



LORENZO F. PACE*

L'UNIONE EUROPEA E LA SUA "SOCIETÀ": "RINASCIMENTO DEL REPUBBLICANESIMO" O "ORGANIZZAZIONE SOVRANAZIONALE"?**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una prima premessa. I motivi giuridici della nascita del processo d'integrazione: la crisi dell'ente Stato nazionale. – 3. Una seconda premessa. La reazione della dottrina di diritto pubblico alla nascita del processo di integrazione europea. – 4. I fondamenti giuridici dell'Unione europea nella ricostruzione di Armin von Bogdandy ... – 5. ... e le sue conseguenze sull'aderenza di tale teoria alla realtà dell'Unione europea. – 6. La teoria della "società europea" di Armin von Bogdandy e la teoria della "comunità dei cristiani" di Enea Piccolomini (1446). – 7. Una proposta alternativa. La ricostruzione della natura giuridica dell'Unione secondo il metodo "tecnico-giuridico": l'Unione come "organizzazione sovranazionale". – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Sono onorato di poter partecipare alla pubblicazione degli atti della presentazione dell'ultimo volume di Armin von Bogdandy, presentazione tenutasi presso l'Università degli Studi del Molise. Di questo ringrazio Hilde Caroli Casavola, l'organizzatrice dell'incontro, così come ringrazio il prof. Lanchester - *tutor* della mia tesi di dottorato in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate - per l'ospitalità presso "Nomos", rivista da lui diretta.

Ho già avuto il piacere di discutere dell'ultimo volume di Armin von Bogdandy nel simposio dal titolo "Il cambiamento strutturale del diritto pubblico"¹. Nel presente contributo approfondirò, tra l'altro, un diverso aspetto di tale volume, cioè il rapporto tra diritto pubblico e analisi giuridica del processo di integrazione europea.

Il presente contributo richiama e sviluppa alcune idee contenute nel mio recente *Introduzione al diritto dell'Unione Europea - natura e ordinamento giuridico*².

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea - Università degli Studi del Molise.

** Intervento in occasione del convegno dal titolo "L'emergere e la democratizzazione della società europea: una nuova lettura del diritto pubblico europeo", tenutosi presso il Dipartimento giuridico dell'Università degli studi del Molise, a Campobasso, il 20 novembre 2023. Si ringrazia il dott. Daniele Avitabile per la trascrizione del testo.

Questo scritto è dedicato a mio padre, Alessandro Pace, professore emerito di diritto costituzionale presso l'Università "La Sapienza" di Roma, per il suo 88° compleanno.

¹ L.F. PACE, *I fondamenti giuridici dell'Unione europea tra politica e tecnica*, in RTDP, 2023, 969.

² ID., *Introduzione al diritto dell'Unione Europea - natura e ordinamento giuridico*, Milano, Wolters Kluwer, 2023.

Un *caveat*. Tra i tanti illustri studiosi di diritto pubblico che hanno partecipato alla presentazione del volume di Armin von Bogdandy penso di essere l'unico studioso di diritto dell'Unione europea, materia che - per i colleghi stranieri che non lo sapessero - costituisce, almeno in Italia, un autonomo settore disciplinare, quindi distinto - per i motivi che dirò - tanto dal diritto pubblico internazionale che dal diritto pubblico interno. Questo spero chiarisca il contenuto delle mie riflessioni e conclusioni.

2. Una prima premessa. I motivi giuridici della nascita del processo d'integrazione: la crisi dell'ente Stato nazionale.

Al fine di meglio formulare le mie riflessioni sul volume di Armin von Bogdandy è necessario in primo luogo richiamare il motivo giuridico della nascita del processo d'integrazione in Europa, cioè la crisi dello Stato nazionale sul continente europeo.

Tale crisi era conseguenza della nascita alla fine del XIX secolo della cd. "contraddizione tra Stato e mercato"³. Cioè in quel periodo i mercati, con l'inizio del processo di globalizzazione, erano ormai divenuti di dimensione internazionale mentre gli Stati avevano mantenuto la loro dimensione locale. Questi ultimi non potevano più disciplinare in modo compiuto la realtà economica.

A fronte di questo, con il tempo, alcuni Stati del continente avevano esteso - tramite invasioni illecite e seguendo l'estensione dei mercati - la propria sovranità territoriale sulla sovranità territoriale di altri Stati. In questo modo essi violavano il principio fondamentale della "sovranità statale", cioè quello per cui non esiste alcuna autorità al di sopra di quella dello Stato stesso⁴. Tale violazione della sovranità determinava conseguentemente in Europa un "conflitto di sovranità" tra i vari Stati. Questo problema - di carattere giuridico - aveva quale diretta conseguenza l'inizio dei conflitti delle due guerre mondiali del XX secolo.

L'instabilità politica in Europa determinata da tali conflitti bellici dimostrava la crisi dell'ente "Stato nazione" sul territorio del continente. In altri termini l'organizzazione dei popoli europei tramite enti sovrani e privi di coordinamento tra di loro - cioè l'ente "Stato nazione" - non garantiva la stabilità politica del continente nel suo complesso.

Come è stata individuata la soluzione alla "contraddizione tra Stato e mercato" ed al "conflitto di sovranità"?

La soluzione è stata quella di creare un ente al quale gli Stati hanno attribuito tramite i Trattati specifiche competenze che, se esercitate da essi a livello statale, creavano, appunto, "conflitti di sovranità". Non è un caso che le prime competenze trasferite all'Unione (o meglio, alle allora Comunità) per tramite dei Trattati erano competenze strettamente collegate al settore economico (CECA, CEE). In questo modo si risolveva l'elemento

³ Luciani sostiene che la "perdita di capacità ordinante delle Costituzioni" è conseguenza della "crisi della *statualità determinata dai fenomeni di globalizzazione*", M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 350.

