

Teoria istituzionale della sovranità nell’Europa di Neil MacCormick

Giuseppe Maria Ambrosio

Abstract

The following paper analyzes the political theory of Neil MacCormick, a prominent figure of recent political and legal philosophy and a member of the European Parliament from 1999 to 2004. The article falls into three parts. The first one examines the main features of his ‘Institutional Theory of Law’ as a normative construction of commonly accepted social issues. The second part investigates his idea of sovereignty in its main aspects (political and legal, internal and external), deepening further on the differences between *Rechstaat* and *Polizeistaat* and on the operative issues of the rule of law in a constitutional perspective. A third and final part will try to ponder MacCormick’s main thesis in the light of the United Kingdom’s withdrawal from the European Union in June 2016 (so-called ‘brexit’).

Keywords

MacCormick - Institutional theory of Law - Sovereignty - Rule of Law - Brexit

È la sovranità simile alla proprietà, alla quale si può rinunciare solo a condizione che se ne avvantaggi qualche altro soggetto? Oppure dovremmo pensare ad essa come alla verginità, che è qualcosa che può essere perduta senza che se ne appropri qualcun altro, e la cui perdita in idonee circostanze può perfino essere qualcosa da celebrare? Questo libro è dedicato a tale seconda visuale

(Neil MacCormick, *La Sovranità in discussione*)

1. Il diritto tra autorità e società. Dall’ordine normativo all’ordine giuridico istituzionale

Le categorie di “sovranità” e di “istituzione” sono centrali nel pensiero di Neil MacCormick, sebbene la loro elaborazione si collochi in periodi diversi. Una compiuta dottrina della sovranità può dirsi predisposta solo sul finire degli anni Novanta, a

partire dal fondamentale *Questioning Sovereignty*, per essere perfezionata attraverso una serie di interventi successivi. La celebre teoria giuridica dell'ordine normativo istituzionale, al contrario, è oggetto di riflessione sin dagli anni Settanta¹, pur mancando ancora del fondamentale *Institutions of Law*, che ne tracerà i caratteri decisivi. È proprio a partire dagli anni Novanta, peraltro, che sovranità e ordine istituzionale sono pensati in rapporto di stringente prossimità teorica: appare quindi opportuno, onde comprendere al meglio la prima, soffermarsi preliminarmente sul secondo.

In una prima approssimazione un ordine può definirsi normativo laddove un certo numero di persone decide di informare la propria condotta ad un assetto di regole sociali². L'ordine normativo è *ideale*, in quanto è il risultato di «una rappresentazione del mondo reale così come pensiamo che esso sia» (MacCormick 2003, 18). Ideale non vuol dire per MacCormick ‘idealizzato’, ossia relegato al mondo impraticabile delle idee, ma legato a quello, realizzabilissimo, di una sistemazione della realtà secondo valori e regole a loro volta rappresentativi di come la realtà dovrebbe essere. Allo stesso tempo un ordine normativo si presenta come *pratico*, nel senso duplice di ordine concernente il mondo non teoretico dell’azione (sociale) e di ordine effettivamente praticabile. Un ordinamento ideale e praticabile deve essere inoltre *volontario*, ossia supportato dalla volontà, socialmente condivisa, di attuarlo.

Affinché un ordine normativo diventi ordine istituzionale vi è però bisogno di qualcosa in più. Innanzitutto di un giudizio che, da personale ed autonomo, divenga convenzionale ed eteronomo. Sarà quindi necessaria un’*autorità* che vigili sull’applicazione delle norme. È inoltre necessario che tale ordine sia *autoreferenziale*, ossia individui esclusivamente al proprio interno la regola che decide una porzione della vita reale. È attraverso gli elementi dell’autorità e dell’autopoiesi che un assetto normativo di tipo convenzionale diviene compiutamente istituzionale. Il giudizio (eteronomo, sistematico, definitivo) è a questo punto istituzionalizzato: l’ordine normativo dinanzi al quale ci troviamo è un *ordine normativo istituzionale*.

La ‘teoria istituzionale del diritto’ (*institutional theory of law*), qui brevemente rammentata, è pensata – ed anzi esplicitamente offerta – come una risposta alle posizioni di Kelsen e Hart (entrambi richiamati nella prefazione di *Institutions of*

¹ *Law as institutional fact* è non a caso il titolo della sua *inaugural lecture* presso l'università di Edimburgo nel lontano 1973. *Institutions of Law* vede la luce nel 2007.

² «When people follow common norms of conduct... I call it ‘normative’ order» (MacCormick 2007, 1).

