale ricostruzione sono note: una svalutazione delle istituzioni sovranazionali e soprattutto del Parlamento europeo quale fonte di legittimazione. A quest'ultimo spetta infatti un ruolo secondario, conforme all'assenza di un popolo europeo ivi rappresentato. Inoltre, poiché sono i popoli degli stati i principali attori del circuito democratico, presso il *Bundestag* devono rimanere compiti di carattere sostanziale, e ciò pone limiti a competenze e poteri che si possono trasferire alla sede europea, pena la realizzazione di fatto di una *Entstaatlichung*<sup>20</sup>.

Il contenuto della decisione è stato in buona parte influenzato dalle posizioni teoriche del suo relatore, Paul Kirchhof, e da quelle di un altro influente membro del secondo Senato del BVerfG, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Si tratta tuttavia di personalità con itinerari intellettuali diversi. Il primo è un giuspubblicista tributarista, sensibile agli interessi della proprietà e vicino a posizioni ordoliberali, chiamato ad occuparsi, nella divisione dei compiti interni al Tribunale, dei rapporti tra la Repubblica tedesca e le Comunità europee, dopo aver sostituito il giudice internazionalista Helmut Steinberger. Per quanto concerne la teoria dello stato, Kirchhof fa propria la tradizione organicistica della giuspubblicistica tedesca, condivide l'impostazione di fondo dell'*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, del quale è co-curatore, accoglie infine alcuni elementi della riflessione di Carl Schmitt<sup>21</sup>. Böckenförde è un costituzionalista con profondi studi storici e filosofici, cattolico e socialdemocratico, appartenente a

<sup>19</sup> Per tutti P. RIDOLA, *Il principio democratico fra stati nazionali e Unione europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pp. 313 ss.; A. VON KOMOROWSKI, *Demokratieprinzip und Europäische Union*, Berlin, 2010, Teil V.

<sup>20</sup> BVerfGE 89, 155, pp. 184 ss.

<sup>21</sup> Cfr. T. OPPERMAN, *Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, in P. BADURA - H. DREIER (hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, pp. 454 ss.; R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht und Europa*, Baden-Baden, 2020, 8. Aufl., pp. 62 ss., anche per un confronto con Böckenförde. Tra i testi di Kirchhof sui temi che qui interessano è fondamentale P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in ID. - J. ISENSEE (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, Heidelberg, 1992, § 183 (855 ss.), in buona parte ripubblicato come ID., *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, in J. ISENSEE (hrsg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlin, 1993, pp. 63 ss. Tra i primi lavori per l'*Handbuch* v. ID., *Die Identität der Verfassung in ihrem unabänderlichen Inhalten*, in ID. - J. ISENSEE (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, Heidelberg, Müller, 1987, § 19 (pp. 775 ss.). Per una rappresentazione recente del suo pensiero v. ID., *Das Maß der Gerechtigkeit. Bringt unser Land wieder in Gleichgewicht!*, ebook, München, 2009. T. OPPERMAN, *Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, cit., p. 455, fa riferimento all'appartenenza di Kirchhof a cerchie familiari e culturali del cattolicesimo sociale; a me sembra parimenti innegabile l'influenza delle correnti ordoliberali: rimando, se si vuole, ad A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires*, cit., par. 4 ss.



quella che, nella Germania del dopoguerra, è stata definita la scuola schmittiana, ma anche estimatore del pensiero di Hermann Heller<sup>22</sup>. Anche Böckenförde partecipa, fin dall'inizio, alla redazione di importanti contributi per l'*Handbuch des deutschen Staatsrechts*<sup>23</sup>.

Riconoscere l'apporto di queste due figure – in un collegio che opera verso la ricerca di soluzioni condivise pur dopo l'introduzione delle opinioni separate<sup>24</sup> – può essere utile per cogliere meglio la portata di alcune critiche sollevate da una parte della dottrina verso il *Maastricht-Urteil*. Tali critiche si sono appuntate in primo luogo nei confronti del carattere di esclusività con cui si è guardato ai popoli nazionali come veicoli della legittimazione democratica, soprattutto perché si è insistito sul criterio dell'omogeneità. Si tratta, a ben vedere, di una discussione non solo di interesse comune allo spazio pubblico europeo, ma anche peculiare al contesto tedesco, dove il concetto di omogeneità del popolo risveglia il ricordo degli eccessi del nazionalismo e delle persecuzioni naziste<sup>25</sup>.

In un passaggio molto discusso della sentenza, in cui viene citato il saggio di Hermann Heller “Democrazia politica e omogeneità sociale”, il Tribunale afferma:

Gli stati necessitano di ambiti materiali propri sufficientemente significativi, intorno ai quali ciascun popolo può trovare uno sviluppo e un'articolazione, attraverso un processo di formazione della volontà politica, da esso stesso legittimato e indirizzato, al fine di dare espressione giuridica a ciò che di spirituale, sociale e politico – in maniera relativamente omogenea – lo unisce<sup>26</sup>.

Diversi commentatori hanno letto negativamente questo periodo, sostenendo che la citazione helleriana servisse in realtà a coprire una più profonda convinzione schmittiana del collegio<sup>27</sup>. Essendo, cioè, Schmitt un autore ancora molto controverso e non potendo in quanto tale essere espressamente menzionato, i giudici ne avrebbero sposato alcuni postulati teorici, nascondendoli tuttavia dietro il più

---

<sup>22</sup> Su Böckenförde la bibliografia è già piuttosto ampia. Mi limito a richiamare R. MEHRING - M. OTTO (hrsg.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis*, Baden-Baden, 2014, e l'intervista rilasciata a D. GOSEWINKEL, “Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung”. *Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in E.W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, Berlin, 2011, pp. 307 ss. e *supra*, nt. 15.

<sup>23</sup> Cfr. in particolare E.W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in P. KIRCHHOF - J. ISENSEE (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, cit., § 22, (pp. 887 ss.). Sullo stato come presupposto della costituzione v. in particolare J. ISENSEE, *Staat und Verfassung*, ivi, § 13 (pp. 591 ss.) e più recentemente ID., *Die Staatlichkeit der Verfassung*, cit.

<sup>24</sup> Cfr. U. KRANENPOHL, *Hinter dem Schleier. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, 2010.

<sup>25</sup> Nel lessico costituzionale italiano tale concetto è già meno sospetto: mi limito a ricordare che esso è stato utilizzato da Costantino Mortati – anch'egli influenzato dai costituzionalisti weimariani – come chiave di lettura per l'analisi comparativa delle forme di governo: cfr. C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973.

<sup>26</sup> BVerfGE 89, 155, p. 186.

<sup>27</sup> Cfr. tra gli altri I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, in *AöR*, 1995, pp. 103 ss.; R. LHOTTA, *Der Staat als Wille und Vorstellung*, cit., p. 206; più recentemente R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht und Europa*, cit., pp. 45 ss.; H. SAUER, *Von Weimar nach Lissabon? Zur Aktualität der Methoden- und Richtungsstreits der Weimarer Staatsrechtslehre bei der Bewältigung von Europäisierung und Internationalisierung des öffentlichen Rechts*, in U.J. SCHRÖDER, A. VON UNGERN-STERNBERG (hrsg.), *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, Tübingen, 2011, pp. 243-244.



spendibile nome di Heller. Gli assunti schmittiani riguarderebbero l'omogeneità del popolo quale presupposto necessario della democrazia, un'omogeneità intesa come uniformità e riconducibile ancor prima alla nazione, con implicazioni prevalentemente identitarie, anti-pluralistiche ed escludenti. Tale concezione trova espressione nelle riflessioni schmittiane sul parlamentarismo, sulla democrazia e sulla teoria del *Bund*, la quale pure si muove al di là dell'antinomia, propria dello *Staatsrecht* guglielmino, tra *Bundesstaat* e *Staatenbund*<sup>28</sup>. Qui l'omogeneità è bensì il requisito che evita la posizione del conflitto esistenziale tra il *Bund* e i suoi membri, in una situazione in cui la sovranità è collocata in uno stato di sospensione, ma l'omogeneità democratica produce nel popolo una spinta più livellante rispetto all'omogeneità federale, tanto da tramutare il *Bund* in uno stato sostanzialmente unitario<sup>29</sup>.

Quello che si rimprovera ai giudici è, in sostanza, la sovrapposizione tra il concetto di omogeneità, quello di popolo e quello di nazione, concepito quest'ultimo alla stregua di criteri prevalentemente biologici o comunque in senso lato culturali, una sovrapposizione che avrebbe impedito di valorizzare le peculiarità del progetto europeo. Tali peculiarità consistono proprio nella coesistenza, nella cooperazione e nell'integrazione di nazioni e popoli con tradizioni culturali e politiche differenti.

E, tuttavia, pur essendovi alcune assonanze tra la ricostruzione del Tribunale e la teoria schmittiana, non può a mio avviso negarsi una più autentica influenza helleriana, tramite la mediazione di Böckenförde. Nel saggio citato più in alto, Heller parla della «omogeneità sociale» come di un requisito indispensabile a impedire la disgregazione di comunità già percorse da conflitti tra classi sociali e portatrici di interessi contrapposti. Si tratta, in altre parole, di un *Wir-Bewußtsein* («coscienza del 'noi'»), condiviso dai membri di un medesimo corpo politico anche se appartenenti a gruppi tra loro antagonisti, una consapevolezza tale da costituire la base affinché scontri politici e sociali anche aspri possano svolgersi con un certo *fair play*, garantendo alle minoranze di oggi la possibilità di diventare un domani la maggioranza<sup>30</sup>. Nella visione di Heller l'omogeneità sociale, anche «relativa» e accompagnata dall'«omogeneità civile» e da quella «politica», è volta soprattutto ad assicurare un riequilibrio delle condizioni economiche tra le classi. I destinatari del suo appello sono quindi soprattutto i membri della borghesia, invitati a espandere il proprio *Wir-Bewußtsein* fino ad accogliere le legittime aspirazioni del proletariato, pena l'incapacità del sistema democratico-rappresentativo a mediare il conflitto e la

<sup>28</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 9. Aufl., Berlin, 2003 [prima ed. 1928], pp. 204 ss., 231 ss., 370 ss.

<sup>29</sup> È il «*Bundesstaat* senza struttura federale»: ivi, pp. 388 ss. Per una corretta valorizzazione dell'idea di una sovranità in stato di sospensione, propria del *Bund* schmittiano, e di una soluzione delle tensioni sul piano politico e non giurisdizionale, ai fini di un inquadramento del conflitto tra pretesa unilaterale di originarietà da parte degli stati membri e rivendicazione di autonomia da parte dell'Unione v. R. WAHL, *Die Schwebelage im Verhältnis von europäischer Union und Mitgliedstaaten. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *Der Staat*, 2009, pp. 587 ss.

<sup>30</sup> H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, ed. orig. *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in ID., *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1933)*, tr. it. a cura di U. Pomarici, Napoli, 1998, pp. 13 ss.

probabile deriva verso la dittatura<sup>31</sup>. Per il costituzionalista weimariano, del resto, lo stato come «unità di decisione e di azione» è il frutto dell'organizzazione della molteplicità, e in particolare delle forze pluralistiche della società, e non un dato preesistente da queste minacciato, come invece avveniva nella ricostruzione di Schmitt, con il quale peraltro Heller condivide la dimensione nazionale come cornice principale dello spazio politico<sup>32</sup>.

Böckenförde riprende molti spunti dalla riflessione helleriana, a cominciare dalla «relativa omogeneità sociale» quale presupposto della democrazia, laddove l'aggettivo «relativa» intende stemperare alcuni assolutismi legati alla concezione schmittiana. L'autore insiste bensì su caratteri pre-giuridici come la lingua, la cultura, la nazione politica, senza tuttavia dimenticare l'attenzione affinché non si producano eccessivi divari sul fronte economico-sociale, pena la tenuta democratica della società<sup>33</sup>. Negli scritti successivi alla sentenza *Maastricht*, questo elemento è sottolineato nuovamente dall'autore, alla luce della prevalenza di un'integrazione di tipo negativo a livello europeo<sup>34</sup>. Conformemente a una rilettura di Schmitt in senso liberale, Böckenförde valorizza il nesso tra libertà individuale e autonomia collettiva e l'idea che la democrazia si realizzi nella sua forma rappresentativa. Per converso, la legittimazione democratica riguarda la riconduzione al popolo dell'origine, della titolarità e dell'esercizio del potere statale, non toccando invece i profili della democratizzazione della società<sup>35</sup>.

Nella trattazione di Kirchhof gli accenti sono in parte diversi: da un lato perché gli spunti schmittiani sono accompagnati da molti riferimenti all'entità pre-esistente dello stato, a sua volta formata, in una prospettiva organicistica, dall'insieme di nazione, lingua, religione, cultura e anche economia. Su quest'ultimo punto la posizione di Kirchhof appare distante da quella di Böckenförde: egli sottolinea l'importanza del mercato comune, il cui soggetto, da lui stesso indentificato con l'*homo oeconomicus*, agisce secondo una specifica razionalità, volta a massimizzare i guadagni, mentre le istituzioni dello stato sociale ricoprono un ruolo tendenzialmente sussidiario<sup>36</sup>. Nella sua ricostruzione il mercato senza confini interni si sposa perfettamente con un diritto comune e con il «pluriverso» degli stati (un'altra

---

<sup>31</sup> Ivi, pp. 21 ss. V. anche ID., *Staatslehre*, 6. rev. Aufl., Tübingen, 1983, [prima ed. 1934], pp. 206, 261 (sulla «relativa omogeneità»), 276. Sulla concezione helleriana della omogeneità sociale v. M. HENKEL, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie*, Tübingen, 2011, pp. 304 ss.