⁴ V. E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, 1966, 5.

originante i “conflitti di sovranità”, cioè il “conflitto tra Stato e mercato”; questo per il tramite, tra l’altro, della creazione di un “mercato interno” di dimensione continentale.

Per tale motivo, l’obiettivo principale dell’Unione - quale accordo tra Stati - non è quello della cooperazione degli Stati membri “verso l’esterno”, come è stato nel XIX secolo per gli accordi di natura confederativa tra Stati con finalità di tutela militare: la Confederazione americana (1777-1789, istituita dagli “*Articles of Confederation and Perpetual Union*” del 1777)⁵, la Confederazione tedesca (1815-1866, *Deutscher Bund* istituito dal “*Deutsche Bundesakte*” nel 1815) e la Confederazione svizzera (1815-1848, *Schweizerische Eidgenossenschaft* istituita dal “*Bundesvertrag*” del 1815 a seguito, come la “Confederazione tedesca”, del Congresso di Vienna).

All’opposto l’obiettivo dell’Unione è quello di organizzare “verso l’interno” i rapporti tra Stati membri al fine di evitare i “conflitti di sovranità” tra di essi, conflitti nati a seguito della nascita della “contraddizione tra Stato e mercato”.

3. Una seconda premessa. La reazione della dottrina di diritto pubblico alla nascita del processo di integrazione europea.

Qual è la reazione della dottrina europea di diritto pubblico - cioè di diritto costituzionale e di diritto amministrativo degli Stati membri - a seguito della nascita del processo d’integrazione europea all’inizio degli anni ‘50?

È possibile individuare due dinamiche distinte.

Una prima parte della dottrina si disinteressa sostanzialmente al processo di integrazione europea⁶. Essa si concentra sullo studio delle neo-promulgate Costituzioni nazionali e delle relative istituzioni. D’altra parte, le Costituzioni europee post-belliche sono di fatto coeve alla nascita del processo di integrazione (la Costituzione italiana è promulgata nel 1948; la Costituzione tedesca nel 1949; la dichiarazione Schuman è emanata nel 1950; il Trattato CECA entra in vigore il 25 luglio 1952; il Trattato CEE l’14 gennaio 1958).

Una seconda parte della dottrina di diritto pubblico, al contrario, s’interessa al processo d’integrazione europea cercando di individuarne i relativi fondamenti giuridici. Questi studiosi in buona sostanza cercano di applicare le categorie di diritto pubblico ad un fenomeno esterno e differente da quello statale⁷.

⁵ Sul punto v. D.G. SMITH, *An Analysis of Two Federal Structures: The Articles of Confederation and the Constitution*, in *San Diego L. Rev.*, 1997, 249.

⁶ V. M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. Bonacchi, *Una costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 73. Infatti, l’Autore è interessato a dimostrare come l’ordinamento dell’Unione europea è profondamente differente, anzi opposto, a quello costituzionale-statale essendo - ad avviso di Luciani - il primo privo di legalità e di legittimità nel senso costituzionale-statale del termine. V. anche A. PACE, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, 621. Come dimostra tale scritto, anche questo Autore non è interessato all’analisi e comprensione del processo di integrazione europea. Differentemente egli analizza i motivi giuridici per cui l’Unione europea non è titolare di una Costituzione sul modello statale.

⁷ Ancora recentemente il prof. Giuseppe Tesaro sottolineava che «tuttavia, la premessa tecnico-giuridica [relativa al processo d’integrazione europea ed all’Unione europea] non combacia con la logica metodologica e teorica del diritto internazionale e/o del diritto interno (...). Tale considerazione ci porta a ritenere che la sensibilità, a livello sia scientifico che pratico, è cresciuta non di molto, precisamente per la tentazione di guardare al diritto dell’Unione con logiche interne o

A ben vedere, l'analisi del processo d'integrazione europea tramite concetti tipici del diritto pubblico nasce all'inizio degli anni '60 al di fuori dell'Accademia europea. Essa, infatti, nasce negli anni '60 all'Università di Michigan tramite i primi studi di Eric Stein⁸ e successivamente di Joseph Weiler⁹. Questi autori iniziano l'analisi del processo d'integrazione non secondo le categorie tipiche del diritto pubblico internazionale¹⁰ ma secondo un “*american approach*”¹¹ cioè tramite una “*functionally State-like vision of integration*”¹².

L'analisi del processo d'integrazione tramite concetti di diritto pubblico è poi recepita dall'Accademia europea in particolar modo dopo il 1993, cioè dopo la *Maastricht Urteil* della Corte costituzionale tedesca (1993)¹³. Questa aveva di fatto chiarito la non aderenza delle teorie sviluppate da Stein e Weiler ai fondamenti giuridici dell'Unione europea¹⁴.

Particolarmente attiva da questo momento è la dottrina di diritto pubblico tedesca (tra gli altri, Peter Häberle¹⁵, Ingolf Pernice¹⁶, Armin von Bogdandy)¹⁷. L'influenza della dottrina tedesca a livello continentale nel corso degli anni è tale che lo stesso Armin von Bogdandy nel 2020 organizza un simposio al fine di discutere se: «*Ought we thus to speak of a German legal hegemony?*»¹⁸.