*Law*³). Il suo carattere peculiare consiste, in definitiva, nella sua dimensione strutturalmente – e non solo funzionalmente – sociale, che la muove e assieme la legittima. Per MacCormick a fondamento di ogni istituzione più o meno complessa risiedono infatti valori *condivisi* di carattere giuridico e morale che conferiscono (non solo esistenza ed operatività ma) *validità* all'intero sistema. La differenza con la costruzione logico-formale kelseniana è evidente: né diversamente è da valutare l'apertura alle scienze sociali quali la scienza politica e la sociologia, discipline che Hart non considerò essenziali, e Kelsen esplicitamente espunse dall'analisi. Tale apertura permette a MacCormick di «riformulare l'equilibrio tra potere e diritto», ma soprattutto di elaborare una teoria sistematica del diritto, cosa che in Hart viene a mancare (Dwider 2008, 827). Un diritto istituzionalizzato consiste, in definitiva, in un valore – giuridico – che la società ha compreso e organizzato secondo principi e regole accettati dai suoi componenti.

Sebbene ‘formalizzato’ per mezzo dell’autorità (la quale è anch’essa elemento socialmente condiviso) l’ordine istituzionale possiede (*rectius*: deve possedere) quindi una radice di tipo convenzionale, essendo fondato su valori sociali (anch’essi rigorosamente condivisi) di ordine morale. I principi giuridici che lo sostanziano, per quanto auspicabilmente organizzabili in un *corpus* di norme scritte, non vanno quindi identificati con la forma normativa del diritto. In quei casi-limite in cui si controverte sul fondamento (*Grundlage*) di uno Stato di diritto, tali principi saranno chiamati a svelare la loro cruciale parentela col mondo dei valori, e – di conseguenza – la loro prevalenza rispetto non soltanto al potere politico ma allo stesso *ius positum* laddove sia con essi in contrasto.

MacCormick prova in tal modo a ridisegnare la prospettiva giuspositivista ‘ripulendola’ da quella teorizzazione delle forme del potere nota sinteticamente come ‘statalismo’, che storicamente la caratterizza in epoca moderna (MacCormick 2003, 159). Ed è proprio partendo da tale assetto sociale che vengono delineate le due diverse – ancorché interrelate – categorie della sovranità, quella (giuridica) del diritto e quella (politica) dello Stato, di cui parleremo a breve.

2. Rapporti tra Stato e Diritto

Nel 1999 viene data alle stampe la maggiore opera di teoria politica di MacCormick, *Questioning Sovereignty*, pubblicata in Italia nel 2003 con il titolo *La sovranità in discussione*. Il testo – oggetto centrale del nostro lavoro – si occupa nella prima parte

³ «...two great thinkers dominated legal theory in the twentieth century, Hans Kelsen and L. H. A. Hart...But neither, for all his genius succeeded in the attempt. Their place in history is unchallengeable, but for the present and for the future fresh work remains to be done» (MacCormick 2007, v-vi).

dei rapporti tra ordine giuridico e ordine politico, analizzando i casi in cui quest'ultimo si serve del primo per rafforzare il proprio potere. La tesi di MacCormick è che, pur insistendo sul medesimo corpo sociale, il diritto e la politica individuano due posizioni distinte dei rapporti sociali, e che non sempre le rispettive sfere d'autorità sono sincronizzate. Ciò risulta evidente quando l'ordinamento politico dimostra di non possedere la forza sufficiente ad imporsi sulla società di riferimento, nonostante utilizzi il potere giuridico per legittimarsi. È il caso della poderosa quanto poco efficace utilizzazione di tutta una serie di norme da parte del potere politico durante il fiorente commercio (illegale) degli alcolici negli anni Venti del secolo scorso.

Se politica e diritto sono pensate come due differenti forme della vita associata, rimane a questo punto aperta, ed anzi più problematica che mai, la questione relativa ai loro rapporti. MacCormick riprende la tesi di William Ewald («L'ibrido è mio», scriverà, «ma il debito che ho nei confronti di Ewald rimane enorme») il quale aveva a sua volta individuato quattro possibili combinazioni tra i due ordini.

1. *Lo Stato deriva dal diritto*: è questo il rapporto delineato dal giusnaturalismo moderno, in base al quale il diritto (di origine divina, naturale o razionale) è pensato come anteriore e superiore rispetto al potere politico. È questa la tesi di quanti, a partire da John Locke, considerano legittime le istituzioni statali nella misura in cui il potere sia da esse esercitato nei limiti ed a garanzia dei diritti di cui, per natura, godono gli individui.

2. *Il diritto deriva dallo Stato*: in questa seconda – ed opposta – visione sono le leggi (degli uomini) l'unica modalità di conferimento dei diritti, e al di fuori del potere normativo statale non si dà alcuna autentica rappresentazione giuridica. La dimensione *absoluta* del potere rispetto al diritto da esso creato e la *subiectio* dei sudditi nei confronti del sovrano sono, come noto, le caratteristiche dello Stato hobbesiano⁴.