<sup>32</sup> Ivi, p. 317. Sullo stato come *organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit* v. H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 259 ss. Sulla differenza di impostazione tra i due autori cfr. per tutti, nell'ambito del variegato contesto weimariano, P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2016, pp. 66 ss. 77 ss.

<sup>33</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, cit., pp. 926 ss., spec. 929 ss.

<sup>34</sup> ID., *Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung* (1997), in ID., *Staat Nation Europa*, Suhrkamp, 1999, pp. 103 ss.

<sup>35</sup> ID., *Demokratie als Verfassungsprinzip*, cit., pp. 888 ss. Per una valorizzazione di questa impostazione v. D. LÜDDECKE, *Gegenstrebige Fügungen der Demokratie. Überlegungen zum historisch-institutionellen und ordo-sozialliberalen Demokratieverständnis Ernst-Wolfgang Böckenfördes* in R. MEHRING - M. OTTO (hrsg.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates*, cit., pp. 119 ss.

<sup>36</sup> P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 865 ss.

espressione usata da Schmitt<sup>37</sup>), trovando una felice composizione proprio nell'immagine dello *Staatenverbund*<sup>38</sup>. Quest'ultimo a sua volta è presidiato da una serie di limiti normativi al processo di integrazione, consistenti nel divieto di perdere elementi che fattualmente connotano la statualità<sup>39</sup>. Come gli ordoliberali, Kirchhof appare in un primo momento diffidente rispetto all'istituzione dell'Unione monetaria, in ragione delle diversità storiche e soprattutto dei divari produttivi tra gli stati membri, tanto che nel contributo per l'*Handbuch* la politica monetaria risulta ancora rientrare nella sfera delle competenze statali<sup>40</sup>. Ma finisce anche lui con l'accettarla, facendo leva sui criteri di convergenza e sugli effetti disciplinanti che il mercato di capitali – il quale introduce la dimensione di uno spazio globale – esercita sulle economie nazionali<sup>41</sup>.

Da una diversa prospettiva, l'argomentazione del Tribunale nella sentenza *Maastricht* è stata criticata nell'ottica di una teoria del federalismo, poiché avrebbe contrapposto in maniera troppo semplificata, riproducendo le antinomie della dogmatica statualistica del tardo XIX secolo, lo *Staatenverbund* al *Bundesstaat*, ignorando la varietà delle tipologie con cui concretamente gli assetti federali si configurano. Avrebbe poi fatto propria un'idea di *Bundesstaat* che, applicata alla Repubblica federale tedesca, sarebbe stata suscettibile di ridimensionare fortemente il ruolo dei *Länder*<sup>42</sup>. Da un punto di vista più generale, è stato inoltre osservato che non può darsi piena corrispondenza tra le categorie astratte e le prassi degli assetti federativi, essendo le prime fisse e le seconde sperimentali e dinamiche (così è stato anche per il *Reich* guglielmino). Inoltre, l'elaborazione del concetto di *Staatenverbund* per distinguerlo da quello di *Staatenbund*, percepito come vecchio e superato ma con il quale il primo condivide molti tratti, avrebbe lo svantaggio proprio delle costruzioni *sui generis*, e cioè di sottrarsi a un articolato confronto comparativo<sup>43</sup>.

Se il Tribunale costituzionale ha canonizzato lo *Staatenverbund* a modello interpretativo del processo di integrazione, immettendolo nel parametro di costituzionalità, una parte della dottrina ha quindi provato a ragionare con formule differenti, tra cui quelle delle «costituzioni parziali» (*Teilverfassungen*), del «federalismo sovranazionale» (*supranationaler Föderalismus*) e dell'«associazione di costituzioni», o anche «unione di costituzioni parziali» (*Verfassungsverbund*)<sup>44</sup>. Quest'ultima espressione, che ha riscosso

<sup>37</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 363.

<sup>38</sup> P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 873, 875, 879 ss.

<sup>39</sup> Per alcune incongruenze di questa argomentazione v. C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, cit., pp. 376 ss.

<sup>40</sup> P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., p. 861.

<sup>41</sup> BVerfGE 89, 155, pp. 199 ss. Per ulteriori considerazioni rimando, se si vuole, ad A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires*, par. 4 e 5.

<sup>42</sup> R. LHOTTA, *Der Staat als Wille und Vorstellung*, cit., pp. 189 ss.

<sup>43</sup> S. OETER, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme*, in *ZaöRV*, 2015, pp. 733 ss.

<sup>44</sup> V. rispettivamente A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden, 1999; P. HÄBERLE - M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden, 2016, pp. 314 ss.; I. PERNICE, *Bestandsicherung der Verfassung. Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. BIEBER

notevole successo presso molti studiosi tedeschi, fa riferimento a un intreccio materiale, istituzionale e funzionale, tra le costituzioni nazionali e il diritto primario dell'Unione. Ad elaborarla è stato Ingolf Pernice, appartenente alla scuola häberliana, a sua volta collocabile nell'alveo di quella smendiana, dalle quali ha ripreso alcune idee di fondo: che sia la costituzione, e non lo stato, il punto di partenza per le riflessioni dei costituzionalisti («es gibt nur so viel Staat, wie die *Verfassung* konstituiert» è un concetto ripetuto frequentemente da Häberle); che l'integrazione sia un processo dinamico e dal fine aperto sotteso alle organizzazioni federali; che la democrazia non sia esclusivamente legata al popolo dello stato ma dipenda dall'esercizio dei diritti di partecipazione dei singoli cittadini<sup>45</sup>.

È con riguardo al concetto di *Verfassungsverbund* che i problemi di traduzione sono stati più evidenti: dovendo rendere questa espressione in lingua inglese, i suoi autori hanno scelto di tradurla con «costituzionalismo multilivello» (*multilevel constitutionalism*)<sup>46</sup>, adoperando una locuzione, più lontana dalla lettera originale, che genera la metafora di “livelli” di governo sovrapposti. Al di là delle buone intenzioni di chi la ha formulata, è stato osservato come tale metafora possa ingenerare degli equivoci, delineando l'immagine di una struttura a più piani, con un livello più alto (quello europeo) superiore rispetto a quelli nazionali, finanche costituzionali<sup>47</sup>. Se queste preoccupazioni possono trovare un appiglio in alcuni scritti dello stesso Pernice, dove effettivamente sembra che il diritto europeo sia destinato comunque a prevalere, mi sembra che il dibattito degli ultimi anni si sia dimostrato consapevole di rischi siffatti e abbia anzi col tempo accentuato il carattere pluralistico del *Verfassungsverbund*<sup>48</sup>.

Nell'inquadramento della sentenza *Maastricht* occorre, a ogni modo, rilevare un dato storico, e cioè che il *Bundesverfassungsgericht* ha fatto ricorso al *topos* argomentativo della statualità in un momento in cui la Germania aveva appena riconquistato la propria unità. Lasciando da parte le modalità in cui la riunificazione è avvenuta (senza attivazione dell'art. 146 GG) e le ripercussioni sofferte dai cittadini dei *Länder* orientali (non sempre adeguatamente tematizzate dai giuristi), è chiaro come al termine di questo processo sia stato di nuovo possibile per il Tribunale riferirsi, non senza un certo orgoglio, allo stato tedesco nella sua interezza e all'autodeterminazione del suo popolo, utilizzando risorse

---

ET AL. (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, 1995, pp. 261 ss.; ID., *Europäisches und Nationales Verfassungsrecht*, in VVDStRL 60, Berlin, 2001, pp. 148 ss., nonché la recente e molto ampia raccolta di scritti ID., *Der europäische Verfassungsverbund*, Baden-Baden, 2020, in cui sono contenuti anche i lavori menzionati nel presente contributo.

<sup>45</sup> La formula tra virgolette è di Adolf Arnd. Riletta alla luce del pensiero di Smend, è citata spesso da Häberle e, riprendendo questi, da Pernice. Cfr. ad es. P. HÄBERLE, *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, in *KritVJ*, 1995, p. 300. Con riguardo anche agli altri punti richiamati nel testo, v. I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, cit., pp. 113 ss., e i lavori di questo autore richiamati alla nt. precedente. In una prospettiva che muove dalla statualità, J. ISENSEE, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, cit., pp. 224, 235, 239 ss., è stato critico sia verso la formula di Arnd sia verso il concetto di *Verfassungsverbund*, ritenuti entrambi sintomo di «olismo costituzionale».

<sup>46</sup> Cfr. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *E.L. Rev.*, 2002, pp. 511 ss.

<sup>47</sup> Cfr. gli stessi P. HÄBERLE - M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, cit., pp. 310 ss.

<sup>48</sup> Cfr. *infra*, par. 4.

argomentative rimaste nascoste – comprensibilmente – nei primi decenni del secondo dopoguerra, quando la Germania era divisa e il paese bisognoso di ribadire le limitazioni alla propria sovranità per potersi aprire all’ordinamento internazionale ed esservi di nuovo ammesso come un membro credibile, impegnato nell’attuare i valori<sup>49</sup>.

Di questa particolare situazione storica, e della costellazione geopolitica che l’accompagna, è consapevole lo stesso Kirchhof, il quale nel contributo per l’*Handbuch* sottolinea la specifica posizione in cui si trova la Germania all’inizio degli anni novanta del XX secolo: da una parte membro delle Comunità europee, dall’altra paese chiave della *Mitteleuropa*. Kirchhof formula il problema nei termini di un’alternativa tra l’approfondimento dell’integrazione sovranazionale – un’evoluzione che invero non escludeva allora l’opzione federale tra i dodici stati membri – e un assetto che avrebbe consentito l’ingresso dei paesi dell’Europa centro-orientale, verso i quali la Germania avvertiva una specifica responsabilità, evitando così l’ampliamento del divario politico, economico e sociale tra questi paesi e gli stati (già) membri<sup>50</sup>. Alla luce di tali premesse, il modello dello *Staatenverbund* traduce con una formula di teoria dello stato la seconda alternativa politica, e il rigetto del *Bundesstaat* sembra meno un arroccamento difensivo dietro rigide posizioni astratte quanto la pragmatica difesa dello *status quo* rispetto ad affrettate fughe in avanti, la cui realizzazione era peraltro percepita all’epoca come meno improbabile di quanto non appaia adesso. La stessa pronuncia *Maastricht* aveva lasciato prudentemente aperto l’interrogativo in ordine a eventuali sbocchi federalisti, affermando che l’oggetto del giudizio non ricomprendeva anche la questione «se la Legge fondamentale permett[esse] o viet[asse] una partecipazione della Germania a uno stato [federale] europeo»<sup>51</sup>.

### **3. Lissabon: spazio politico primario ed esclusione di uno stato federale europeo**

La domanda circa una possibile evoluzione dell’Unione in *Bundesstaat* riceve invece una risposta negativa nella sentenza sul Trattato di Lisbona del 2009. Qui il Tribunale riafferma la costruzione dello *Staatenverbund*, con un significato non più solo descrittivo ma anche prescrittivo<sup>52</sup>. Ai sensi della costituzione tedesca e della sua “clausola di eternità” (art. 79, comma 3 GG), infatti, il passaggio verso uno stato federale europeo richiederebbe l’esercizio di un nuovo potere costituente, che si collocherebbe al di fuori della costituzione vigente. Una deliberazione in tal senso del popolo tedesco,

---

<sup>49</sup> Tra gli altri e da diverse angolature v. A. VOBKUHLE, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 375; O. LEPSIUS, *Funktion und Wandel von Staatsverständnissen*, cit., p. 39; P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 861 ss.; P. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach*, in *AöR*, 2016, p. 126.

<sup>50</sup> P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 856-858.

<sup>51</sup> BVerfGE 89, 155, (p. 188).

<sup>52</sup> D. THYM, *Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *Der Staat*, 2009, p. 561.



peraltro, non sarebbe da sola sufficiente a legittimare la transizione<sup>53</sup>, essendo necessario il concorso degli altri popoli europei. È evidente che, in questa decisione, un certo tipo di *Staatstheorie* arriva a comporre buona parte del parametro di costituzionalità, prima e più delle norme costituzionali pertinenti e della loro articolazione dogmatica, a cominciare dall'art. 23 GG nella sua interezza<sup>54</sup>. Ne consegue un «vicolo cieco» per quanto riguarda lo sviluppo della democrazia a livello sovranazionale: gli assetti dell'Unione sono compatibili con la Legge fondamentale fintanto che essi rispecchiano l'immagine dello *Staatenverbund*, essendo qui il principio democratico osservato tramite la catena di legittimazione che riconduce ai parlamenti nazionali, mentre un rafforzamento delle istituzioni democratico-rappresentative nell'UE, che andasse nella direzione di uno stato federale europeo, sarebbe inammissibile alla luce del *Grundgesetz*<sup>55</sup>.

Altri passaggi della sentenza hanno fatto di nuovo discutere per l'uso di una *Staatstheorie* che denota una scarsa sensibilità del Tribunale per la varietà dei modelli di democrazia e di federalismo: in particolare, si è fatto riferimento ai passaggi della decisione che enfatizzano la mancata osservanza del principio di uguaglianza del voto nella composizione del Parlamento europeo, in ragione del criterio della rappresentanza degressivamente proporzionale e quindi di una notevole sovrarappresentazione dei paesi più piccoli, insieme a quelli che fanno coincidere il funzionamento del principio democratico con il principio maggioritario, accompagnato da un'alternanza dei partiti al governo. Si tratta di elementi che notoriamente mancano sul piano sovranazionale<sup>56</sup>. Un'impostazione siffatta è stata successivamente ribadita dal *Bundesverfassungsgericht* nelle decisioni sull'incostituzionalità della soglia di sbarramento nelle leggi elettorali per il Parlamento europeo, motivata anche dalla diversità strutturale tra le dinamiche di governo nazionali e quelle europee, laddove le prime sono caratterizzate da una contrapposizione più netta tra i partiti e sono proiettate verso la formazione di governi stabili, mentre un'analoga esigenza di funzionalità sarebbe assente nelle seconde, prevalendo la conclusione di accordi trasversali tra forze politiche anche molto diverse<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn., 226, 263-4.