Però l'analisi del processo d'integrazione tramite concetti di diritto pubblico trova un limite nella differente natura giuridica di un ente originario come lo Stato e quella di un ente derivato come l'Unione europea. Ed infatti tale dottrina - al fine di applicare concetti di diritto pubblico ad un ente che di diritto pubblico non è - devono sviluppare le loro ricostruzioni modificando il significato di categorie tipiche del diritto pubblico per adattarle alle caratteristiche dell'Unione. Si pensi, ad esempio, ai concetti di “costituzione”, “sovrانيتà”, “costituzionalismo”, “potere pubblico” utilizzati nel contesto dell'Unione. Concetti questi inestricabilmente connessi alle caratteristiche dell'ente Stato nazionale e, in quanto tali, non applicabili ad un'organizzazione sovranazionale come l'Unione europea¹⁹. Non è un caso che l'analisi del processo di integrazione europea tramite le categorie del

internazionali; né si tratta solo di orientamenti politici, che cambiano molto spesso colore, ma di una radicata cultura giuridica che non riesce a spaziare come si dovrebbe oltre i confini nazionali di un ordinamento giuridico, come pure sarebbe richiesto da un'esigenza di modernizzazione dello studio del diritto», v. F. PETRINI, *Intervista a Giuseppe Tesaurò*, in *Lo Stato*, 2021, 189.

⁸ E. STEIN, T.L. NICHOLSON (eds.), *American Enterprise in the European Common Market: A Legal Profile*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1960, 6.

⁹ WEILER J.H.H., *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 416.

¹⁰ V. WEILER J.H.H., *Eric Stein: A Tribute*, in *Michigan Law Review*, 1984, 1161.

¹¹ A. BOERGER - M. RASMUSSEN, *Transforming European Law: The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, 219.

¹² M. AVBELJ, *The Pitfalls of (comparative) Constitutionalism for European Integration*, 2008, disponibile al sito <https://papers.ssrn.com>, 23.

¹³ Corte costituzionale tedesca, 12 ottobre 1993, *BVerfGE*, 89, 155, cd. *Maastricht Urteil*.

¹⁴ Nel presente contributo faccio riferimento a “Unione europea” in modo indistinto per indicare anche tutte le organizzazioni sovranazionali precedenti (CECA, CEE, CE, etc.).

¹⁵ Ad esempio P. HÄBERLE, *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, *KritV*, 1995, 298; anche P. HÄBERLE, *Der Sinn von Verfassungen in Kulturwissenschaftlicher Sicht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2006, 627.

¹⁶ Tra i tanti I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002.

¹⁷ Sull'estesa produzione di Armin von Bogdandy su tale tema, v. il prossimo paragrafo.

¹⁸ A. VON BOGDANDY e a. (ed.), *German Legal Hegemony?*, MPIIL Research Paper Series No. 2020-43.

¹⁹ Ad es. v. sul punto G. DELLA CANANEA, *Is european constitutionalism really “Multilevel”?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, 273.

diritto pubblico sia stato definito anche “costituzionalismo postmoderno”²⁰ (sul punto v. dopo).

Tale forma di analisi risulta quindi non essere fedele al testo dei Trattati come interpretati dalla Corte di giustizia proprio perché cerca di applicare all’Unione europea categorie di un settore del diritto differente. Essa, sotto questo aspetto, potrebbe essere definita – utilizzando un termine utilizzato da Augusto Carrino per il movimento dei *Critical Legal Studies*²¹ – “giuridico politica”.

4. I fondamenti giuridici dell’Unione europea nella ricostruzione di Armin von Bogdandy...

Passando agli scritti di Armin von Bogdandy sul fondamento giuridico dell’Unione, è forse possibile individuare un *leit-motiv* in questi. Cioè il tentativo di riorganizzare il processo di integrazione europea - secondo il paradigma “costituzionale-statale” - in termini di “unità”, sul modello dell’“unità” dell’ente statale, questo nella ricerca di un “singolare collettivo” a livello dell’Unione²².

Si pensi allo scritto del 1999, *The Legal Case for Unity: the European Union as a Single Organization with a Single Legal System*²³; ma poi anche all’articolo del 2000 che ricostruisce l’Unione come una “*non-state federal polity*” caratterizzata dalla frammentazione e dal policentrismo²⁴. E poi si pensi, nel periodo della redazione del Trattato che istituisce una costituzione per l’Europa, i numerosi scritti in materia di principi di diritto costituzionale “europeo”²⁵. Ma anche successivamente, dopo la mancata ratifica di quel Trattato, si pensi allo scritto del 2016 che “concettualizza” il risultato del processo d’integrazione europea nell’“*European Legal Space*”²⁶.

Il *leit motiv* dell’integrazione europea quale processo che produce un ente riassumibile in una unità tra Unione e Stati - e quindi tramite un modello simil-statale - trova un suo ulteriore sviluppo nel volume oggetto del presente contributo, cioè il *Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*.

²⁰ M. NÚÑEZ, *Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional*, in *Revista chilena de derecho*, 2004, 115.

²¹ V. A. CARRINO, *La Costituzione come decisione - Contro i giusmoralisti*, Milano, Mimesis, 2019, 10.

²² Come sostenuto da von Bogdandy: «Per molto tempo al diritto costituzionale dell’Unione Europea è mancato un singolare collettivo e questa assenza ha contribuito in funzione che il diritto costituzionale dell’unione fosse instabile. L’estensione costituzionale europeo ha difficoltà a fare meno in tale singolare. La Società è un singolare collettivo», A. VON BOGDANDY, *The European Renaissance of Republicanism: On the Future of EU Law in Light of Article 2 TEU*, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper No. 2024-02*, <https://ssrn.com/abstract=4695467>, 12 (traduzione dell’autore).

²³ In *Common Market Law Review*, 1999, 887.