3. *Stato e diritto sono realtà coesistenti*: se è vero che l'epoca moderna offre un panorama di progressiva acquisizione delle fonti di produzione del diritto da parte degli Stati, è altrettanto vero che tale caratteristica si impone in Europa solo a partire dal XVI secolo, peraltro senza mai annullare completamente una realtà giuridica istituzionale che, sfuggendo dalle ambizioni monopolistiche dello Stato, si afferma in virtù della sua intima (e mai completamente disponibile) dimensione sociale.

⁴ Che si tratti di un avvenimento realmente accaduto o di una *fictio* storica, quella del contratto sociale è in ogni caso per MacCormick «una categoria sovradimensionata. I governanti o i sovrani si istituiscono per conquista così come per consenso e mantengono il potere *finché il loro imperio resta una realtà effettiva*», (MacCormick 2007, 48, corsivo aggiunto).

4. *Identità di Stato e diritto* La quarta ed ultima tesi propone una compiuta osmosi ordinamentale, all'interno della quale il diritto fa strutturalmente parte dell'apparato organizzativo statale e lo Stato, a sua volta, è divenuto tutt'uno con la sostanza stessa del diritto. Secondo questa tesi l'idea per cui Stato e diritto siano, in epoca moderna, due entità separate, è basata su di un falso dualismo, in quanto lo Stato altro non è che la personificazione e l'organizzazione del diritto su base territoriale.

Delle tesi prospettate, è alla terza – lo si è visto – che MacCormick pare aderire. Identificare le categorie dello Stato e del diritto è un errore, così come è un errore immaginare un rapporto di dipendenza logica dell'una verso l'altra. I due tipi di ordini, per quanto indubbiamente legati sul piano storico, non sono legati da alcuna relazione «analiticamente necessaria» (MacCormick 2003, 41); da una parte *l'ordine normativo* di tipo istituzionale e tradizionale, che prescinde dallo Stato e al contempo lo precede (pur potendo essere monopolizzato dal potere politico); dall'altra *l'ordine politico*, dotato di specifica identità ed organizzazione, che realizza il potere nella sua forma storica moderna dello Stato sovrano.

3. Segue: la *rule of law* come discriminante essenziale tra *Rechtstaat* e *Poliziestaat*

In quale esatta relazione vanno quindi pensati sovranità e ordine istituzionale? Una delle più persuasive tradizioni della sovranità, elaborata in età moderna da Hobbes, perfezionata da Austin e da ultimo celebrata da Schmitt attraverso la teoria dello stato d'eccezione, si pronuncia decisamente per la supremazia del potere politico sul potere giuridico. Tale visione si scontra tuttavia con il dato storico degli assetti democratici contemporanei. La presenza di un corpo di regole costituzionalizzate, ossia socialmente sovrane, è la risposta volta a scongiurare ipotesi di «paradossale autoreferenzialità» (MacCormick 2003, 228), in cui è lo stesso Stato a definire, giudicare e interpretare delle norme che dovrebbero provvedere alla sua limitazione. Allorché il potere politico è soggetto ad una carta fondamentale che ne definisca le prerogative, e di un organo giurisdizionale che ne valuti l'operato alla luce di quella, lo Stato «è un *Rechtstaat*, uno stato-soggetto-alla-legge, un *law State*»⁵. Nelle grammatiche di MacCormick il *Rechtstaat* è «quella particolare forma di Stato nella quale il diritto pone in essere criteri decisivi e realmente efficaci per il legittimo esercizio del potere» (MacCormick 2003, 39). Il *Rechtstaat* «non si subordina ad alcun sovrano politico che operi oltre il diritto o al di sopra di esso», caratterizzandosi dunque per una particolare legittimazione del potere, che è «esso stesso conferito

⁵ L'espressione *law state* è coniata da Åke Frändberg (docente dell'università di Uppsala), ed è, al momento della stesura di *Questioning Sovereignty*, inedita: Frändberg non ha ancora pubblicato il relativo dattiloscritto e MacCormick lo ringrazia per avergliene permesso l'utilizzazione.

per legge», e non per motivi ideologici, ereditari o – finanche – legati a processi democratici di tipo volontaristico.

La dottrina del *Rechtstaat* si oppone così a quella del *Polizeistaat*, ossia di quello Stato «che è retto in via ultimativa dalla preminenza della politica sulla legalità» (MacCormick 2003, 39). L'interesse all'efficace perseguimento delle politiche governative e alla protezione degli interessi del potere esecutivo rientra senza alcun dubbio tra gli interessi che anche uno Stato di diritto aspira a garantire: ma ove tale interesse fosse addirittura superiore rispetto a quello posto a garanzia della struttura costituzionale dell'ordinamento, e dei principi di certezza del diritto che la fondano e la sorreggono, ci troveremmo dinanzi ad un *Polizeistaat* e non ad un *Rechtstaat*. Uno Stato di diritto dovrà pertanto – e necessariamente – promuovere «quelle particolari qualità del diritto che sono essenziali per la *rule of law*, e tali qualità andranno identificate con «tutto quanto sia orientato nel senso della promozione della rapida ed efficiente realizzazione delle politiche predisposte dal governo in carica» (MacCormick 2003, 99-100).