<sup>54</sup> Insiste particolarmente sul punto M. JESTAEDT, *Warum in die Ferne schweifen, wenn der Masstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen and das Lisbon-Urteil des BVerfG*, in *Der Staat*, 2009, pp. 497 ss. Tra gli altri cfr. anche C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 2009, pp. 551 ss.

<sup>55</sup> D. THYM, *Europäische Integration*, cit., pp. 576 ss.; M. JESTAEDT, *Warum in die Ferne schweifen*, cit., p. 515; C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot*, cit., pp. 556-557.

<sup>56</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 208 ss., 269 ss., 276 ss.

<sup>57</sup> BVerfG, 2 BvC 4/10, del 9 novembre 2011, e 2 BvE 2/13, del 26 febbraio 2014, su cui v., da diverse prospettive, M. MORLOK, *Chancengleichheit ernst genommen – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Fünf-Prozent Klausel bei Europawahl*, in *JZ*, 2012, pp. 76 ss.; C. SCHÖNBERGER, *Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent Klausel bei der Wahl zum Europäische Parlament*, ivi, pp. 80 ss.; V.M. HAUG, *Muss wirklich jeder ins Europäische Parlament? Kritische Anmerkungen zur Sperrklausel-Rechtsprechung aus Karlsruhe*, in *ZParl*, 2014, pp. 467 ss.; G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello stato costituzionale europeo*, Napoli, 2019, pp. 245 ss.



Con riguardo a tali schemi utilizzati dai giudici, è stato notato come essi abbiano fortemente svalutato alcuni elementi propri delle esperienze federali, a cominciare dal ruolo delle seconde camere, rappresentative degli stati: alcune di esse, tra cui quella statunitense e quella svizzera, sono composte sulla base del principio di parità degli stati, che dunque trova espressione nelle federazioni non meno che nelle organizzazioni internazionali. Ancora, il principio federale può incidere nella formazione della prima camera, rappresentativa del popolo, imponendo un numero minimo di seggi per alcuni stati. Infine, i giudici hanno preso a modello del principio democratico uno schema maggioritario di tipo Westminster, con un bipartitismo piuttosto rigido, che forse trova una compiuta realizzazione soltanto in Inghilterra (e anche qui non senza eccezioni), mentre in numerosi paesi, a cominciare dalla Germania, esso è contaminato dalla presenza di elementi propri delle democrazie consensuali: leggi elettorali proporzionali, quadro partitico eterogeneo, governi di coalizione<sup>58</sup>.

Se questi rilievi sono indubbiamente pertinenti, occorre nondimeno contestualizzare la decisione alla luce delle vicende e del dibattito teorico di quegli anni: era trascorso più di quindicennio dalla sentenza *Maastricht*, la riunificazione era stata assorbita dall'intero paese, seppure con qualche trauma, l'Unione monetaria era stata avviata, così come il processo di allargamento dell'Unione europea a Est. Quest'ultimo, com'è noto, avrebbe dovuto compiersi insieme al riconoscimento di un vero e proprio *status* costituzionale dell'Unione, al quale erano preordinati, all'inizio degli anni duemila, la Convenzione europea e il Trattato costituzionale. Questo passo, tuttavia, non si è compiuto e il Trattato di Lisbona, nell'incorporare molti dei contenuti del Trattato costituzionale, ha espunto quelli che, sul piano simbolico, più immediatamente sollevavano paralleli con le costituzioni nazionali. Parallelamente, su un raggio internazionale largo, caduto il muro di Berlino e formatosi un consenso intorno a principi in parte liberal-democratici e in parte neo-liberali, e intensificatesi la circolazione e gli scambi transfrontalieri, si sono consolidate le cd. istituzioni della globalizzazione<sup>59</sup>, con evidenti ricadute sul piano interno. Tutto ciò spiega come mai, a partire dalla seconda metà degli anni novanta, la dottrina – anche e soprattutto quella tedesca – ha dedicato molte energie allo studio delle opportunità e dei limiti relativi a un'estensione del costituzionalismo oltre lo stato, e quindi a una diffusione, al di là dei confini dell'Unione, dei temi del costituzionalismo multilivello<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot*, cit., pp. 542 ss.; C.D. CLASSEN, *Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokustebett?*, in *JZ*, 2009, pp. 882 ss. Occorre peraltro notare che il BVerfG si riferisce anche all'Unione come «*Verbund* federale» (Rn. 368) e alla «*politische Verfassungsheit*» (Rn. 227) dell'Europa: cfr., stemperando in alcuni punti il giudizio in buona parte negativo sulla decisione, P. HÄBERLE, *Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinemde Maastricht-II-Entscheidung*, in *JöR*, 2010, pp. 317 ss.).

<sup>59</sup> Cfr. per tutti M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

<sup>60</sup> Cfr., tra i molti e con diversi accenti, O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München, 1999; A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, 2001; EAD., *Le constitutionnalisme global: crise ou consolidation?*, in *Jus Politicum*, 2018, pp. 59 ss.; A. VON BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2006, pp. 223 ss.; H. SAUER, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Berlin, 2008; C.

All'interno di questi studi si trova anche un lavoro di Udo di Fabio, poi giudice del *Bundesverfassungsgericht* e relatore della sentenza Lisbona, che appare particolarmente significativo ai fini del discorso che si sta conducendo. Si tratta del volume “Das Recht offener Staaten”, pubblicato nel 1998, in cui l'autore, prendendo le mosse dalla statualità moderna e indentificata quest'ultima con una «sovranità definita dal punto di vista territoriale», si chiede se e come le relative conquiste, in termini di garanzie dello stato di diritto, democrazia e diritti fondamentali, possano essere conservate in un universo di stati in cui il radicamento territoriale è molto più debole. Gli stati contemporanei sono infatti molto più “aperti” alla cooperazione<sup>61</sup>, oltre che alla competizione, vuoi per evitare lo scoppio di altri conflitti armati, vuoi per non essere condannati all'insignificanza economica nella globalizzazione<sup>62</sup>. In particolare, il tema chiave appare quello dell'imputazione della responsabilità in contesti dove l'esercizio del potere si intreccia fittamente su più livelli di governo, in forme difficili da sbrogliare (*entflechten*) e da ricondurre a chiari percorsi di legittimazione<sup>63</sup>.

Con riferimento all'ambito europeo, lo stesso Di Fabio si pone l'alternativa tra l'edificazione di uno stato federale e il consolidamento dello *Staatenverbund*, concludendo a favore della seconda ipotesi. Un *Bundestaat* europeo, infatti, solo apparentemente potrebbe «riprodurre su di un livello territoriale superiore l'armonia del diritto statale», dal momento che i presupposti della statualità verrebbero tesi fino quasi a rompersi: le tradizioni e la lingua verrebbero accomunati solo superficialmente, mentre il Parlamento europeo non riuscirebbe a riaccentrare una funzione di mediazione che è già stata dirottata verso il circuito dei negoziati tra gli esecutivi e/o dispersa nelle frammentazioni proprie della democrazia consensuale<sup>64</sup>. Date queste premesse, sarebbe meglio invece, per l'autore, conservare la struttura dello *Staatenverbund*, laddove «l'idea del *Verbund* sta per un durevole e stretto collegamento [tra gli stati] ai fini di un assolvimento comune dei compiti senza fusione e perdita delle identità» di ciascuno<sup>65</sup>. Lo *Staatenverbund*, in particolare, ha il vantaggio di non dismettere quelle «fonti e risorse di legittimazione ancora forti e difficilmente sostituibili», consolidatesi a livello statale, pur riadattandole alle esigenze di una cooperazione sovranazionale connotata dal ruolo preminente degli accordi tra esecutivi, tramite un potenziamento delle funzioni parlamentari di selezione, indirizzo e controllo. Nella

---

BORSZIES, H. HAHN (hrsg.): *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2010; J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin, 2011; M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrechts*, Mohr, Tübingen, 2011; P. HÄBERLE - M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, cit.

<sup>61</sup> Nella dottrina tedesca, il tipo dello stato costituzionale “aperto” o “cooperativo” è stato elaborato, da prospettive diverse rispetto a quella di Di Fabio, rispettivamente da S. HOBE, *Der offene Verfassungsstaat*, Berlin, 1998 e da P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat* (1978), in ID., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1996, pp. 407 ss.

<sup>62</sup> U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, pp. 1 ss., 97 ss. e *passim*. Cfr. anche ID., *Der Verfassungsstaat in der Welsgesellschaft*, Tübingen, 2001.

<sup>63</sup> U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, cit., pp. 126 ss.

<sup>64</sup> Ivi, p. 98.

<sup>65</sup> Ivi, p. 99.

sua concezione originaria, lo *Staatenverbund* implica comunque che la legittimazione politica sia attribuita «esclusivamente» dai popoli degli stati, passi essa attraverso i parlamenti nazionali o il Parlamento europeo<sup>66</sup>. Se il Trattato di Lisbona ha accolto la formula secondo cui il Parlamento europeo rappresenta i cittadini dell'Unione e non i popoli degli stati membri (artt. 10, comma 2 e 14, comma 2 TUE), il ruolo di quest'organo continua tuttavia nell'immagine dello *Staatenverbund* a rimanere sullo sfondo.

Una ricostruzione siffatta presuppone infine che la sovranità non si sia dissolta e che essa permanga in capo agli stati, per questo ritenuti fin dalla sentenza *Maastricht* i “signori dei Trattati”. Anche se, con il trasferimento di molte competenze all'Unione, le sue manifestazioni sono diventate più rade, la sovranità continua per Di Fabio a rendersi visibile nelle situazioni-limite. Essendo concepita come il «luogo normativo – nel senso di allocato secondo criteri giuridici – del monopolio della forza», essa riappare quando si tratta di definire in ultima istanza il riparto di competenze e di stabilire se recedere o meno dall'Unione<sup>67</sup>.

Se ora si ripercorre la motivazione della sentenza *Lissabon* si ritrovano molti dei profili appena menzionati, a partire da un'insistenza – inusuale rispetto al passato – sulla sovranità statale: essa non solo costituisce il presupposto della costituzione, ma questa è preordinata a garantire quella<sup>68</sup>. Come si è ricordato più in alto, si tratta di un tipo di argomentazione che si inizia ad affermare nel contesto della riunificazione e che nel corso degli anni si rafforza, dopo il parziale superamento delle ritrosie dovute a una possibile confusione tra il concetto di sovranità, il nazionalismo e il totalitarismo<sup>69</sup>. Nella pronuncia il riferimento alla sovranità è duplice: da un lato viene affermata la piena compatibilità con l'apertura all'integrazione europea e internazionale, dall'altra viene rivendicata «l'ultima parola spettante alla costituzione tedesca», intesa a sua volta come il «diritto di un popolo di decidere su questioni fondamentali della propria identità»<sup>70</sup>. Lo *Staatenverbund*, a sua volta, è definito come un'associazione stretta e durevole di stati che restano sovrani, la quale esercita potere pubblico su base pattizia, il cui fondamento è tuttavia soggetto all'esclusiva disposizione degli stati membri e nella quale i

<sup>66</sup> Ivi, pp. 98 ss., 139 ss. (140, 142).

<sup>67</sup> Ivi, pp. 122 ss. (124).

<sup>68</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 216.

<sup>69</sup> *Supra*, nt. 49 e ancora, da diverse prospettive U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, cit., pp. 124-125; J. ISENSEE, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, cit., pp. 225 ss.; D. GRIMM, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, 2009, pp. 99 ss.

<sup>70</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, rispettivamente Rn. 220 ss., Rn. 340. Adesivamente D. GRIMM, *Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union*, in *Der Staat*, 2009, pp. 481 ss.; K.F. GÄRDITZ - C. HILLGRUBER, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG*, in *JZ*, 2009, p. 875. Critici D. THYM, *Europäische Integration*, cit.; P. HÄBERLE, *Das retrospektive Lissabon-Urteil*, cit.

popoli [di questi ultimi] – cioè l'insieme di coloro che hanno la cittadinanza nazionale – rimangono i soggetti della legittimazione democratica<sup>71</sup>.

In un altro passaggio, non meno significativo, i giudici parlano di un «*Verbund* di stati sovrani con spiccati tratti di cooperazione esecutiva e governamentale»<sup>72</sup>.

Nel ribadire la centralità dello stato, la decisione lo identifica attraverso la *Drei-Elementen-Lehre* di Georg Jellinek<sup>73</sup>. I giudici prendono posizione anche sul concetto di territorio, del quale parte della dottrina aveva nel frattempo affermato una sensibile relativizzazione<sup>74</sup>. Nel contesto dell'Unione, una relativizzazione siffatta è avvenuta attraverso la sovrapposizione, al territorio dello stato, di diversi spazi funzionali, tra loro non coincidenti: il mercato interno – definito attraverso le quattro libertà di circolazione –, lo “spazio di libertà sicurezza e giustizia”, l’“area Schengen”, la “zona euro”. A ciò si aggiunge un rafforzamento delle zone regionali, anche transfrontaliere, attraverso le politiche di coesione, e una valorizzazione, almeno sulla carta, del principio di sussidiarietà. L'ambito di applicazione dei Trattati è identificato attraverso la sommatoria degli ambiti territoriali degli stati membri (art. 52 TUE), mentre i confini esterni dell'Unione acquistano un autonomo rilievo. L'effetto complessivo è quello di una «riqualificazione giuridica e, in un certo senso, una degradazione, [dei] confini statali esterni, nella misura in cui essi vengono inquadrati come confini sovranazionali interni»<sup>75</sup>.