²⁴ A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2000, 32.

²⁵ A. VON BOGDANDY, J. BAST, *Europäisches Verfassungsrecht - Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin, Springer, 2003.

²⁶ ID., *The Transformation of European Law: The Reformed Concept and its Quest for Comparison*, MPIL Research Paper Series No. 2016-14.

La tesi di fondo del volume è che il processo d'integrazione europea ha realizzato una "società europea" (art. 2 TUE) il cui diritto è costituito dal diritto dell'Unione. In questo senso la tesi di fondo del volume - nell'idea di ricreare nel contesto dell'Unione l'unità tipica dell'ente statale - ricorda in qualche modo la definizione di "Stato" di Fulco Lanchester. Per Armin von Bogdandy si potrebbe dire che l'Unione costituisce l'ente che "governa" la società europea (par. 2, pagina 16) così come, secondo le categorie statuali, lo Stato costituisce "la struttura di governo di un popolo"²⁷.

In particolare nei primi paragrafi del volume sono formulate una serie di "tesi" che poi vengono sviluppate ed approfondite successivamente nel testo: l'insoddisfazione della ricostruzione dell'Unione come ente sui generis (par. 1); il fatto che il processo d'integrazione non ha prodotto uno Stato europeo e nessun popolo europeo, ma ha prodotto una "società" europea come definito all'art. 2 TUE; il diritto europeo è il diritto della società europea (par. 1); il diritto pubblico europeo costituisce quindi il diritto della società europea (par. 2); il diritto europeo (e non il diritto dell'Unione europea, sul punto si v. sotto) deve essere ricostruito non secondo un principio c.d. "funzionale", bensì secondo un principio "costituzionale" (par. 21), o meglio, secondo le "categorie costituzionali" (par. 21, p. 113).

Se queste tesi chiariscono l'adesione di Armin von Bogdandy al paradigma "costituzionale-statale" di ricostruzione dell'Unione, il principio d'interpretazione delle norme del Trattato scelto dall'autore chiarisce la sua adesione al metodo "giuridico-politico"; cioè un metodo che non ritiene rilevante - in considerazione degli obiettivi che sono stati posti - la fedeltà al testo dei Trattati nella relativa ricostruzione giuridica.

Ed infatti nella ricostruzione contenuta nel volume, il concetto di "diritto pubblico europeo" è qualcosa di differente rispetto al "diritto dell'Unione europea". Ugualmente il concetto di "Unione" da lui descritto è differente dal concetto di "Unione europea" dei Trattati.

Tale risultato è conseguenza del "catalizzatore" scelto dall'Autore per la "modifica strutturale del diritto pubblico ("Strukturwandel"), cioè il concetto - di origine postmoderna²⁸ - di "costituzionalismo trasformativo". In particolare il "costituzionalismo trasformativo" costituisce per l'Autore un "approccio all'interpretazione ed applicazione delle norme costituzionali".

Come è stato correttamente sottolineato, "l'idea di fondo è che, come il costituzionalismo trasformativo ha permesso progressi notevoli alle società sudamericane, così anche l'Unione europea possiede una tale carica trasformativa, che deve essere orientata a superare i *deficit* strutturali dell'Unione. *Deficit* che, in questa fase, emergono

²⁷ F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1990, 800. V. anche E. TOSATO, *Stato (teoria generale e diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1990, 759. V. anche V.E. ORLANDO, *Sul concetto di Stato (1910)*, in *Diritto pubblico generale - Scritti vari (1881 - 1940)*, Milano, Giuffrè, 1954, 219.

²⁸ Von Bogdandy ha avuto occasione di affermare: «Siamo postmoderni, non crediamo più all'unica verità assoluta. Siamo situati, ma possiamo essere, ciò nonostante scientifici», A. VON BOGDANDY, *La costruzione della società democratica europea: concetti, principi, corti, scienza giuridica*, in RTDP, 916.

soprattutto attraverso le involuzioni democratiche e dello Stato di diritto che caratterizzano la Polonia e l'Ungheria”²⁹.

Il termine “costituzionalismo trasformativo” è mutuato dall'autore dagli scritti di Karl Klare³⁰, esponente degli *US American Critical Legal Studies*. Come noto quello dei *Critical Legal Studies* costituisce un movimento accademico nato negli Stati Uniti d'America alla fine degli anni '70 e che si fonda - tra l'altro - sulla teoria postmoderna del diritto³¹; cioè una ricostruzione del diritto collegato alla teoria “decostruttivista” di cui - tra l'altro - alla “Grammatologia” di Jacques Derrida³² (forse non a caso volume pubblicato in Germania, così come lo *Strukturwandel* di Armin von Bogdandy, anch'esso dalla Shurkamp). Questa teoria si fonda, a fronte della famosa frase di Derrida: “Non c'è niente fuori dal testo”, sul principio per cui il testo scritto - essendo (asseritamente) privo di propria oggettività - può essere destinatario d'infinito interpretazioni e significati. Impostazione questa che per i giuristi crea rilevanti problemi nel rapporto tra diritto e tutela dello Stato di diritto³³.

5. ... e le sue conseguenze sull'aderenza di tale teoria alla realtà dell'Unione europea

Una prima obiezione all'impostazione di Armin von Bogdandy nel suo ultimo volume riguarda il rapporto tra ricostruzione giuridica e testo dei Trattati. Questo in quanto la ricostruzione di Armin von Bogdandy si allontana - non ritenendola necessaria per i suoi obiettivi - dalla fedeltà al testo del Trattato come interpretato dalla Corte di giustizia.