Alcune brevi osservazioni paiono qui necessarie. Se la questione centrale per MacCormick è «intorno a quali principi debba trovare orientamento l'interpretazione di una costituzione» (MacCormick 2003, 101), è pur vero che il posizionamento di tali principi alla base del *Rechtstaat* è garantito non dalla personificazione formale del diritto nello Stato, ma nel *fatto*, inteso come evento sociale originario, che i principi posti a suo fondamento sono garantiti nei confronti di ogni potere. In altre parole, la coerenza formale non è sufficiente a fondare i concetti di *rule of law* e di *Rechtstaat*, ma occorrerà sempre un momento antecedente che avrà da fare con la scelta dei valori e dei loro reciproci rapporti. Ove così non fosse si potrebbe ragionevolmente dubitare della stessa autonomia concettuale, oltre che dell'efficacia operativa, delle ragioni ‘sovranne’ dello Stato di diritto dinanzi alla domanda di sovranità del potere politico.

4. Sovranità giuridica e sovranità politica

Se diritto e politica fondano due diversi ordini di forze sociali, diverse saranno le strutture che da quelle forze promanano. Ricollegandosi alla tradizionale tesi di Dicey, MacCormick intende la *sovranità giuridica* come potere normativamente fondato di fare qualcosa in assenza di restrizioni. È qui privilegiato, come da tradizione anglosassone, il versante ‘negativo’, di libertà *dallo* stato, secondo il quale lo scopo ultimo della *rule of law* è quello di porsi come argine nei confronti di qualsiasi sopruso da parte del potere costituito. MacCormick intende conferire ad ogni modo valenza sostanzialmente costituzionale alla *rule of law*: ‘sovranò’ in senso giuridico sarà quindi quell’ordinamento capace di garantire effettività ai valori ideali ai quali una società

convenzionalmente si richiama, conferendo loro un'autorità *superiore* a quella di ogni potere politico. Supremazia ed effettività di valori sociali ideali, tradotti in strutture giuridiche, caratterizzano quindi l'ordinamento istituzionale di MacCormick.

Del tutto diversa è la categoria della *sovranità politica*, pensata come potere a carattere tipicamente territoriale non limitato da alcun potere politico sovraordinato. La categoria della sovranità ha qui da fare essenzialmente col *potere politico*, sotto il duplice profilo dell'effettivo esercizio all'interno di una comunità di riferimento e dei principi che presiedono a tale esercizio. Si tratta di un potere fattuale, appartenente al regno del 'ciò che è', come tale distinto dal potere giuridico, che concerne la sfera del 'ciò che dovrebbe'. A tale idea di sovranità filosofi come Hobbes, Austin e Schmitt attribuiscono, come accennato, indubbio primato su quella giuridica. Qui è l'autorità politica a fondare e legittimare quella giuridica, mentre le stesse matrici giuridiche fondamentali finiscono per essere assorbite nel potere di colui che può effettivamente dispone.

MacCormick (che pare qui rielaborare la celebre ripartizione hartiana) individua un aspetto interno e uno esterno sia per la sovranità giuridica che per quella politica. Dal punto di vista giuridico un ordinamento risulta internamente sovrano quando, all'interno di un determinato territorio, non esistono ordinamenti giuridici particolari (per materia o territorio) ad esso superiore; lo è (anche) esternamente quando, nel perimetro del medesimo territorio, non esiste un ordinamento giuridico esterno (es. il diritto internazionale) capace di imporre la propria sovranità. Quanto alla sovranità politica, essa consisterà nella capacità definitiva all'obbedienza all'interno di un determinato territorio, non limitata né da poteri politici particolari (sovranità politica interna) né da ordinamenti politici di altri stati o di organismi politici sovranazionali (sovranità politica esterna).

Da ciò MacCormick fa discendere l'importante conseguenza per cui la sovranità esterna, da intendersi nel senso tradizionale di un *ordo superiorem non recognoscens* in un dato territorio, non apparirà necessaria, ma neanche incompatibile all'idea di ordinamento normativo. Se è vero infatti che esistono taluni sistemi di diritto non statale (il diritto canonico, il diritto internazionale, il diritto promanante dagli organi comunitari ecc.) i quali dimostrano «che la sovranità non è necessaria all'esistenza del diritto e dello Stato, né perfino desiderabile» (MacCormick 2003, 254), è altrettanto vero che uno stato esternamente sovrano può ben dotarsi di un assetto costituzionale che ne riconosca e garantisca gli assetti giuridici definitivi. L'aspetto interno, istituzionale, della sovranità giuridica incontra in tal modo quello esterno, autoritario, della sovranità politica: «laddove uno stato è sovrano in senso esterno, è perfettamente plausibile affermare che tale sovranità appartenga all'intero popolo dello stato» (MacCormick 2003, 254). In tal modo MacCormick riesce a collegare la

dottrina classica della *rule of law* alla sua *institutional theory of law*, senza al contempo negare *in toto* le ragioni della teoria politica della sovranità.