Benché tali spazi giuridici, all'interno dell'Unione, riflettano dimensioni di esperienza nuove, che comportano anche opportunità per i singoli e per le comunità territoriali<sup>76</sup>, la percezione dello spazio più autenticamente e concretamente politico rimane quella del territorio nazionale, a causa di una modernità plurisecolare che ha visto coincidere l'ambito dello stato con quello della legittimazione dell'autorità politica, e, più recentemente, con quello degli equilibri socio-economici delle costituzioni

<sup>71</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 229 e massima n. 1.

<sup>72</sup> Ivi, Rn. 262.

<sup>73</sup> Ivi, Rn. 298 ss.

<sup>74</sup> Cfr. se si vuole A. DI MARTINO *Il territorio: dallo stato nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, cit., pp. 292 ss. Nella bibliografia successiva cfr. le relazioni al convegno dei costituzionalisti tedeschi del 2016 di K. SCHMALENBACH e J. BAST, *Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts*, in *VVDStRL* 76, Berlin, 2017, pp. 245 ss. e 277 ss., e di A. KAHL e M. CORNILS, *Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht und Kommunikationsrecht*, ivi, pp. 323 ss. e 391 ss. nonché criticamente J. ISENSEE, *Grenzen. Zur Territorialität des Staates*, Berlin, 2018, pp. 175 ss.

<sup>75</sup> Ivi, p. 176 e *infra*, nt. seguente.

<sup>76</sup> Sia consentito il rinvio ad A. DI MARTINO *Il territorio*, cit., pp. 413 ss. V. ancora G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Riv. AIC*, 3/2017, pp. 21-22, 38 ss.; M. KOTZUR, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa. Der Beitrag von Art. 24 Abs. 1a GG zu einer Lehre vom Kooperativen Verfassungs- und Verwaltungsstaat*, Berlin, 2004; I. CIOLLI, *Le modeles polycentrique de division du territoire national et les transformations en droit constitutionnel*, in *Riv. AIC*, 3/2012, pp. 4 ss. Sulle vocazioni “territoriali” dello spazio europeo v. A.M. POGGI, *Dove va l'Europa al tempo del Covid 19: riflessioni in tema di territorio dell'UE*, in *federalismi.it*, 19/20, pp. 439, 443 ss., nonché EAD., *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, in *Riv. AIC*, 1/2020, pp. 348 ss. (a partire dal concetto di cittadinanza; v. ivi anche le pp. 328 e 324, su territorio e governo politico degli spazi); C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, in *Riv. AIC*, 3/2017, pp. 21 ss.; D.E. TOSI, *Emergenza covid e processo di integrazione europea: alcune riflessioni in ordine alla “questione” del territorio dell'Unione*, in *DPCE online*, 2/2020, pp. 2364 ss.

del secondo dopoguerra e del compromesso keynesiano<sup>77</sup>. È quindi anche per questo che nella sentenza *Lissabon* si sottolinea da un lato la permanenza del territorio statale<sup>78</sup> e dall'altro la formazione di uno spazio «politico [o] democratico primario» a livello nazionale, dove avviene la «conformazione dei rapporti di vita economici, culturali e sociali» grazie a uno spazio pubblico pluralistico in cui il confronto tra le forze sociali e politiche si mantiene vitale<sup>79</sup>. Tale spazio democratico primario può considerarsi anche una riformulazione di quel requisito di «relativa omogeneità» del popolo che era stato contestato – e in parte forse frainteso – nella pronuncia *Maastricht*<sup>80</sup>. Esso sembra altresì coniugare la concezione smendiana del territorio dello stato, che lo considera un elemento di integrazione materiale e prodotto culturale, con quella helleriana, in cui esso appare il presupposto per la creazione di legami comunitari in un contesto di pluralismo conflittuale<sup>81</sup>.

Lo “spazio democratico primario” è poi associato dal *Bundesverfassungsgericht* a una serie di ambiti e compiti dello stato, che per loro natura sarebbero maggiormente inerenti alla comunità politica nazionale: la materia penale e quella penal-processuale, l'uso delle forze armate, il bilancio e la cultura, comprensiva quest'ultima dell'educazione e dell'informazione<sup>82</sup>. Benché non siano mancate critiche con riguardo alla formulazione di tale elenco, poiché si limiterebbe a riprodurre le materie rimaste ancora, in buona parte, nella sfera di competenza degli stati membri e poiché il Tribunale utilizzerebbe per giustificarlo una motivazione storica (con l'evidente ma inevitabile incongruenza dell'assenza della

---

<sup>77</sup> Su questo punto v., da diverse angolature, M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2019, pp. 349 ss. (ivi anche sulla territorialità della *polis* greca); C. GALLI, *Diritto, politica, spazi: l'universale e il particolare nella modernità e nella contemporaneità*, ivi, pp. 335 ss.; G. PRETEROSSO, *Introduzione. L'odissea dello spazio*, ivi, pp. 327 ss.; ID., *Residui, persistenze e illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza & politica*, 2016, pp. 117 ss.; G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., pp. 22 ss., 46 ss. Cfr. altresì M. MANETTI, *Territorio dello stato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, pp. 1 ss. Sul nesso tra territorio e rappresentanza politica v. I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato*, Napoli, 2010. Non tocco qui il tema della politicità delle autonomie territoriali, su cui v. L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Riv. AIC*, 2/2017, pp. 32 ss.; L. RONCHETTI, *Territorio e spazi politici*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2014; B. CARAVITA DI TORITTO, *Territorio degli enti territoriali minori*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1994, pp. 1 ss. Nella dottrina anglosassone è importante il recente lavoro di R. HIRSCHL, A. SHACHAR, *Spatial Statism*, in *ICoN*, 2019, pp. 387 ss.

<sup>78</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 344-345.

<sup>79</sup> Ivi, Rn. 249, 301, 360, 399.

<sup>80</sup> Notano l'assenza di un riferimento all'omogeneità nella sentenza *Lissabon*, tra gli altri, D. THYM, *Europäische Integration*, cit., pp. 581-682; R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, cit., p. 119.

<sup>81</sup> Cfr. rispettivamente R. SMEND, *Verfassungs und Verfassungsrecht* (1928), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 4. Aufl., Berlin, 2010 [prima ed. 1928], pp. 168 ss.; H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 160 ss. Sull'importanza di entrambi gli autori weimariani per una riflessione sul territorio dello stato cfr. L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto*, cit., p. 6; sia altresì consentito il rinvio ad A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, in *Riv. AIC*, 3/2012, p. 8.

<sup>82</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 249, 252 ss.



politica monetaria)<sup>83</sup>, non appare implausibile sostenere una «particolare sensibil[ità]» di tali questioni per la comunità politica nazionale, laddove non vi siano elementi di carattere transfrontaliero<sup>84</sup>.

La sottolineatura dello spazio democratico interno richiama invero l'attenzione su alcuni nodi ancora scoperti del processo di integrazione: come rilevato da Dieter Grimm sulla scorta dei lavori di Fritz Scharpf, essa potrebbe aiutare a correggere, in maniera più efficace di quanto non sia consentito alle istituzioni dell'Unione per ragioni strutturali, gli squilibri, ormai stabilizzatisi, in favore delle libertà economiche di circolazione dei servizi e di stabilimento e a danno delle politiche sociali<sup>85</sup>. In ogni caso, se una correzione di rotta non è immediatamente praticabile, potrà essere utile quantomeno un rafforzamento della discussione democratica intorno a tali questioni.

Ancora, è significativa l'elaborazione, da parte del Tribunale, del principio di *Integrationsverantwortung*, una responsabilità collegata agli organi politici nazionali, in particolare al *Bundestag*, affinché essi vigilino sul rispetto del “programma di integrazione” e riversino al contempo nell'ordinamento europeo il contenuto del principio democratico. In seguito, nella decisione sulle OMT, la *Integrationsverantwortung* è stata concretizzata in più precisi diritti e doveri, nel senso di un rafforzamento complessivo della rappresentanza parlamentare<sup>86</sup>.

#### **4. Il *Verfassungsgerichtsverbund* e la giurisprudenza più recente: compromesso lessicale e continuità giurisprudenziale**

Negli ultimi anni, la formula dello *Staatenverbund* nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale è stata integrata all'interno di quella più ampia dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*<sup>87</sup>. Tale innovazione è l'esito di una mediazione pragmatica tra lo *Staatenverbund* della serie giurisprudenziale *Maastricht-Lissabon* e il *Verfassungsverbund* proposto dagli studiosi più critici

<sup>83</sup> Per una critica, tra gli altri, C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatsverbot*, cit., pp. 554 ss., e già C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, cit., pp. 389 ss. e ivi, pp. XXXV-XXXVI.

<sup>84</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 252. Cfr. K.F. GÄRDITZ - C. HILLGRUBER, *Volksouveränität und Demokratie ernst genommen*, cit., pp. 879 ss.

<sup>85</sup> D. GRIMM, *Über einige Asymmetrien der europäischen Integration*, in ID., *Die Zukunft der Verfassung II*, Frankfurt a.M., 2012, pp. 262 ss.; ID., *Das Grundgesetz als Riegel*, cit., pp. 493-494. Tra i molti lavori di Scharpf che hanno rilevato il problema di una difficile se non impossibile correzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia da parte degli organi dell'Unione, titolari di potestà normativa in complessi intrecci procedurali, v. F.W. SCHARPF, *Das Bundesverfassungsgericht als Hüter demokratischer Selbstgestaltungsfähigkeit?*, in M. STOLLEIS (hrsg.), *Herzammern der Republik. Die deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, 2011, pp. 186 ss.

<sup>86</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 239 ss. e BVerfG, 2 BvR/13, del 21 giugno 2016, Rn. 138, 163 ss. Sul punto v. E. PACHE, *Das Ende der europäischen Integration? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie*, in *EuGRZ*, 2009, pp. 290 ss.; C.D. CLASSEN, *Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokustebett?*, cit., pp. 883 ss.; P. HÄBERLE, *Das retrospektive Lissabon-Urteil*, cit.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 207 ss.; F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo*, 3/2016, pp. 62 ss.

<sup>87</sup> *Supra*, nt. 2, 9-10.



verso queste decisioni<sup>88</sup>. E, tuttavia, poiché tale sforzo è avvenuto nel segno di una sostanziale continuità con i precedenti in materia – difficilmente ci si sarebbe del resto potuti attendere un *revirement* – la matrice dello *Staatenverbund* può considerarsi in fondo ancora salda.

Anche per questa fase si possono individuare personalità di giudici e studiosi tali da fare da guida nell'analisi lessicale e concettuale. La figura chiave, nel tentativo di compromesso, è Andreas Voßkuhle, presidente del Secondo Senato e Vice presidente del BVerfG ai tempi del *Lissabon Urteil*, poi presidente dell'intero Tribunale quando sono state redatte le decisioni contenenti la nuova e più lunga formula. Nel 2010, poco dopo l'emanazione della sentenza Lisbona, quasi per rassicurare una parte del mondo accademico sulle attitudini cooperative del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti delle corti europee, il giudice ha pubblicato sulla "Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht" una relazione tenuta a Bruxelles negli ultimi mesi dell'anno precedente, dal titolo "*Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*"<sup>89</sup>. Il testo è stato tradotto anche in inglese e pubblicato sulla "European Constitutional Law Review": qui la locuzione tedesca *europäischer Verfassungsgerichtsverbund* è stata resa con "*Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts*"<sup>90</sup>.

È evidente come l'espressione *Verfassungsgerichtsverbund* richiami quella del *Verfassungsverbund*, nel frattempo diffusa in dottrina anche in discipline diverse ma contigue a quella del diritto costituzionale, come il diritto amministrativo, dove da tempo si parla di *Verwaltungsverbund*<sup>91</sup>.

Lo stesso Voßkuhle è stato vicino alla scuola di Häberle, mostrando di apprezzare il suo approccio costituzionale, pluralistico, comparativo e in senso lato culturale ai processi di integrazione sovranazionale, con particolare riguardo ai rapporti tra gli ordinamenti nazionali, quello dell'Unione e quello facente capo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>92</sup>.

Anche l'articolo di Voßkuhle del 2010 non ha a oggetto solo le relazioni tra costituzioni nazionali e diritto dell'Unione, e tra le rispettive corti, ma allarga lo sguardo anche alla CEDU e alla Corte di Strasburgo. Qui il concetto di *Verbund* evoca bensì un principio ordinativo (una *Ordnungsidee*), ma si

<sup>88</sup> Cfr. R.C. VAN Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, cit., pp. 174 ss.

<sup>89</sup> A. VOBKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ*, 2010, pp. 1 ss.

<sup>90</sup> ID., *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *EuConst*, 2010, pp. 175 ss. Il significato di questo contributo per una comprensione della formula utilizzata dal Tribunale è sottolineato anche da J.H.R. - L.B. [J.H. REESTMAN - L. BESSELINK], *Editorial. Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection*, in *EuConst*, 2016, pp. 231 ss.

<sup>91</sup> Cfr., tra gli altri, E. SCHMIDT-ABMANN - B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (hrsg.), *Der europäische Verwaltungsverbund*, Tübingen, 2005.