Infatti, la ricostruzione di von Bogdandy dell'Unione europea - secondo il paradigma “costituzionale-statale” - ha il suo fondamento nella “società” europea (art. 2 TUE) quale “gruppo sociale” al centro del processo d'integrazione europea.

Tale interessante ricostruzione - alla ricerca di un “noi” europeo³⁴ - non tiene presente che il “gruppo sociale” a cui i Trattati fanno riferimento non è tanto la “società europea” bensì i “popoli” dei differenti Stati europei (artt. 1, comma 2, e 3, comma 1, TUE). A loro volta i popoli europei sono organizzati tramite gli Stati membri (art. 1, comma 1, TUE). La stessa Corte di giustizia non riconduce la fonte di legittimazione dell'Unione alla “società europea”, fonte di legittimazione - come dimostrato dalla *Brexit* - che continua ad essere

²⁹ R. BIFULCO, *Il ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione dell'Unione europea*, in RTDP, 2023, 932.

³⁰ A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts - Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlino, Shurkamp, 2022, para. 24.

³¹ V. G. MINDA, *Postmodern Legal Movements*, New York, NYU Press, 1996, in particolare il capitolo 6. Sull'applicazione delle teorie filosofiche della scuola post-moderna francese negli Stati Uniti v. F. CUSSET, *French Theory: Foucault, Derrida, Deleuze et Cie et les mutations de la vie intellectuelle aux États-Unis*, 2005, Parigi, Editions La Découverte.

³² V. J. DERRIDA, *De la grammatologie*, Parigi, Éditions de Minuit, 1967. V. sul punto J.M. BALKIN, *Deconstructive Practice and Legal Theory*, in *The Yale Law Journal*, 1987, 743; J.P. MCCORMICK, *Derrida on law; or, Poststructuralism gets serious*, *Political Theory*, 2001, 395; ripubblicato in P. LEGRAND, *Derrida and Law*, London, Routledge, 2009, 14.

³³ Come è stato recentemente sostenuto da Natalino Irti, «Attribuire alla parola del legislatore un significato, è estraneo alla natività linguistica, e sovvertire il sistema, deludere la aspettativa dei destinatari, cadere nel più capriccioso soggettivismo», N. IRTI, *Risiede nel linguaggio l'estrema salvezza dello Stato di diritto*, in *Il Sole 24 ore*, 24 ottobre 2023, 23, stralcio dell'intervento in apertura del convegno «Il giudice e lo Stato di diritto», promosso dalla Scuola Superiore della Magistratura alla presenza del Presidente della Repubblica.

³⁴ Così A. VON BOGDANDY, *The European Renaissance of Republicanism*, cit., 34 (traduzione dell'autore).

fornita dai singoli Stati membri.

Come precedentemente sottolineato, tale “allontanamento” dal testo dei Trattati è conseguenza dell’“approccio all’interpretazione” di origine “postmoderna” scelto dall’autore nel volume, cioè il “costituzionalismo trasformativo”.

Secondo l’impostazione del movimento dei *Critical Legal Studies* – a cui appartiene Karl Klare, autore del concetto di “costituzionalismo trasformativo” - l’allontanamento dal testo della norma è conseguenza – seguendo la teoria “decostruttivista” di Derrida - della rilevanza data al cd. “critical reading”, rispetto al “primary reading” del testo. Sotto questo aspetto, il «*primary reading takes a text at face value and simply tries to understand what [it] intended to say*». Diversamente, il «*critical reading assumes [...] statements [...] can never be taken at face value. Instead, they must be “seen through” to expose the text’s real meaning, which is determined in accord with this or that fashionable theory*»³⁵.

La domanda da porsi è quindi se questa impostazione teorica - impostazione che Letsas utilmente definisce “non-positivista”³⁶ - sia applicabile al diritto dell’Unione europea.

A ben vedere tale impostazione non è applicabile al diritto dell’Unione europea dal momento che gli Stati membri hanno previsto nei Trattati un’Istituzione, la Corte di giustizia, titolare della competenza d’interpretazione centralizzata e vincolante del diritto dell’Unione europea (art. 267 TUE). Al fine di permettere all’Unione di raggiungere i suoi obiettivi (art. 3 TUE) e di garantire il principio di “autonomia” del diritto dell’Unione, il “significato” dei Trattati è esclusivamente quello chiarito dalla Corte di giustizia e non quello fornito dalla dottrina.

L’impostazione contenuta nel volume - forse proprio per la sua finalità “trasformativa” – non può inoltre essere aderente alla realtà dell’Unione. Essa, ad avviso di chi scrive, non può quindi individuare i concreti e futuri sviluppi del processo d’integrazione europea. Questo in quanto tale ricostruzione non utilizza i concetti di diritto dell’Unione a cui gli Stati membri - ed i loro rappresentanti - fanno riferimento nella negoziazione dei Trattati e sulla base dei quali gli Stati determinano gli obiettivi - e lo sviluppo - del processo d’integrazione europea. In altri termini, tale ricostruzione - come la ricostruzione «giuridico-politica» in generale -, non essendo aderente al testo dei Trattati come interpretato dalla Corte di giustizia, ricostruisce l’Unione secondo “obiettivi” che non sono quelli contenuti nei Trattati e quindi voluti dagli Stati membri così come poi interpretati dalla Corte di giustizia.

³⁵ Così A. PORTER, *Everyone’s a Critic, and It’s Time to Read the Books*, in *Wall Street Journal*, 29 aprile 2022.