5. Sovranità e post-sovranità nel nuovo “Commonwealth Europeo”

L'avvento e la progressiva instaurazione sulla scena europea di un nuovo *corpus* istituzionale ha aperto negli ultimi cinquant'anni ad una serie di problematiche e di interrogativi. Uno di questi ha riguardato (e ancora riguarda) l'esatta collocazione giuridica e politica dell'Unione Europea. Quali che siano stati i momenti cruciali del suo progressivo consolidarsi, scrive MacCormick, «sembra proprio che in Europa si stia assistendo al suo abbandono per via dello sviluppo di un ordine nuovo e non ancora teorizzato consistente nell'Unione Europea» (MacCormick 2003, 247). Tale nuovo ordine giuridico, definito una «felice riuscita della trascendenza dello Stato sovrano e della sovranità statale» (MacCormick 2003, 254), poteva essere realizzato seguendo due strade diverse. La cosiddetta ‘via comunitaria’, è legata all'emersione di un nuovo ordine giuridico e ad una conseguente interpretazione *sui generis* dell'ordinamento comunitario. La ‘via convenzionale’, al contrario, affida i rapporti tra stati e unione al diritto internazionale classico. Risulta evidente che la via imboccata dalle istituzioni comunitarie sia stata la prima. Non è tanto, osserva MacCormick, la lettera dei Trattati istitutivi e delle successive modificazioni, quanto l'implementazione della loro efficacia su base interpretativa ad aver definito la reale portata della sovranità dell'Unione. In quest'ottica non v'è dubbio che la giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla decisiva *Costa vs ENEL* ('64) abbia imboccato la prima delle due strade, imponendosi come organo propulsivo fondamentale per la progressiva affermazione della supremazia della sovranità normativa dell'Unione. La Corte ha a più riprese sottolineato che l'ordinamento europeo va inteso in termini di novità e di integrazione rispetto agli Stati membri. La prospettiva *judicially-centered*, tipica del *common law* tradizionale è per MacCormick la strada da seguire sul piano europeo in termini (non solo giuridici ma) di elaborazione socio-politica: in caso di asimmetria programmatica e decisionale alla volontà dell'Unione va riconosciuta alla Corte una posizione di supremazia (posizione ribadita peraltro dalla Corte stessa in più di un'occasione). La conseguente e progressiva *deminutio sovranitatis* in capo agli Stati membri ha visto la prevedibile nascita di una forte contropinta eurosceptica, in buona parte legata all'idea che le istituzioni dell'unione fossero viziate da un serio *deficit* di rappresentanza⁶. In prospettiva antieuropeista si sono mossi negli anni non solo orientamenti di tipo nazionalistico, chiaramente restii a devoluzioni ultrastatali di

⁶ Della prospettiva eurosceptica MacCormick dà conto in numerosi lavori, in particolare nel suo *Who's afraid of a European Constitution?*, pubblicato nel 2005. Dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea parleremo nei paragrafi finali di questo lavoro.

sovranità, ma anche certe posizioni di tipo contrattualistico, desiderose di decidere direttamente le sorti politiche del nuovo scenario e insofferenti alle rimodulazioni tutte politiche dei nuovi equilibri. Entrambi gli orientamenti esprimono, dal loro punto di vista, una certa preoccupazione di fondo, quella relativa al rapporto tra la sovranità e la sua legittimazione istituzionale, che MacCormick stesso dimostra di tenere in considerazione: «se lo Stato sovrano è uno Stato democratico, preoccuparsi per la sovranità equivale a preoccuparsi per la democrazia. Si può perdere la sovranità senza che con ciò sia dismesso l'autogoverno popolare? La si può perdere senza che ne sia dismesso il credo democratico?» (MacCormick 2003, 246). Da sempre convinto europeista, il filosofo rimane tuttavia ottimista sulle possibilità offerte dall'Unione e delinea una griglia teorica all'interno della quale celebrare il passaggio ad un nuovo assetto sovrano (MacCormick 2003, 247). Vedremo, nel paragrafo successivo, in che modo.