<sup>92</sup> Cfr. A. VOBKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., p. 8, dove richiama il concetto häberliano di *europäische Verfassungskultur*, ID. - T. WISCHMEYER, *Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag*, in R.C. VAN Ooyen - M.M.H. MÖLLERS (hrsg.), *Verfassungs-kultur. Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle*, Baden-Baden, 2016, pp. 39 ss. [già in *JöR*, 2015].

tratta di un ordine diverso da quello strutturato intorno a «immagini spaziali [...] semplicistiche» come quelle di «sovra- o sotto-ordinazione», o anche di «pari-ordinazione»<sup>93</sup>. Piuttosto, il concetto di *Verbund* aiuta a descrivere le modalità di funzionamento di un complesso sistema multilivello (*ein komplex Mehrebenensystem*) senza che vengano prefissate le precise tecniche dell'interazione [...]. Esso apre a una considerazione differenziata alla luce di diversi criteri ordinativi come l'unità, la differenza, la molteplicità, l'omogeneità, la pluralità, la delimitazione, l'interazione, l'intreccio<sup>94</sup>.

I protagonisti del *Verfassungsgerichtsverbund* delineato da Voßkuhle sono i Tribunali costituzionali – tra cui anzitutto il *Bundesverfassungsgericht* –, la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel rispetto dei principi di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo (*Völkerrechts- e Europarechtsfreundlichkeit*), essi si muovono nello «spazio costituzionale europeo» attraverso relazioni dinamiche non predefinite<sup>95</sup>. È possibile quindi cogliere l'assonanza di questa ricostruzione con i concetti di costituzioni parziali e di *Verfassungsverbund* e con le teorie del pluralismo costituzionale sviluppate dalla dottrina anglossassone, che hanno identificato in maniera aperta e non gerarchica i rapporti interordinamentali in Europa<sup>96</sup>. Una ricostruzione siffatta trova peraltro il suo terreno di elezione sul piano dei rapporti tra le giurisdizioni, nell'ambito dei diritti fondamentali, dove le tecniche interpretative e argomentative consentono aggiustamenti flessibili in varie direzioni.

Non è un caso, a mio avviso, che la formula dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, influenzata dal pensiero di Voßkuhle, sia comparsa nella sentenza del 2015, relativa alla compatibilità del mandato d'arresto europeo con la presunzione di non colpevolezza e il principio di dignità, una sentenza che ha corretto parzialmente la giurisprudenza *Solange II/Bananen*, considerando ammissibile un ricorso per violazione dei diritti del *Grundgesetz* anche laddove si sia provato, in maniera circostanziata e nella singola fattispecie (non più solo “in generale”), una compromissione dei principi legati alla identità costituzionale tedesca<sup>97</sup>.

Le altre due occorrenze dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund* si trovano nelle decisioni sulle OMT e sul PSPP. Qui l'idea del *Rechtsprechungsverbund* riflette, più immediatamente, il fatto che entrambe le decisioni siano state emesse dopo un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia<sup>98</sup>,

<sup>93</sup> A. VOßKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., p. 3.

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> Ivi, pp. 2 ss. (3).

<sup>96</sup> Cfr. N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern L. Rev.*, 2006, pp. 317 ss. Per una considerazione critica v. M. LOUGHLIN, *Constitutional Pluralism: An Oxymoron?*, in *Global Constitutionalism*, 2014, pp. 9 ss., ed ivi, pp. 22-23, sul concetto di *Verfassungsverbund*.

<sup>97</sup> BVerfG, 2 BvR 2735/14, del 15 dicembre 2015, Rn. 44. Per ulteriori sviluppi della giurisprudenza relativa ai *Grundrechte*, con riguardo all'ingresso dei diritti fondamentali dell'Unione nel parametro costituzionale v. BVerfG, 1 BvR 16/13, del 6 novembre 2019 (*Recht auf Vergessen I*) e 1 BvR 276/17, del 6 novembre 2019 (*Recht auf Vergessen II*).

<sup>98</sup> Cfr. CGUE, sent. 16 giugno 2015, C-62/14 – *Gauweiler*; sent. 11 dicembre 2018, C- 493/17 – *Weiss*. Sul concetto di *Verbund* con riferimento alla cooperazione tra le corti e al rinvio pregiudiziale v. già I. PERNICE, *Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund* (1996), in ID., *Der europäische Verfassungsverbund*, cit., pp. 431 ss.

anche se com'è noto gli esiti sono stati molto diversi: nel primo caso il BVerfG ha accolto, con una serie di distinguo, l'interpretazione della Corte europea, nel secondo caso se n'è invece discostato, pur temperando gli effetti della propria pronuncia attraverso l'uso del principio di proporzionalità e il differimento temporale subordinato negativamente a una motivazione correttiva della Banca centrale<sup>99</sup>. A essere in primo piano, in entrambe le fattispecie, non sono i diritti fondamentali ma la legittimazione democratica: questa a sua volta è collegata alla statualità che appare, come ha affermato lo stesso Voßkuhle riecheggiando Di Fabio, una «garan[zia] contro la dispersione di responsabilità nei contesti organizzativi sempre più complessi della società mondiale»<sup>100</sup>.

Tale impostazione è stata condivisa anche dal giudice relatore Peter Huber, che pure nei propri scritti ha richiamato esplicitamente lo *Staaten-, Verfassungs-, Rechtssetzungs-, Verwaltungs-, und Gerichtsverbund*<sup>101</sup>. La sua impostazione è decisamente più vicina, rispetto a quella di Voßkuhle, al polo statualista, anche per quanto concerne i presupposti pregiudiziali dello stato e, tra questi, l'omogeneità del popolo e la conservazione di un sistema compatto di valori e della tradizione nazionale. Il suo approccio, in entrambe le fattispecie sulle OMT e sul PSPP, è stato inoltre ispirato a una lettura del processo di integrazione più fedele alla dottrina economica ordoliberal, simile a quella di Kirchhof, pronta a sostenere le libertà economiche in un mercato concorrenziale ma tendenzialmente ostile a interventi attivi dei poteri pubblici, nonché a forme indirette di trasferimenti monetari come quelli che avvengono tramite le misure non convenzionali della BCE<sup>102</sup>.

Può cogliersi, a questo punto, una certa flessibilità nell'immagine dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs-, und Rechtsprechungsverbund*, specie se letta attraverso il *Verfassungsgerichtsverbund*. Non stupisce, pertanto, che da un lato i critici della sentenza sul PSPP abbiano colto la fluidità, e denunciato l'ambiguità, del modo in cui i giudici si sono serviti della formula, poiché invece di assecondare il carattere pluralistico del complesso ordinamentale multilivello hanno preteso di pronunciare l'ultima parola sulla questione degli atti *ultra vires*<sup>103</sup>. Dall'altro lato, i fautori della decisione hanno invece valorizzato il nucleo concettuale originario dello *Staatenverbund*, sottolineando i limiti di una progressiva autonomizzazione

---

<sup>99</sup> Cfr. BVerfG, 2 BvR/13, del 21 giugno 2016 e 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020. Sull'uso del principio di proporzionalità nella decisione v. D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles?*, cit. Per una lettura che sottolinea le implicazioni in termini di gradualità e introduzione di ulteriori fasi procedurali si v., se si vuole, A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht* e atti europei *ultra vires*, cit., par. 2.

<sup>100</sup> A. VOBKUHLE, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht*, in ID. - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, cit., p. 383.

<sup>101</sup> P. HUBER, *Bewahrung und Veränderung*, cit., pp. 123-124.

<sup>102</sup> Cfr., toccando i diversi temi, ivi, pp. 117 ss.; P. HUBER, *EU-Staatlichkeit – was könnte das sein? Kommentar zum Beitrag von Tanja Börzel*, in A. VOBKUHLE - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen*, cit., pp. 237 ss.; ID., *[Gespräch mit U. Schliesky]*, in U. SCHLIESKY (hrsg.), *Gespräche über den Staat*, cit., pp. 101 ss. Su questo si consenta il rinvio a A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht* e atti europei *ultra vires*, cit., par. 5, con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>103</sup> F.C. MAYER, *Der ultra-vires Akt*, cit., pp. 731-732.

del diritto europeo rispetto a quanto era stato pattuito nei trattati e previamente legittimato dall'autogoverno democratico a livello nazionale<sup>104</sup>

## 5. Conclusione

Alla luce di quanto osservato nei paragrafi precedenti, l'immagine dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund* del Tribunale costituzionale tedesco appare stratificata e presenta un significato complesso. La figura originaria è costituita dallo *Staatenverbund* e vede negli stati, così come nei popoli e nei parlamenti nazionali, i portatori, principali se non esclusivi, della legittimazione democratica dell'edificio europeo. Alla sentenza *Maastricht* è sotteso un circolo virtuoso tra lo *Staatenverbund*, la territorialità statale e il mercato comune europeo, nonché, in prospettiva, il mercato globale di circolazione dei capitali presupposto dall'Unione monetaria. Nella successiva pronuncia *Lissabon*, lo *Staatenverbund* e la territorialità statale assumono una connotazione più politica, nella misura in cui il BVerfG identifica il territorio dello stato con uno spazio primario aperto al conflitto democratico, seppure relativizzato da spazi secondari di carattere funzionale disegnati a livello sovranazionale. Sia il *Lissabon-Urteil* sia alcuni commenti dottrinali lasciano trasparire una possibile tensione tra tale spazio e quello del mercato, specie per quanto riguarda le questioni economico-sociali. In ogni caso, lo *Staatenverbund*, inteso in maniera non solo descrittiva ma anche prescrittiva, esclude un'evoluzione degli assetti dell'Unione in senso federale, non riuscendo tuttavia a tematizzare adeguatamente la varietà delle esperienze federali.

Gli altri elementi del *Verbund*, nella giurisprudenza più recente del Tribunale, sono dovuti allo sforzo di integrare nella motivazione una parte importante del dibattito dottrinale, a cominciare da quella che ha proposto l'immagine del *Verfassungsverbund*, spostando l'attenzione dall'ente statale all'interazione tra i contenuti materiali delle costituzioni, e tra gli attori istituzionali e i processi funzionali che si dispiegano tra i due livelli. Tale locuzione è stata ripresa e riadattata, tra gli altri, anche dagli studiosi amministrativisti, tramite l'idea del *Verwaltungsverbund*. Il *Gerichts- o Rechtsprechungsverbund*, a sua volta, fa riferimento ai collegamenti tra le giurisdizioni, attraverso strumenti processuali – primo fra tutti il rinvio pregiudiziale – o interpretativi, come l'uso di clausole di adeguatezza o margini di apprezzamento. Su questo piano, in particolare, le immagini elaborate dalla dottrina tedesca si incontrano con le ricostruzioni sul pluralismo costituzionale europeo. Qui prende altresì forma la figura del *Verfassungsgerichtsverbund* proposta da Voßkuhle.

Ecco dunque come si è arrivati alla composizione della complessa formula dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*. Occorre peraltro notare come l'aggiunta di termini ulteriori

---

<sup>104</sup> F. SCHORKOPF, *Wer wandelt die Verfassung?*, cit., pp. 738 ss.



all'originale *Staatenverbund* abbia proiettato su di esso significati ulteriori rispetto a quello originario: in particolare, la statualità è stata associata non solo alla territorialità democratica ma anche al pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali e, più in generale, alla diversità culturale. Questo ha consentito a sua volta di immaginare uno spazio più articolato di protezione dei diritti, il quale, se idealmente e moralmente tende a una dimensione universale, si radica poi in contesti particolari concreti <sup>105</sup>. Quando però si ripresentano al BVerfG le questioni dell'Unione monetaria e della legittimazione democratica, le immagini spaziali si modificano di nuovo: a venire in rilievo non è più la tensione, con un significato soprattutto morale e culturale, tra universalismo e particolarismo, quanto quella tra spazio economico e territorialità politica. A seconda del modo in cui si intenda lo spazio economico – un mercato conformato dalle libertà di circolazione e dal principio di concorrenza o ispirato al principio di solidarietà e alla tutela dei diritti sociali, tra gli stati e al loro interno – esso entrerà più o meno in conflitto con lo spazio democratico disegnato a livello nazionale.

---

<sup>105</sup> Tra gli altri e da ultimo J. ISENSEE, *Grenzen*, cit., pp. 194 ss.



# Ce que l'Union européenne fait au concept de territoire\*

**di Gaëlle Marti**

Professeure de Droit public  
EDIEC – Université Jean Moulin Lyon 3

**Abstract [Fr]:** La confrontation de l'Union européenne au concept, traditionnellement lié à l'Etat, de territoire, révèle un double mouvement à l'œuvre dans l'espace juridique intégré européen. Le premier correspond à un mouvement de déconstruction des territoires étatiques engendré par l'intégration européenne, dont le projet d'unification se traduit par un effacement des frontières et le remaniement de l'exercice des compétences des Etats sur leur territoire. Le second traduit l'émergence d'un territoire de l'Union européenne, dépendant des Etats dans la définition de son périmètre et de ce fait sujet à variation. Les caractéristiques de cette nouvelle territorialité européenne reflètent la spécificité de l'Union européenne.

**Abstract [It]:** Il confronto tra l'Unione europea e il concetto di territorio, tradizionalmente legato allo Stato, rivela un doppio andamento nello spazio giuridico europeo integrato. Il primo si riferisce alla decostruzione dei territori dello Stato generata dall'integrazione europea. Il progetto europeo, infatti, si traduce in un offuscamento dei confini e in un riallineamento dell'esercizio dei poteri all'interno dei territori degli Stati. Il secondo si riferisce alla nascita di un territorio dell'Unione Europea, la cui portata dipende dagli Stati e quindi è soggetta a variazioni. Le caratteristiche di questa nuova territorialità europea riflettono la natura originale dell'Unione europea.