³⁶ G. LETSAS, *Harmonic Law: The Case Against Pluralism* (June 25, 2011). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1872366> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1872366>

6. La teoria della “società europea” di Armin von Bogdandy e la teoria della “comunità dei cristiani” di Enea Piccolomini (1446)

L’idea centrale nel volume di Armin Bogdandy è quella dell’esistenza di una società europea (art. 2 TUE), cioè di un gruppo di persone unite da valori comuni, “gruppo sociale” che in buona sostanza legittima la stessa Unione europea.

Una delle conseguenze dell’aver individuato un “gruppo sociale” di dimensione continentale permette all’autore di tentare di estendere all’Unione europea i principi della Republicanesimo che nascono con Cicerone³⁷. Questo sul presupposto che al concetto ciceroniano di “popolo”³⁸ sia possibile sostituire quello di “società”³⁹.

Come scrive von Bogdandy in una bozza di una sua prossima pubblicazione: “Sono disposto a riconoscere una rinascita del republicanesimo solo nel contesto dell’articolo 2 del TUE. (...) La mia domanda di ricerca è: quali sono le basi, le tendenze e le potenzialità del diritto costituzionale dell’Unione se lo interpretiamo in termini repubblicani?”⁴⁰

Sotto questo aspetto vorrei qui richiamare l’interessante coincidenza tra la ricostruzione di Armin von Bogdandy e la teoria sostenuta da Enea Piccolomini nel 1446 - in quel periodo Segretario dell’Imperatore del Sacro romano impero, Federico III, prima di essere poi nominato Papa con il nome di Pio II. Piccolomini nel suo *De ortu et auctoritate imperii Romani* sostiene il ruolo del Sacro romano impero quale ordinamento necessario al fine del raggiungimento degli obiettivi del republicanesimo ciceroniano, cioè “tutelare l’ordine armonico della società”⁴¹ (come sosterrà in modo non molto distante, nel 1713, l’Abbé de Saint-Pierre il quale individuava le istituzioni del Sacro romano impero successive alla pace di Westfalia, 1648, quale esempio per garantire la pace tra gli Stati nel continente europeo, ciò per il tramite della *rule of law* e non, come era in tale momento storico, per il tramite del principio dell’”equilibrio di poteri” tra Stati⁴²).

La somiglianza fra le due teorie è costituita dal fatto che entrambe – su basi storiche e teoriche chiaramente differenti - presuppongono l’esistenza di *un gruppo sociale di dimensione*

³⁷ A. VON BOGDANDY, *The European Renaissance of Republicanism*, cit., 22 (traduzione dell’autore). Sul pensiero politico di Cicerone v. tra i tanti G. HAMZA, *Il potere (lo Stato) nel pensiero di Cicerone e la sua attualità*, in *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2013, 1.

³⁸ Questa la famosa definizione di “*Res publica*” di Cicerone: «E’, dunque (...), lo stato ente del popolo; il popolo, d’altra parte, non è aggregazione di uomini aggruppata in una maniera qualunque, ma l’aggregato di un complesso di uomini unito dall’armonia del diritto e dalla comunanza di utilità. La ragione prima, poi, del suo unirsi, non è tanto la debolezza, quanto, vorrei dire, una propensione proprio naturale degli uomini ad aggregarsi: non è infatti questa specie né solitaria né solivaga». Sul punto v. A. GRILLI, *L’idea di Stato dal Re Publica al De Lebigus*, in *Ciceroniana*, 1990, 250.

³⁹ Come sostenuto da von Bogdandy: «Il concetto di società europea rafforza l’interpretazione repubblicana dei Trattati. Questo richiede un’elaborazione. Il republicanesimo, come tutte le teorie politiche della modernità europea, richiede un singolare collettivo come figura finale, quindi concetti come Stato, popolo, nazione, potere costituzionale o sfera pubblica», A. VON BOGDANDY, *The European Renaissance of Republicanism*, cit., 11 (traduzione dell’autore).

⁴⁰ A. VON BOGDANDY, *The European Renaissance of Republicanism*, cit., 1 (traduzione dell’autore).

⁴¹ CARY J. NEDERMAN, *Humanism and Empire: Aeneas Sylvius Piccolomini, Cicero and the Imperial Ideal*, *The Historical Journal*, 513.

⁴² ABBE DE SAINT-PIERRE, *Projet pour rendre la Paix perpétuelle en Europe* [Utrecht 1713], Parigi, Edizioni S. Goyard-Fabre, 1981.

continentale: la “comunità dei cristiani”, «*Europeos, aut qui nomine Cristiano censentur*»⁴³, nel caso di Piccolomini; la “società europea” caratterizzata da valori comuni, nel caso di von Bogdandy.

I rispettivi “gruppi sociali” si inseriscono in *enti politico-istituzionali anch’essi di dimensione continentale*: cioè il Sacro romano impero, nel caso di Piccolomini; l’Unione europea, nel caso di von Bogdandy.

Quale è il limite di tali teorie?

Sembra di poter sostenere che il limite di tali teorie - come dimostrato concretamente dalla crisi poi subita dal Sacro romano impero proprio negli anni di Piccolomini - è che entrambe tentano di escludere l’aspetto “sociale” caratteristico del continente europeo. Cioè il fatto che sul continente europeo vivono (ed hanno sempre vissuto) popoli che - sebbene presentino “valori comuni” (art. 2 TUE) - mostrano “identità nazionali” distinte (art. 4 c. 2 TUE). In altri termini, entrambe le teorie - utilizzando il concetto di “comunità dei cristiani” o di “società europea” - “sterilizzano” la caratteristica “nazionale” che, in buona sostanza, è quella che ha determinato l’evoluzione politica del continente europeo⁴⁴.