6. Sovranità statali e sovranità europea. Tendenze ‘diffusiva’ e ‘sovranista’. L’opzione pluralista

Uno degli errori sottolineati da MacCormick è quello di aver considerato la dialettica tra Stati e Unione in base alle categorie tradizionali della sovranità. Chiamati a definire il nuovo scenario politico, tanto l'opzione monistica di tipo gerarchico, basata su un rapporto di successione ‘statica’ tra ordinamenti giuridici ad ampiezza diversificata (diritto internazionale – diritto comunitario – diritto dello stato membro), quanto il modello di sovranità plurale di matrice internazionalistica, si sono dimostrati dotati «di una terminologia insufficiente» (MacCormick 2003, 279).

Le impostazioni tradizionali incriminate sono due, la tendenza ‘diffusiva’ e la tendenza ‘sovranista’. La prima ammette in linea di principio una ridistribuzione della sovranità nell'ambito del quadro comunitario, con il quale la stessa Gran Bretagna (lo Stato-paradigma della sua analisi), pur legata ad un modello fortemente caratterizzato, si trova a dover fare i conti negli ultimi decenni. La tendenza diffusiva risulta favorevole sia ad uno spostamento del potere ‘verso l’alto’, ossia verso l’ordinamento dell’Unione, sia ad un ritorno ad alcune realtà territoriali caratterizzate ‘verso il basso’ (le regioni, i comuni e così via). È in base a tale tendenza, ad esempio, che si è tornati, dopo una prima centralizzazione, ad un ripristino dell’autogoverno in Galles e in Scozia attraverso una sostanziale devoluzione ‘particolare’ del potere centrale a favore dei poteri legislativo ed esecutivo gallese e scozzese. Sempre in base a tale tendenza (sotto il profilo opposto, ossia di spostamento ‘verso l’alto’) con l’adozione dell'*European Community Act* (1972) si è dato avvio in Gran Bretagna ad un progressivo spostamento dell’asse decisionale di numerose ed importanti materie dal governo centrale agli organi dell’UE, riconoscendo la supremazia delle fonti comunitarie sulle fonti interne.

Sul piano teorico la tendenza diffusiva mostra di accogliere possibili e progressive riallocazioni dei tradizionali assetti sovrani, aprendo maggiormente – rispetto alle tradizionali tesi sovraniste – alle attuali tendenze di tipo pluralista.

In antitesi rispetto alla diffusiva, la tendenza sovranista ripropone in chiave contemporanea la teoria costituzionale di impianto benthamiano, in base alla quale il potere rimane centralizzato in capo allo Stato, pur ammettendo la possibilità di deleghe. Tale tendenza celebra, ovviamente, la sovranità dei Parlamenti nazionali, la quale non risulterebbe intaccata né dalle devoluzioni di potere né dalla recezione all'interno del proprio ordinamento dei Trattati dell'Unione. Al tempo stesso gli organi nazionali internamente legittimati sarebbero gli unici deputati ad emettere il verdetto finale dovessero sorgere divergenze di vedute tra gli stati e gli organi (comunitari o interni) ai quali la sovranità è stata parzialmente devoluta.

A metà strada tra una lettura sovranista ed una comunitarista si pone l'opzione pluralista. Un sistema pluralista si compone di un certo numero di ordini normativi istituzionali differenti, ciascuno dotato di una sua legittimazione sociale, ciascuno dei quali in ultima battuta fondato («per evitare una regressione all'infinito») su un corpo di regole di tipo informale o consuetudinario. Sono le norme dalle quali «il potere promana ultimativamente». Per quanto tali norme possano essere rese in forma scritta, «v'è sempre una questione ultima che rende legittima ogni adozione formale. Il che non può che ricondurre a una base consuetudinaria o convenzionale» (MacCormick 2003, 205).

Il pluralismo è di tipo ‘radicale’ quando ritiene che non tutti i problemi giuridici possano essere risolti in base al diritto e che, in caso di conflitto, l'ultima parola spetti al potere politico. Pur ammettendo esplicitamente di aver optato in passato per questa tesi, MacCormick sceglie la via del “pluralismo di diritto internazionale”, in base alla quale (sulla scorta del consolidato principio *pacta sunt servanda*) «le obbligazioni sulla scorta del diritto internazionale impongono condizioni sull'efficacia delle costituzioni statali e della Comunità» (MacCormick 2003, 235).

Tale seconda versione suggerisce che eventuali conflitti (“possibili, ma non inevitabili”) andrebbero risolti sul piano del diritto, ponendo in dialogo i rispettivi assetti fondamentali, ossia quelli costituzionali. L'ipotesi pluralista trova quindi sbocco finale nel ‘pluralismo costituzionale’, che si presenta come un sistema di tipo inclusivo, capace di accogliere all'interno dei rispettivi assetti sociali una «pluralità di ordini normativi istituzionali, ciascuno dotato di una costituzione operante», in grado di riconoscere «entro la propria sfera la legittimità di ogni altro ordine, pur nessuno di

essi ammettendo o riconoscendo la sua⁷ superiorità costituzionale» (MacCormick 2003, 209).