**Abstract [En]:** The confrontation between the European Union and the concept of territory, which is traditionally linked to the State, reveals a double movement at work in the integrated European legal space. The first refers to the deconstruction of the State territories generated by European integration. In fact, the European project results in a blurring of boundaries and the realignment of the exercise of powers within the States' territories. The second refers to the emergence of a territory of the European Union, which scope depends on the States and therefore is subject to variation. The features of this new European territoriality reflect the original nature of the European Union.

**Sommario:** Introduction. **I.** Déconstruction des territoires étatiques. **I.A.** Altération des frontières étatiques. **I.B.** Remaniement des compétences territoriales étatiques. **II.** Recomposition d'une nouvelle territorialité européenne. **II.A.** Une territorialité européenne médiatisée par les Etats membres. **II.B.** Une territorialité européenne composite.

## Introduction

Appréhender la notion de territoire en lien avec l'Union européenne ne va pas de soi.

En effet, le territoire, entendu comme un « espace, borné par des frontières, soumis à une autorité politique qui lui est propre, considéré en droit comme un élément constitutif de l'Etat et comme limite de compétence des gouvernants »<sup>1</sup>, est d'emblée conçu comme un attribut d'autant plus consubstantiel à l'Etat qu'il contribue à le définir, à part égale avec la population et le gouvernement. Ainsi, « un Etat

\*Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> «Territoire», *Trésor de la langue française informatisé*, CD-Rom ATILF, éditions du CNRS, 2004.



suppose un territoire [et] en dehors des territoires antarctiques, il n'existe pas de territoire sans Etat »<sup>2</sup>. A l'inverse, les organisations internationales ne sont pas censées avoir de territoire, du moins au sens juridique de ce terme<sup>3</sup>. Le Doyen Carbonnier l'a dit en des termes imagés à propos des organisations européennes, fustigeant ces « droits venus d'ailleurs, qui sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire »<sup>4</sup>.

Ce n'est donc que par commodité<sup>5</sup> – abus de langage selon certains<sup>6</sup> – que l'on peut parler de « territoire de l'Union européenne » ou de « territoire communautaire ».

Les traités constitutifs semblent confirmer cette conception, puisqu'ils ne contiennent aucune disposition relative à un hypothétique « territoire de l'Union », cette expression n'étant employée qu'à une seule reprise, par facilité semble-t-il, à l'art. 153 §1, g) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui permet à l'Union européenne de soutenir et compléter l'action des Etats dans certains domaines liés à la politique sociale, dont « les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union ». Les autres utilisations du vocabulaire lié à la notion de territoire concernent, d'une part, le champ d'application territorial des traités (qui figure aux articles 52 TUE et 355 TFUE) et, d'autre part, les dispositions relatives à la cohésion économique, sociale et territoriale (inscrites dans le titre XVIII du TFUE, art. 174 et s. du TFUE).

Le droit dérivé, moins formaliste, a fait un usage plus conséquent du vocable « territoire », le plus souvent pour désigner le champ d'application spatial des normes européennes en question<sup>7</sup>. Il en va de même des accords internationaux conclus par l'UE, qui recourent parfois à l'expression « territoire de l'Union »<sup>8</sup>. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), l'usage de la formule « territoire

---

<sup>2</sup> M. FLORY, «Le couple Etat-territoire en droit international contemporain», *Cultures et conflits*, n°21/22, 1996, p. 251.

<sup>3</sup> V. en ce sens les travaux de la Commission de droit international relativement au «projet d'articles» qui allait donner naissance à la Convention du 28 mars 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales, et notamment le projet d'article relatif à l'application territoriale de ces traités. La plupart des membres de la Commission ayant observé que « la notion de territoire n'est applicable qu'aux Etats » et ne vaut que pour eux, la Commission a opté pour n'inclure dans son projet aucune disposition relative à l'application territoriale à l'égard des organisations internationales, pour les traités auxquels celles-ci sont parties. Voir en ce sens J. GROUX, « "Territorialité" et droit communautaire », *RTDE*, 1987, p. 25, spéc. p. 43.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 47.

<sup>5</sup> S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2011, p. 378.

<sup>6</sup> A. BEN MANSOUR, « Le "territoire de l'Union" », in *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2013, p. 209, spéc. p. 210.

<sup>7</sup> V. pour des exemples récents : Règlement n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, JO L 269 du 10 octobre 2013, p. 1 ; Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers, JO L 173 du 12 juin 2014, p. 349 ; Décision du Bureau du Parlement européen des 13 décembre 2010 et 14 février 2011 portant modification des mesures d'application du statut des députés au Parlement européen, JO C 49 du 16 février 2011, p. 2.

<sup>8</sup> V. Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres d'une part, et la République du Monténégro, d'autre part, JO L 108 du 29 avril 2010, p. 3.

communautaire » ou, plus récemment, « territoire de l'Union », semble s'être accru depuis les années 2000<sup>9</sup>, souvent pour se référer au champ d'application territorial du droit de l'Union<sup>10</sup>.

La doctrine, elle, ne s'interdit pas d'appréhender le « territoire communautaire », ou « territoire de l'Union » comme objet d'étude<sup>11</sup>, tout en notant la distance qui sépare la notion de territoire, appréhendée dans le cadre de l'Union européenne, de la notion de territoire en tant qu'elle est liée au concept d'Etat<sup>12</sup>. L'expression de « territoire communautaire » ou de « territoire de l'Union européenne » (les guillemets étant généralement de mise), fait en effet généralement référence, dans la littérature juridique, au « champ d'application géographique des règles »<sup>13</sup> européennes. Ainsi, le territoire de l'Union remplit la même fonction que le territoire étatique, qui est de délimiter le champ d'application des règles édictées par les pouvoirs publics<sup>14</sup>.

Entendu sous cet angle, le territoire de l'Union recouvre de manière schématique le territoire des Etats membres, dans toutes ses dimensions (terrestre, aérien et maritime)<sup>15</sup>, sous réserve de régimes particuliers précisés par les traités ou les règles de droit dérivé. Ces spécificités font du territoire de l'Union européenne un ensemble composite, non homogène, dans la mesure où il existe divers domaines spéciaux d'application du droit de l'Union européenne en fonction de l'objet des règles applicables (on peut ainsi identifier un territoire douanier, un territoire fiscal, un territoire statistique, et également une zone euro ou encore un espace de liberté, de sécurité et de justice, la liste de ces domaines différenciés d'application des règles européennes n'étant bien évidemment pas exhaustive). La multiplicité des territoires au sein de l'Union européenne n'est d'ailleurs pas seulement horizontale. Elle est également verticale, dans le sens où le « territoire de l'Union » n'a évidemment pas fait disparaître les territoires des Etats. Multiple, le territoire de l'Union européenne est également ductile,

---

<sup>9</sup> Même si l'arrêt AETR utilisait déjà le formule «territoire communautaire», cf. CJCE, 31 mars 1971, Commission contre Conseil, aff. 22/70, *Rec. p.* 263. V. également CJCE, 12 décembre 1974, Walrave, aff. 36/74, *Rec. p.* 1405.

<sup>10</sup> V. par exemple: CJUE, 5 février 2015, Commission c/ Belgique, aff. C-317/14 (ECLI:EU:C:2015:63): « Conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour, l'ensemble des dispositions du traité FUE relatives à la libre circulation des personnes visent à faciliter, pour les ressortissants des États membres, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature *sur le territoire de l'Union* et s'opposent aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre » (souligné par nous).

<sup>11</sup> Voir notamment l'étude d'A. RIGAUX, « Territoire communautaire », *Rép. Communautaire Dalloz*; J. GROUX, « "Territorialité" et droit communautaire », *RTDE*, 1987, p. 5; M. DONY, « Territoire communautaire », in A. BARAV et C. PHILIP (Dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1994, p. 1070; O. DUBOS, « Le territoire », in J.-B. AUBY, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 355; A. BEN MANSOUR, « Le "territoire de l'Union" », in *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2013, p. 209. V. également pour une analyse récente de cette problématique la thèse de L. LEBON, *La territorialité et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 726 pages.

<sup>12</sup> Voir en ce sens J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2015, p. 104: « l'Union ne dispose pas de territoire propre ».

<sup>13</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 112.

<sup>14</sup> Cf. J. GROUX, « "Territorialité" et droit communautaire », *op. cit.*, p. 45.

<sup>15</sup> Cf. P. FENET et al. (Dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2007, p. 55.

extensible ou au contraire rétractable en fonction de l'élargissement de l'Europe à de nouveaux Etats, du rétrécissement de l'assise territoriale des Etats membres de l'UE ou, plus récemment, du retrait d'un Etat membre de l'Union européenne.

C'est cet enchevêtrement des territoires au sein de l'Union, de même que la superposition des territoires de l'Union européenne et des Etats dont il s'agit ici de prendre la mesure, afin d'en appréhender les implications, tant sur la catégorie conceptuelle de territoire que sur les relations qu'entretiennent l'Union européenne et les Etats qui en sont membres. En effet, dès lors que le territoire n'est plus un mais multiple, dès lors qu'il fait l'objet d'une appropriation progressive de la part de l'Union européenne, *quid* du lien censé être indissoluble entre l'Etat et son territoire, « principal titre juridique de la compétence étatique [et] première des conséquences de la souveraineté »<sup>16</sup> ?

Plus précisément, si le territoire est lié à la souveraineté de l'Etat, la déterritorialisation/reterritorialisation qu'entraîne dans une certaine mesure l'appartenance à l'UE ne remet-elle pas en cause l'étaticité des membres de l'UE ? De même, la « substitution fonctionnelle du territoire de l'Union aux territoires des Etats membres »<sup>17</sup> est-elle suffisante à produire un territoire à proprement parler de l'UE ?

Si la réponse qu'il convient d'apporter à ces deux questions est assurément négative, il convient de montrer que l'intégration européenne est à l'origine d'un mouvement de déconstruction des territoires étatiques (I) qui, s'il ne s'est pas traduit par la reconstruction d'un territoire propre à l'Union européenne, reflète la recomposition d'une nouvelle territorialité qui marque la spécificité de l'Union européenne (II).

## **I. Déconstruction des territoires étatiques**

L'intégration européenne, censée conduire de l'unification économique à l'unification politique, n'a pas été sans incidence sur le concept de territoire tel qu'il est traditionnellement compris, à savoir comme le lieu d'exercice exclusif de la souveraineté de l'Etat, délimité par des frontières le séparant des autres territoires. Deux mouvements se sont ainsi conjugués, le premier remettant en cause le lien consubstantiel existant entre Etat, frontière et territoire (A.), le second relativisant l'exclusivité de l'exercice des compétences étatiques sur le territoire (B.).

---

<sup>16</sup> O. DUBOS, «Le territoire», art. préc., p. 355.

<sup>17</sup> S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 380.

## A. Altération des frontières étatiques

La méthode communautaire et la finalité fédéraliste dont elle est porteuse<sup>18</sup> visaient à mettre en place une union, d'abord douanière, puis économique et monétaire, celle-ci devant déboucher *in fine* sur un rapprochement de type politique entre les peuples européens.

Chacune des étapes de ce mouvement d'intégration a impliqué la remise en cause des liens existant entre les Etats et leur territoire, délimité par des frontières, ainsi que la substitution partielle d'un territoire communautaire englobant les territoires des Etats.

Ainsi, la première étape de l'intégration économique, à savoir l'union douanière, vise à substituer aux territoires douaniers des Etats un territoire douanier communautaire (devenu territoire douanier de l'Union européenne) unique, caractérisé par l'absence de droits de douanes et d'obstacles aux échanges entre les marchandises, ainsi que par un tarif douanier extérieur commun. L'abolition des frontières douanières entre les Etats est ici totale, définitive et irréversible.

De même le marché commun (devenu marché intérieur) que l'Acte unique européen se donnait pour mission de réaliser au 1<sup>er</sup> janvier 1993 vise à assurer libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux par l'abolition des obstacles non tarifaires aux échanges et l'harmonisation des réglementations nationales. La Cour de justice a d'ailleurs défini l'objectif de mise en place du marché commun comme impliquant la « fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un marché intérieur »<sup>19</sup>.

L'Union économique et monétaire (UEM) mise en place en 1992 par le traité de Maastricht parachève l'objectif de décloisonnement des marchés européens en ajoutant au marché intérieur une monnaie unique qui se substitue aux monnaies nationales et en transférant la politique monétaire au sein de cette zone à la Banque centrale européenne.

L'intégration européenne s'est ensuite diffusée à des matières non strictement économiques, avec la conclusion des accords de Schengen qui visent à supprimer les contrôles physiques aux frontières des Etats<sup>20</sup>. Intégré dans le cadre européen par le traité d'Amsterdam, l'acquis de Schengen a donné naissance à l'espace de liberté, de sécurité et de justice défini comme étant un espace sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, ainsi qu'une politique de

---

<sup>18</sup> Cf. P. SOLDATOS, Les fondamentaux de l'architecture constitutionnelle de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 3 et s.

<sup>19</sup> CJCE, 9 février 1982, Polydor, aff. 270/80, *Rec.* p. 329.

<sup>20</sup> Les accords de Schengen, qui ne relèvent pas du droit communautaire à l'origine mais du droit international, comprennent un accord initial, conclu le 14 juin 1985 entre la France, l'Allemagne et les pays du Benelux, complété par la Convention d'application des accords de Schengen signée le 19 juin 1990. L'acquis de Schengen a été intégré dans le cadre de l'Union européenne et s'est progressivement étendu à l'ensemble des Etats membres de l'UE à l'exception de l'Irlande, et de Chypre, la Bulgarie et la Roumanie (et avant le Brexit, du Royaume-Uni), qui bénéficient d'un régime dérogatoire.

contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité (cf. art. 67 TFUE et art. 29 TUE s'agissant de la coopération judiciaire en matière pénale).