Differentemente i Trattati istitutivi l’Unione europea - come redatti dagli Stati membri - chiariscono ben il fatto che non esista un “popolo europeo” ma “i popoli dell’Europa” (art. 1 c. 2 TUE). In questo modo i Trattati confermano quello che il poeta Sassone già scriveva dodici secoli fa con riferimento a Carlo Magno: l’Europa di Carlo Magno è “l’Europa *dei popoli* i cui nomi erano rimasti sconosciuti ai Romani”.

La stabilità politica garantita nel XXI secolo in Europa, e quindi le “relazioni armoniche tra gli esseri umani”, non sembra quindi essere conseguenza della “società europea” (art. 2 TUE). Tale stabilità politica continentale sembra essere conseguenza dell’istituzione dell’Unione europea da parte degli Stati europei, cioè dell’ente finalizzato a risolvere la crisi dello Stato nazionale sul continente europeo, crisi iniziata al principio del XX secolo.

In questo senso, nell’Unione europea la responsabilità perché l’”esperienza” del processo d’integrazione duri il più a lungo possibile è quindi in capo agli Stati membri (art. 1, comma 1, TUE) e non alla “società europea” (art. 2 TUE). Questo anche perché “dietro” la “società europea” dell’art. 2 TUE non vi sono i cittadini europei ma gli Stati membri; cioè i soggetti, come vedremo, che hanno “creato” l’Unione e che, in ultima istanza, legittimano l’Unione⁴⁵.

⁴³ E. PICCOLOMINI, *De Europa*, Francoforte, Minerva, 1967, ristampa anastatica dell’edizione Basileae, 1571, 387. Sul punto tra i tanti v. B. BALDI, *Enea Silvio Piccolomini e il "De Europa": umanesimo, religione e politica*, in *Archivio Storico Italiano*, 2003, 619.

⁴⁴ Sul punto v. KOHN H., *Nationalism: Its Meaning and History*, Princeton, Van Nostrand, 1955.

⁴⁵ Su questo aspetto v. Pace L.F., *I fondamenti giuridici dell’Unione europea tra politica e tecnica*, cit., p. 969.

7. Una proposta alternativa. La ricostruzione della natura giuridica dell'Unione secondo il metodo “tecnico-giuridico”: l'Unione come “organizzazione sovranazionale”.

A fronte di quanto scritto precedentemente, l'evoluzione del processo d'integrazione europea degli ultimi venti anni ha dimostrato come le categorie giuridiche del diritto pubblico, sebbene adattate alla dimensione europea, non sono aderenti alla realtà dell'Unione per come essa si è sviluppata.

Ma quali sono quindi i criteri tecnici per una ricostruzione giuridica dell'Unione europea aderente alla sua natura?

I criteri tecnici sono quelli “forniti” dalle norme dei Trattati così come interpretate dalla Corte di giustizia in una ricostruzione che potremmo definire “tecnico-giuridica”.

Cosa sia l'Unione europea è chiarito dalla Corte nel parere n. 2 del 2013: «I Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai Trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi» (par. 157)⁴⁶.

Questa definizione della Corte permette di configurare l'Unione quale organizzazione internazionale. I primi tre criteri elencati nella definizione della Corte di giustizia sono quelli che in dottrina e nella prassi caratterizzano le organizzazioni internazionali⁴⁷.

L'Unione europea non è però una qualsiasi organizzazione internazionale in quanto, come definito sempre dalla Corte di giustizia, l'Unione presenta un suo “quadro costituzionale”. Tra i vari elementi che costituiscono il “quadro costituzionale” ve n'è uno di particolare importanza e che permette di qualificare l'Unione europea quale “organizzazione sovranazionale”⁴⁸. Tale elemento, cioè il “nucleo sovranazionale” dell'Unione, è costituito, a sua volta, da tre distinti elementi tra loro strettamente correlati: il principio di autonomia dell'Unione europea, il principio dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione, il ruolo della Corte di giustizia e la tutela giurisdizionale⁴⁹. A fronte di questi tre elementi il diritto dell'Unione, in quanto autonomo tanto dal diritto internazionale quanto dal diritto degli Stati membri, non costituisce diritto internazionale bensì diritto dell'Unione *sic et simpliciter*⁵⁰. Intanto il diritto pubblico internazionale ed

⁴⁶ Parere della Corte di Giustizia del 18 dicembre 2014, parere 2/13, *Adesione alla CEDU*, in Racc. ECLI:EU:C:2014:2454.

⁴⁷ V. L.F. PACE, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit., 2023, 56.

⁴⁸ F. CAPOTORTI, *Supranational organizations*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1983, p. 264. V. anche, sebbene con alcune differenze, L.S. ROSSI, *Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri nell'Unione europea*, in M. VELLANO (ed.), *Il futuro delle organizzazioni internazionali – XIX Convegno SIDI*, Napoli, Editrice scientifica, 2013, 361.

⁴⁹ V. sulla lettura del principio di autonomia da parte dello studioso di diritto amministrativo, v. A. CIOFFI, *Sull'Europa come ordinamento giuridico e sull'interpretazione delle norme*, in *Aperta contrada*, 22 maggio 2023, apertacontrada.it.

⁵⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 2 settembre 2021, causa C-741/19, *Repubblica di Moldova*, in Racc. ECLI:EU:C:2021:655. K. LENAERTS, - P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005, 12.

interno sono rilevanti nell'ordinamento giuridico dell'Unione in quanto concesso dai Trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Attenzione però! Il fatto che la Corte di giustizia faccia riferimento a concetti quali “quadro costituzionale” non significa che essa si riferisca a concetti statali o collegati all'ente statale quali, appunto, il concetto di “Costituzione” (statale).