La definizione di un ordine compiutamente sovrano in capo all'Unione non può prescindere a questo punto dalla creazione di una Costituzione europea, capace di fondare la nuova sovranità su un terreno istituzionale prima ancora che politico, e al contempo di ridisegnare i valori della democrazia (identificazione nelle istituzioni rappresentative) su base ultra-nazionale. In questo senso sovranità (europea) e democrazia vanno di pari passo, e la prima non potrà affermarsi senza quello sforzo "fondazionale" che costituzionalizza i principi istituzionali della seconda. Solo in tal modo potrà perfezionarsi un assetto «policentrico, polisistemico e multistatale» tale da permettere una reale rimodulazione di sovranità: al contrario, «potranno farsi ben pochi passi in avanti» (MacCormick 2003, 210).

7. La tenuta dell'impianto teorico di MacCormick alla luce della Brexit: brevi considerazioni finali

L'attualità non è l'unico elemento di valore di una sistemazione teorica. Se così fosse, se cioè cedessimo all'attraente richiamo di una teoria *sub specie aeternitatis*, ne avremmo d'altra parte negato la storicità. In questo senso l'intero lavoro di MacCormick non intende realizzare un'opera di filosofia della storia ma un progetto concreto di filosofia del diritto e della politica. È proprio per questo, d'altra parte, che le sue previsioni vanno ripensate alla luce della tornata referendaria che il 23 giugno 2016 ha segnato l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea. Tale evento può non intendersi come un'invalidazione *tout court* della sua teoria politica, ma certo la mette a dura prova. Così come è certo che «l'inevitabilità retrospettiva» (MacCormick 2003, 214) verso un nuovo "Commonwealth Europeo"⁸ ha mostrato di essere – almeno per il Regno Unito – tutt'altro che inevitabile. Ragionando – criticamente – su alcune posizioni assunte da Diarmuid Phelan nel suo *Revolt or Revolution* (secondo il quale la Corte di Giustizia dovrebbe adottare un orientamento meno accentratore e maggiore potere decisionale dovrebbe essere ritenuto in capo alle corti dei singoli stati), MacCormick scrive: «La conclusione verso cui un simile sviluppo del discorso ci conduce è che l'Europa ha raggiunto un punto di crisi, oppure stia oscillando sul suo orlo» (MacCormick 2003, 219). In *Who's afraid of a European Constitution*, sette anni dopo *Questioning Sovereignty*, l'invito ad occuparsi prima possibile del "deficit democratico" ("reale e bisognoso di essere risolto") diviene una questione non oltre

⁷ La traduzione da noi proposta è «...riconoscendo *la sua* (e non «la propria», come nel testo tradotto) superiorità costituzionale» riferendosi qui MacCormick alla sovranità di ogni altro ordine.

⁸ È questa l'espressione originale suggerita da MacCormick in più di un testo.

differibile. All’alba del nuovo millennio la sovranità europea appare ancora minata da due grandi debolezze strutturali: il *deficit* democratico (legato a sua volta ad un *deficit* di rappresentanza) e l’assenza di un diritto comune. Alla questione democratica si collega il tema del peso decisionale degli organi economici dell’Unione. L’origine storica delle Comunità vede una serie di Stati europei impegnati nella creazione di uno spazio volto a creare ed implementare il mercato comune e quindi a prediligere, in ultima battuta, l’efficacia del momento decisionale a quello del procedimento di formazione della volontà. In termini democratici, la storia degli ultimi decenni dell’Unione può essere fotografata come lo sforzo per tramutare un assetto di tipo economico-procedurale (incentrato sull’urgenza di assicurare meccanismi decisionali efficaci ed efficienti) in uno di tipo giuridico-sostanziale (attento ad un maggiore coinvolgimento dei cittadini, ad un maggiore peso decisionale del Parlamento Europeo ecc.). Tale sforzo non è stato né indolore né lineare, né, soprattutto, definitivo. Pensato come fondamentale *milieu* storico e sociale degli Stati membri, *l’acquis communautaire* rischia di rivelarsi elemento insufficiente per l’edificazione di un inedito modello di sovranità. Le possibilità paiono al momento essere due: celebrare il ritorno ad una dimensione essenzialmente (e schiettamente) “minima”, *market-oriented* dell’Unione; provare a rimodulare le istanze e gli obiettivi politici alla luce degli ultimi accadimenti. Se la *Brexit* è solo una delle prove dell’assenza di un’*identità* europea, il percorso di una graduale e più realistica *identification* potrebbe sembrare maggiormente percorribile. Non si tratta di mera preferenza concettuale o di semplice decremento quantitativo, ma di un cambio di prospettiva che riconduca la questione della sovranità all’ordine istituzionale che la sostanzia e la legittima. In caso di insufficienza di valori giuridici e morali socialmente condivisi, ne conseguirà un *deficit* democratico a struttura circolare: la questione dell’identità di valori appare improponibile laddove manchi una rappresentanza democratica pienamente implementata volta a verificarli, ed in assenza di quest’ultima appaiono falsati i presupposti per una fondazione costituzionale. Quanto a quest’ultimo punto, gli esiti referendari in Francia e in Olanda sembrano aver fornito una risposta chiara. Ma anche alla luce degli ultimi avvenimenti e della profonda divergenza politica dimostrata (una su tutti, la questione dell’immigrazione) non pare altrimenti differibile, anche in ottica ri-propulsiva, la presa d’atto dell’impossibilità di replicare oggi sul piano europeo le strutture identitarie degli stati nazionali.