L'unification des économies nationales a donc coïncidé avec un mouvement d'effacement des frontières nationales et l'apparition corrélative d'un domaine de référence spatial plus large englobant l'ensemble des territoires des Etats et s'y substituant partiellement, au moins de manière fonctionnelle. De manière plus précise, la réalisation de l'intégration économique s'est traduite par un réaménagement du découpage de - ou du rapport à - l'espace, l'espace géographique européen devenant l'espace de référence prédominant pour les domaines concernés par l'intégration.

Certes, cette évolution n'a pas conduit à l'apparition d'un véritable territoire de l'Union européenne. En témoigne l'ingéniosité dont ont fait preuve les rédacteurs des traités afin de rendre tangible la nouvelle donne spatiale sans utiliser un vocabulaire à connotation étatique. Ce sont donc les termes d'espace (« espace sans frontières intérieures », « espace Schengen », ou « espace de liberté, de sécurité et de justice ») ou de zone (euro), qui sont utilisés par les traités, en lieu et place du terme « territoire », trop lié à la notion d'Etat.

Il n'en reste pas moins que la notion de territoire, considérée comme l'apanage de l'Etat, à l'exclusion de toute autre personne juridique, se trouve affectée par ces évolutions qui conduisent à constituer, au profit de l'Union européenne, une « assise territoriale proprement communautaire sur laquelle s'exerce [s]es compétences, [...] dans une logique qui n'est pas essentiellement différente de la logique étatique »<sup>21</sup>.

De même, la notion même de frontière, qui délimite l'espace géographique sur lequel s'exerce la souveraineté des Etats, a été altérée par deux mouvements concomitants. L'un, négatif, visant à la suppression des frontières étatiques, considérées comme autant d'obstacles à l'objectif de décloisonnement inhérent à l'intégration européenne ; l'autre, positif, aboutissant à la constitution de frontières aux dimensions européennes visant à marquer la limite entre l'ensemble formé par les Etats membres de l'Union européenne et les Etats tiers. La gestion de ces « frontières » européennes est confiée aux institutions européennes dans la mesure nécessitée par la gestion des politiques qui y est associée<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire, op. cit.*, spéc. p. 114

<sup>22</sup> Le tarif extérieur douanier commun est déterminé par le Conseil, agissant sur proposition de la Commission européenne (art. 31 TFUE). La politique de change des Etats membres dont la monnaie est l'euro est déterminée par le Conseil de l'UE et la Banque centrale européenne, qui concluent pour ce faire des accords monétaires avec les Etats tiers conformément à l'art. 219 TFUE. La gestion des frontières externes de l'espace de liberté de sécurité et de justice se traduit par une politique commune en matière de visas, d'asile et d'immigration régie par les articles 77 et s. du TFUE. Sur le plan opérationnel, la gestion des frontières externes de l'UE fait l'objet d'une coordination assurée par L'agence Frontex (agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne) mise en place par le règlement n°2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004

Le Brexit a d'ailleurs montré toute la difficulté à gérer la réapparition des frontières nationales, la crispation, lors de la négociation de l'accord de retrait, sur le *backstop* (ou filet de sécurité), qui a finalement été abandonnée, n'étant que l'un des avatars de ce rapport ambivalent aux frontières qu'entraîne l'intégration européenne.

Les frontières nationales, en partie discréditées du fait de l'objectif de création d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples européens », subissent une altération profonde qui conduit à les rendre poreuses et intermittentes, dessinant des territoires étatiques à éclipses derrière lesquels émerge un territoire européen qui, bien que fonctionnel, n'en entame pas moins le lien Etat/territoire.

La distension du lien Etat/territoire se donne également à voir dans la problématique des compétences.

## **B. Remaniement des compétences territoriales étatiques**

Le territoire est généralement conçu, en droit international public, comme un élément consubstantiel à l'Etat, celui-ci ne pouvant pas exister sans espace géographique sur lequel exercer ses compétences.

Plus précisément, le territoire est généralement défini comme le principal titre juridique de la compétence étatique, la souveraineté territoriale de l'Etat impliquant « le principe de la compétence exclusive de l'Etat en ce qui concerne son propre territoire »<sup>23</sup>.

Or, cette définition semble devoir être réévaluée à l'aune de l'intégration européenne, celle-ci impliquant une limitation de l'exercice de la souveraineté territoriale qui, pour avoir été originellement consentie lors de la ratification des traités par l'Etat, n'en entame pas moins l'exercice effectif de ses compétences territoriales.

Deux phénomènes participent de cette évolution. Le premier est inhérent au caractère supranational de l'entreprise européenne, qui tend à transférer les « droits souverains »<sup>24</sup> des Etats membres à des institutions de gouvernance commune censées œuvrer de concert pour dégager un intérêt communautaire qui ne se réduise pas à la somme des intérêts nationaux ou, pire, au plus petit dénominateur commun. C'est dans cette optique que le système institutionnel et décisionnel a été pensé par les Pères fondateurs. Celui-ci combine des institutions représentatives des différentes légitimités présentes au sein de l'Union européenne<sup>25</sup> et des modes de prises de décision favorisant l'agrégation des intérêts divers (vote à la majorité qualifiée au Conseil, codécision avec le Parlement européen). Ce

---

modifié par le règlement n°1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, JO L 304 du 22 novembre 2011, p. 1.

<sup>23</sup> CPA, S.A. Max Huber, 4 avril 1928, Etats-Unis c/ Pays-Bas, *RS4*, II, p. 281.

<sup>24</sup> Selon la formule utilisée par la Cour dans l'arrêt fondateur Van Gend en Loos (CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, *Rec.* p. 3).

<sup>25</sup> La Commission, gardienne de la légitimité intégrative, le Parlement européen, représentant de la légitimité démocratique, et les Conseil (de l'UE et Conseil européen), représentants de la légitimité intergouvernementale, pour se limiter aux principales institutions.



système, conçu pour assurer l'exercice efficace des compétences transférées par les Etats, a contribué à faire de l'Union européenne un ordre juridique dont les normes sont édictées et interprétées par des organes propres et qui s'imposent sur le territoire des Etats membres par le truchement des principes d'effet direct<sup>26</sup> et de primauté<sup>27</sup>. Les Etats ne pouvant faire prévaloir aucune norme unilatérale, fût-elle constitutionnelle<sup>28</sup>, à l'encontre des normes édictées sur un mode « communautaire »<sup>29</sup>, du moins dans les domaines de compétences transférés, l'intégration porte nécessairement atteinte à la souveraineté territoriale, classiquement considérée comme exclusive, de l'Etat.

Les formules utilisées par la Cour sont d'ailleurs emblématiques de l'impact du principe cardinal de l'uniformité d'application du droit de l'UE sur l'atteinte à cette souveraineté territoriale, la Cour ayant itérativement jugé que « la force impérative du traité et des actes pris pour son exécution *ne saurait varier d'un Etat à un autre* »<sup>30</sup> et, plus encore, que « la réalisation des buts de la Communauté exige que les règles du droit communautaire [...] s'appliquent de plein droit au même moment et avec des effets identiques *sur toute l'étendue du territoire de la Communauté* »<sup>31</sup>, le non-respect de ce principe conduisant à « vider la Communauté de toute substance »<sup>32</sup>.

Certes, les Etats ont accepté l'édification de l'ordre juridique communautaire, puis de l'Union européenne, en ratifiant les traités institutifs, donnant ainsi leur accord à la remise en cause de l'exclusivité normative sur leur territoire. Certes, ils possèdent le droit de se retirer de l'Union<sup>33</sup> et, partant, de recouvrer cette même souveraineté normative. Il n'empêche que l'intégration européenne, qui touche des domaines que l'on ne peut plus qualifier de « restreints » comme à l'époque de l'arrêt *Costa c/ ENEL*, modifie l'exercice des souverainetés, de manière plus ou moins radicale selon le caractère exclusif ou non des compétences transférées. En atteste l'exemple de la Grèce, membre de la zone euro, qui a été sommée de réduire son déficit en adoptant des mesures d'austérité drastiques, contre la volonté populaire exprimée lors du référendum du 5 juillet 2015<sup>34</sup>. Il en va d'autant plus ainsi que l'on ne peut soutenir que l'Etat reste maître de sa compétence territoriale dans le cadre des

<sup>26</sup> CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3.

<sup>27</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

<sup>28</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125.

<sup>29</sup> Pour utiliser un vocabulaire désormais daté mais révélateur d'une certaine réalité que l'emploi du terme « européen » peine à restituer.

<sup>30</sup> CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68, *Rec.* p. 1 (souligné par nous).

<sup>31</sup> CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff. 48/71, *Rec.* p. 529 (souligné par nous).

<sup>32</sup> CJCE, ord., 22 juin 1965, *San Michele*, aff. 9/65, *Rec.* p. 35

<sup>33</sup> Art. 50 TUE.

<sup>34</sup> Ce référendum s'est tenu à l'initiative du gouvernement d'Alexis Tsipras, à la suite de l'échec des négociations avec la troïka (Commission européenne, Banque centrale européenne et Fonds monétaire international) dans le cadre de la crise de la dette publique grecque. Il portait sur le plan d'aide à la Grèce à la Grèce proposé par ses créanciers en contrepartie de mesures jugées inacceptables pour les dirigeants grecs. Le référendum a confirmé le point de vue du gouvernement, les citoyens ayant refusé, avec 61,31 % des suffrages (contre 38,69 % pour le « oui »), le projet d'accord proposé par la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international.

compétences dites réservées, dès lors que le principe de coopération loyale lui impose, même dans ces domaines, de « s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité » et de « faciliter l'accomplissement des missions » dévolues à l'Union (art. 4 §3 TUE).

Mais l'exercice en commun des compétences transférées n'est pas le seul facteur d'atteinte à la souveraineté territoriale des Etats. En effet, en plus des normes édictées par les institutions communes, ce sont les normes édictées par les autres Etats membres qui peuvent être amenées à s'appliquer sur le territoire des Etats membres, par le biais du principe de reconnaissance mutuelle notamment.

Le principe de reconnaissance mutuelle peut en effet être défini comme une technique d'intégration obligeant les Etats à reconnaître la validité, sur son territoire, de réglementations édictées par un autre Etat membre de l'Union européenne. Apparue dans les traités originaires, où il visait à assurer la reconnaissance mutuelle des diplômes et des sociétés, ce principe a acquis une portée plus étendue, sous l'impulsion décisive de la Cour de justice. Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a en effet jugé qu'« en l'absence d'une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations [...] doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives [...] »<sup>35</sup>. La Commission en a déduit qu'« un Etat membre ne saurait en principe interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits »<sup>36</sup>. A partir de cette date, le principe de reconnaissance mutuelle a acquis une véritable dimension structurante de l'intégration européenne. Permettant de pallier les insuffisances de l'harmonisation, le principe de reconnaissance mutuelle est devenu l'un des instruments privilégiés de réalisation du marché intérieur<sup>37</sup>. Il a également été utilisé au-delà du champ des libertés économiques, dans le cadre de l'espace de liberté de sécurité et de justice notamment où il constitue la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière civile et pénale<sup>38</sup> et de la politique commune en matière d'asile<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zentral*, aff. 120/78, Rec. p. 649.

<sup>36</sup> Communication de la Commission en date du 3 octobre 1980, JO C 256 du 3 oct. 1980

<sup>37</sup> En témoigne la « nouvelle approche initiée par la Commission dans son Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur du 14 juin 1985 (COM (85) 310), dans lequel la Commission annonce son intention de limiter l'harmonisation à l'édition d'exigences essentielles afin que les législations considérées puissent être considérées comme équivalentes et que le principe de reconnaissance mutuelle puisse jouer. La Cour de justice a amplifié ce mouvement en imposant aux Etats de donner plein effet aux situations juridiques établies dans le cadre des autres Etats membres. Cette jurisprudence a trouvé une application, non seulement en matière de libre circulation des marchandises, mais aussi dans le domaine de la libre circulation des travailleurs (CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, C-222/86, Rec. p. 4097), de la liberté d'établissement (CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, C-340/89, Rec. p. I-2357), ou de la libre prestation de services (CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ Grèce*, C-189/89, Rec. p. I-727), la Cour obligeant les Etats d'accepter les qualifications des ressortissants des autres Etats, dans la mesure où celles-ci sont équivalentes aux conditions exigées de la part des nationaux.

<sup>38</sup> Voir en ce sens les règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles II » qui conduisent à une reconnaissance automatique des décisions en matière civile et commerciale. Voir également le mandat d'arrêt européen institué par la décision-

Le principe de reconnaissance mutuelle est ainsi à l'origine d'une dynamique d'« intégration horizontale »<sup>40</sup> qui s'ajoute à l'intégration verticale précédemment décrite et en potentialise les effets dissolvants sur l'exclusivité territoriale des Etats.

Intermittence des frontières, recomposition des territoires étatiques au sein d'un espace européen normatif en construction, altération de la souveraineté territoriale sont ainsi le produit de l'intégration européenne, de la stratégie fonctionnaliste visant à instituer un ordre juridique d'essence fédérale par effet d'engrenage ou *spill over*. La dynamique n'est toutefois pas allée à son terme, les évolutions ayant affecté les liens existant entre Etat, souveraineté et territoire n'ayant pas suffi à produire un territoire européen *stricto sensu*, mais davantage une nouvelle forme de territorialité, qui reflète la spécificité de l'Union européenne.