Essendo l'Unione un'organizzazione sovranazionale, essa costituisce un ente derivato e non originario come, ad esempio, l'ente statale. Il riferimento che la Corte di giustizia effettua non è, quindi, alla “Costituzione statale”, bensì al cd. “Trattato-costituzione”, cioè l'atto che istituisce un'organizzazione internazionale.

Che tale impostazione sia sostenibile, cioè che si possa riferire il concetto di “costituzione” ad enti che non siano statali, è dimostrato dalla prassi e, ad esempio, dall'atto istitutivo dell'UNESCO. Esso è infatti denominato formalmente “Costituzione dell'UNESCO”. Ciò non significa, chiaramente, che l'UNESCO costituisca uno Stato o comunque un ente originario.

L'impostazione qui utilizzata al fine di configurare l'Unione europea si qualifica per il suo carattere storico ed usa, adoperando una bella metafora di Sabino Cassese, “la storia come i geologi utilizzano gli strati tettonici”⁵¹. Essa, cioè, non si concentra solamente sulla definizione giuridica dell'Unione; essa cerca, infatti, d'individuare la finalità dell'Unione nel contesto della storia del continente europeo.

Questa impostazione “storica” permette non solo di comprendere lo sviluppo dello Stato nazionale, la sua crisi nel XX secolo e la sua soluzione voluta dagli Stati europei tramite un'organizzazione sovranazionale, cioè l'Unione europea. Essa permette anche di “guardare indietro” nel tempo e comprendere come l'Unione europea - tramite l'obiettivo della stabilità politica - costituisce l'ultima - in termini di tempo - forma di organizzazione politico-istituzionale che, tra l'altro, persegue l'obiettivo della pace a livello continentale (art. 3 c. 1 TUE).

Sotto tale aspetto, l'Unione europea svolge un ruolo *mutatis mutandis*, per quanto riguarda l'obiettivo della stabilità politica, non dissimile ad altri enti del passato - organizzati in varie forme di Imperi (quali, ad esempio, l'Impero romano, l'Impero carolingio e il Sacro Romano Impero) - e che, anch'essi, istituivano un “ordinamento giuridico continentale”.

A cambiare nei 70 anni del processo d'integrazione europea non è stata, però, né la natura giuridica dell'Unione, né gli obiettivi dell'Unione. A cambiare sono stati gli strumenti che gli Stati hanno dovuto individuare per risolvere le nuove sfide che l'Unione ha dovuto affrontare. Evoluzioni (e risposte a crisi) che sono già sotto gli occhi di tutti con riferimento alle modifiche rese necessarie, ad esempio, dalla crisi istituzionale dell'eurozona (2009-2013) o dalla crisi della pandemia del covid-19 (2020-...), la risposta alla guerra in Ucraina (2022-...)⁵².

⁵¹ S. CASSESE, *Le strutture del potere*, Bari, Laterza, 2023, 70.

⁵² V. ad es. Marcello Condemmi individua nell'Unione bancaria una fase di sviluppo dell'Unione e del processo d'integrazione europea. M. CONDEMI, *L'Unione economica e monetaria e la nascita dell'Unione bancaria quali significative tappe del difficile processo di piena integrazione europea*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, Suppl. 3 al n. 3/2021, www.rtde.luiss.it, 2021, 57.

Se quindi l'Unione europea ha mantenuto nel tempo la sua natura giuridica di "organizzazione sovranazionale", vi è stata però un'evoluzione "rivoluzionaria" nelle sue finalità grazie alla natura "intersoggettiva" dei Trattati: un ordinamento istituito con l'obiettivo della creazione di un mercato interno, è divenuto un ordinamento che ha quale obiettivo la tutela della persona e della sua dignità (art. 1 Carta UE, art. 6 TUE).

8. Conclusioni

Le tesi contenute nell'ultimo volume di Armin von Bogdandy costituiscono il perfezionamento e lo "stato dell'arte" della ricostruzione del fondamento giuridico dell'Unione europea secondo il paradigma "costituzionale-statale". La centralità, come sostenuto nel volume, del ruolo della "società europea" come richiamato dall'art. 2 TUE permette, tra l'altro, di risolvere alcuni limiti delle precedenti ricostruzioni della dottrina.

La "concettualizzazione" contenuta nel volume di Armin von Bogdandy non vuole essere una ricostruzione puntuale del sistema giuridico dell'Unione europea. L'obiettivo è quello, utilizzando il principio interpretativo di origine "postmoderna" del "costituzionalismo trasformativo", d'individuare le auspicabili evoluzioni dell'Unione europea nel prossimo futuro. I risultati del volume e la sua originalità del pensiero confermano il posto di Armin von Bogdandy tra i più influenti studiosi del processo d'integrazione europea.

Un'alternativa alla ricostruzione "giuridico-politica" di Armin von Bogdandy è quella "tecnico-giuridica", ricostruzione che si fonda su basi differenti rispetto alla prima, cioè sull'interpretazione aderente al testo dei Trattati come interpretato dalla Corte di giustizia.

La Storia "dirà" quale di queste ricostruzioni sarà la più aderente alla realtà dell'Unione europea per come essa si evolverà anche a fronte delle future ed inevitabili crisi che l'Unione dovrà affrontare e risolvere.

A prescindere da questo, e nella ricchezza delle idee che è il «sale» della discussione accademica, entrambe le ricostruzioni dovrebbero riconoscersi in un elemento comune ed essenziale per un positivo futuro della "società europea": la centralità dell'Unione europea e del suo diritto per la promozione della pace, del benessere dei cittadini europei all'interno degli Stati membri nel contesto di un quadro di "valori comuni" (art. 3 c. 1 TUE).