## II. Recomposition d'une nouvelle territorialité européenne

Le territoire de l'Union en émergence n'est pas à proprement parler assimilable au territoire de l'Etat. En effet, conditionnée par les Etats, qui lui donnent forme au gré de leurs intérêts (A), ce qui se traduit concrètement par une multiplication des « territoires européens » (B), la nouvelle territorialité européenne ne fait au fond que refléter la nature spécifique et originale de l'Union européenne.

### A. Une territorialité européenne médiatisée par les Etats membres

La pluralité d'espaces supranationaux produite par l'intégration européenne est impuissante à doter l'Union européenne d'un territoire comparable à celui de l'Etat.

En effet, l'Union européenne n'a pas la maîtrise de son « territoire » dans le sens où le champ d'application géographique du droit qu'elle édicte est défini par référence aux Etats qui en sont membres. Le cadre général de l'application territoriale du droit de l'UE est fixé à l'article 52 TUE, qui prévoit que « les traités s'appliquent au Royaume de Belgique, à la République de Bulgarie, [...] ». Le fait de faire référence à l'Etat, et non à son territoire (ce qui était l'option choisie par les traités CECA et Euratom qui renvoyaient, pour leur application, aux « territoires européens des parties contractantes »), implique le renvoi implicite aux dispositions constitutionnelles des Etats régissant leur territoire. C'est d'ailleurs ainsi qu'a procédé la Cour de justice dans l'affaire Hansen, dans laquelle elle a jugé que « le

---

cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès (JO L 190, p. 1 et JO L 81, p. 24).

<sup>39</sup> Voir en ce sens le règlement dit « Dublin III », n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 31.

<sup>40</sup> O. DUBOS, « Le territoire », *op. cit.*, p. 362.

statut des départements d'outre-mer (DOM) dans la Communauté est défini, en première ligne, par référence à la constitution française, aux termes de laquelle, ainsi qu'il a été exposé par le gouvernement français, les DOM font partie intégrante de la République »<sup>41</sup>.

Par voie de conséquence, toutes les évolutions ayant affecté le territoire des Etats membres se sont donc automatiquement répercutées sur le territoire de l'UE (décolonisation, réunification de l'Allemagne)<sup>42</sup>. De même, le territoire de l'Union européenne s'est agrandi du fait des élargissements successifs de l'UE, et s'est vu amputé d'une partie de son assise géographique avec le *Brexit*.

Il est possible à cet égard de dresser un parallèle entre le territoire de l'Union européenne et la citoyenneté européenne, dans la mesure où ces deux notions ne sont pas autonomes mais dérivent des Etats membres qui en prédéterminent la teneur par le biais de dispositions nationales, le plus souvent constitutionnelles (droit de la nationalité, dispositions relatives au territoire de l'Etat). Autrement dit, le territoire est un donné pour l'Union européenne, qui se définit par renvoi aux définitions nationales.

La dépendance du territoire de l'Union européenne à l'égard des Etats se donne également à voir dans le fait que ceux-ci peuvent aménager le champ d'application territorial des traités en décidant de ne pas soumettre certaines portions de leur territoire au droit de l'Union (c'est le cas des Iles Féroé, art. 355 §5, a) TFUE), ou au contraire en affirmant l'applicabilité de principe des traités à certains de leurs prolongements ultramarins, sous réserve d'une adaptation de leurs dispositions au cas par cas, afin de tenir compte de leurs particularités structurelles. C'est le cas par exemple des départements français d'outre-mer, des Iles Canaries, de Madère et des Açores (art. 355 §1, qui renvoie à l'art. 349 TFUE). Certains territoires non européens qui entretiennent des relations particulières avec certains Etats sont quant à eux soumis au régime d'association (comme la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française, cf. art. 355 §2 TFUE qui renvoie à la liste figurant à l'annexe II) tandis que d'autres ne sont soumis qu'à une application homéopathique du traité (cf. les Iles Aland, art. 355 § 4 TFUE, ou encore, avant le Brexit, les Iles anglo-normandes, l'Ile de Man et les zones de souveraineté du Royaume-Uni à Chypre, art. 355 §5, b et c) TFUE). L'article 355 TFUE apporte ainsi des précisions quant au champ d'application territorial des traités, qui ne recouvre donc pas exactement le territoire des Etats membres. Le cas du Groenland est également emblématique puisqu'il a conduit à modifier l'assise territoriale des traités. A la suite d'une modification du statut constitutionnel de cette portion du territoire danois (qui a obtenu l'autonomie interne en 1979), il a été décidé de réviser les traités afin de

---

<sup>41</sup> CJCE, 10 octobre 1978, Hansen, aff. 148/77, *Rec.* p. 1787.

<sup>42</sup> V. les analyses d'A. RIGAUX, « Territoire communautaire », *op.cit.*

mettre fin à l'application des trois traités au Groenland, et de lui conférer le statut de pays et territoires d'outre-mer associés à l'Union européenne<sup>43</sup>.

Médiatisé par le territoire des Etats membres, le territoire de l'Union n'en est donc pas un décalque parfait. En particulier, le territoire de l'Union européenne en émergence apparaît comme étant découpé, à la fois de la souveraineté et de la plénitude de compétences qui lui est associée, l'Union européenne ne disposant, sur son territoire, que des compétences qui lui ont été transférées par les Etats<sup>44</sup>. Cette conclusion est renforcée par le constat du caractère pluriel du territoire européen, reflet de la persistance de la mainmise des Etats sur la territorialité européenne qui est en train de s'esquisser.

## **B. Une territorialité européenne composite**

L'assujettissement du territoire de l'Union aux prétentions étatiques se traduit également dans le caractère multiple, non homogène, du champ d'application territorial des différentes politiques européennes. L'Europe « à géométrie variable » se traduit en effet concrètement par la non application de pans entiers du droit de l'Union européenne à certains Etats, et donc à leur territoire.

Reflet des réticences étatiques à transférer leurs compétences dans des domaines considérés comme sensibles, la multiplicité des « territoires de l'Union » confirme en retour la persistance de la souveraineté formelle des Etats. C'est ainsi que le Royaume-Uni et le Danemark ont obtenu, lors de la négociation, pour l'un, de la ratification, pour l'autre, du traité de Maastricht, une dérogation leur permettant de ne pas participer à l'Union économique et monétaire. Le champ d'application territorial des dispositions relatives à l'UEM n'inclut donc pas ces deux Etats. Quant à la zone euro, elle englobe, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, 19 Etats, son champ d'application étant lié à des critères tenant à la capacité macroéconomique des Etats d'adopter la monnaie unique, qui s'ajoutent aux dérogations précitées<sup>45</sup>. Le dispositif Schengen est encore plus complexe et mettait en place – très schématiquement - au profit du Royaume-Uni et de l'Irlande, un système de dérogation complexe leur permettant de se soustraire à la libre circulation des personnes et à la suppression des contrôles physiques aux frontières tout en pouvant décider, au cas par cas, de participer à l'adoption de mesures fondées sur le titre V TFUE<sup>46</sup>. Le Danemark, quant à lui, participe pleinement à l'espace Schengen mais refuse l'intégration du droit issu de ces accords – relevant originellement du droit international – dans le droit de l'Union. Il considère

---

<sup>43</sup> Statut régi par la quatrième partie du TFUE, art. 198 et s. La liste des pays et territoires d'outre-mer associés à l'UE figure à l'annexe II du TFUE.

<sup>44</sup> V. en ce sens J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 104. V. également J. ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006, p. 168.

<sup>45</sup> Il faut ici mentionner le cas de la Suède qui, bien que ne bénéficiant pas d'une dérogation à proprement parler, n'a pas rejoint la zone euro alors qu'elle remplissait les critères de convergence. Elle bénéficie donc d'une dérogation de facto

<sup>46</sup> Sur la question du champ d'application géographique de l'espace Schengen, voir notamment Marie Gautier, « Accords de Schengen », *JCl. Europe*, fasc. 2630, pts. 27 et s.

donc les dispositions prises sur le fondement du titre V TFUE comme relevant toujours du droit international, ce qui implique notamment qu'il doive les ratifier. Plus étroit que le champ d'application des traités, le dispositif Schengen est à la fois plus large que celui-ci puisqu'il s'étend également à des Etats non membres de l'Union européenne tels que l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein. L'Union européenne n'a donc pas la mainmise sur l'étendue territoriale des compétences qui lui sont transférées, celles-ci variant au gré des intérêts étatiques.

S'agissant du champ d'application territorial du droit dérivé, la même conclusion tenant à la pluralité des territoires peut être faite, même si elle ne revêt pas la même signification. En effet, les institutions décisionnelles de l'Union déterminent elles-mêmes, en principe, le champ d'application des règles qu'elles adoptent. La prise en compte des préférences étatiques n'est ici plus systématiquement possible, notamment dans les domaines qui relèvent de la procédure législative ordinaire (qui implique le vote à la majorité qualifiée au Conseil et la codécision avec le parlement européen, et par conséquent la perte du « droit de veto » de la part des Etats). Toutefois, l'on retrouve cette prévenance à l'égard des Etats dans la possibilité de mettre en œuvre des coopérations renforcées entre les Etats membres désireux d'avancer plus vite dans l'intégration. Les trois coopérations renforcées<sup>47</sup> qui ont vu le jour depuis que le traité d'Amsterdam a ouvert cette possibilité autorisent, bien que dans des domaines limités, la variation du champ d'application territorial du droit de l'Union<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> La première coopération renforcée, autorisée en 2010, concerne le domaine des conflits de lois en matière de divorce et de séparation de corps (décision n° 2010/405/UE du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JO du 22 juillet 2010). Cette coopération renforcée réunit seize États membres: la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie, auxquels se sont joints la Lituanie et la Grèce. Une autre coopération renforcée a été autorisée le 10 mars 2011, dans le domaine de la création d'une protection unitaire par brevet (décision n° 2011/167/UE du Conseil du 10 mars 2011 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, JO du 22 Mars 2011). Elle réunit presque tous les Etats membres de l'Union européenne, à l'exception de l'Espagne, de l'Italie et de la Croatie. Une troisième coopération renforcée a été autorisée le 22 janvier 2013 en matière de taxes sur les transactions financières (décision n° 2013/52/UE du Conseil du 22 janvier 2013 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières, JO du 25 Janvier 2013). Cette coopération renforcée réunit onze États membres: la Belgique, l'Allemagne, l'Estonie, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Italie, l'Autriche, le Portugal, la Slovénie et la Slovaquie.

<sup>48</sup> Certains auteurs considèrent que les coopérations renforcées ne modifient pas le champ d'application territorial des règles de droit de l'UE adoptées mais seulement leur champ d'application matériel (v. en ce sens C. GUILLARD, « Coopérations renforcées », *JCl. Europe*, fasc. 180, spéc. § 155). Pourtant, les deux règlements adoptés sur le fondement d'une coopération renforcée précisent, après le dernier article : « Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres participants, conformément aux traités », ce qui semble plaider en faveur d'une différenciation territoriale de leur champ d'application (v. en ce sens le règlement n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JO du 29 décembre 2010 ; Règlement n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, JO L 361 du 31 décembre 2012, p. 1).



Le territoire de l'Union européenne, entendu comme synonyme de champ d'application territorial de ses normes, dessine donc un territoire stratifié, composite, qui varie en fonction de l'objet des règles adoptées et, *in fine*, en fonction des compétences de l'UE.

Cet empilement de territoires, reflet d'un morcellement du droit de l'Union engendré par une différenciation accrue au sein de l'espace juridique européen, comporte de nombreux risques pour l'intégration européenne. Au-delà de la complexité institutionnelle, décisionnelle et normative que cela engendre, la pluralité des territoires de l'Union est porteuse d'insécurité juridique et facteur de complexité pour des citoyens déjà en perte de repères. Elle est également problématique au regard des principes d'égalité entre les Etats, et de solidarité (l'exemple historique du chèque britannique ou celui, d'actualité, de la répartition de l'accueil des migrants au sein de l'Union européenne est là pour en attester).

Toutefois, et pour autant que la multiplicité ne confine pas à la fragmentation, pour autant que la pluralité n'engendre pas le morcellement, l'enchevêtrement des territoires semble être un « mal nécessaire ». Nécessaire en ce qu'il traduit le maintien de la souveraineté formelle des Etats, tout d'abord, en dépit des atteintes réelles à leur souveraineté matérielle. Nécessaire en ce qu'il est gage d'acceptabilité du droit de l'Union<sup>49</sup>, ensuite, dès lors que les transferts de compétences ne sont légitimes que s'ils sont consentis, et supportables qu'à la condition d'être adaptés, ce que tentent de traduire les différentes dispositions ayant un impact sur le champ d'application territorial du droit UE, de quelque nature qu'elles soient (*opting out*, dispositions transitoires, régimes spécifiques applicables à certains territoires ou encore coopérations renforcées).

L'enchevêtrement des territoires au sein de l'Union permet de renouveler le regard sur la question, lancinante, de la spécificité de l'Union européenne. Sans avoir ici la prétention d'y apporter une réponse définitive, il semble que les conclusions de cette étude, qui peuvent sembler paradoxales, réaffirment le caractère original de l'Union européenne, forme d'association politique qui tend à englober les Etats dans un ensemble plus vaste ayant une identité propre, sans pour autant supprimer leur existence en tant qu'Etats. Bâtir de nouvelles territorialités sans porter atteinte aux territoires existants, telle semble être l'originalité de l'entreprise européenne que reflète sa devise: «unie dans la diversité».

---

<sup>49</sup> V. également en ce sens les conclusions de la thèse de C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, spéc. p. 355.



*Fascicolo numero 31*

*2020*

*13 novembre 2020*