Per concludere, dinanzi a battute d’arresto simili sembra difficile poter parlare, oggi, di un modello di sovranità che storicamente risponda alle molteplici prospettazioni teoriche che lo hanno in passato ottimisticamente implementato. È forse questa una delle poche critiche che possono essere mosse al MacCormick di *Questioning Sovereignty*: l’aver prospettato con ottimismo eccessivo la nascita di un nuovo e

“irreversibile” ordine sovrano, pur avendone egli stesso messo in luce le carenze istituzionali.

Un’ulteriore considerazione appare necessaria sul piano speculativo. Sembra del tutto legittimo affermare che «se lo stato sovrano è uno stato democratico, preoccuparsi per la sovranità equivale a preoccuparsi per la democrazia». Tuttavia, i quesiti-chiave che ne conseguono non possono, a nostro avviso, essere esclusivamente di tipo difettivo («Si può perdere la sovranità senza che con ciò sia dismesso l’autogoverno popolare?»), né incentrati su inevitabilità trasmissive («Si può avere una perdita di sovranità su un certo livello senza che la sua inevitabile e conseguente riproposizione venga a verificarsi su un altro mirando nella direzione opposta?»). Se il fondamento di ogni sovranità è nella sua legittimazione istituzionale, ne deriverà che per rispondere ai quesiti cruciali sulla sovranità non si può partire dalla sovranità stessa ma dall’ordine istituzionale stesso. Il quesito-chiave andrebbe pertanto riprogrammato nei termini seguenti: è possibile *acquisire* una nuova idea di sovranità in mancanza di una nuova volontà socialmente condivisa, la quale mostri a sua volta la volontà di esprimere un nuovo potere politico? La risposta poco eludibile è che, difettando la seconda, la prima non potrà mai compiutamente formarsi. Una sovranità che manchi di una legittimazione fondativa (di tipo costituzionale) e operativa (ossia compiutamente rappresentativa) sconterà *sempre* un cruciale *deficit* istituzionale. In mancanza di una volontà condivisa in tal senso, e delle forze sociali in grado di formarla e sorreggerla, ogni acquisizione di porzioni di sovranità da parte degli organi governativi comunitari correrà sempre il rischio, politicamente fatale, di essere percepito come una forzatura.

Bibliografia

- Agnew, John. 2003. “Territorial and Political Identity in Europe”, in *Europe without Borders: Remapping Territory, Citizenship, and Identity in a Transnational Age*, a cura di Mabel Berezin and Martin Schain: 219-242. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Biersteker, Thomas J. e Cynthia Weber. 1996. “The Social Construction of State Sovereignty”, in *State Sovereignty as Social Construct*, a cura di Thomas J Biersteker e Cynthia Weber: 1-21. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Dwyer, Déirdre. 2008. “Beyond Kelsen and Hart: MacCormick Institutions of Law.” *Modern Law Review*, Vol. 71, No. 5: 823-839.

- MacCormick, Neil. 1985. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- MacCormick, Neil. 1997. *Constructing Legal Systems: "European Union" in Legal Theory*. Boston: Kluwer Academic Publishers.
- MacCormick, Neil. 2003. *La Sovranità in discussione*. Bologna: Il Mulino.
- MacCormick, Neil. 2005. *Who's Afraid of a European Constitution?* Exeter: Imprint Academic.
- MacCormick, Neil. 2006. *The European Union and the Idea of a Perfect Commonwealth*. Edinburgh: The David Hume Institute.
- MacCormick, Neil. 2007. *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Menéndez A. J., Fossum J. E. 2008. *The Post-Sovereign Constellation. Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*. Oslo: Arena Eds.
- Phelan, Diarmuid Rossa. 1997. *Revolt or Revolution?: The Constitutional Boundaries of the European Community*. Dublin: Round Hall Ltd.

Giuseppe Maria Ambrosio graduates in Law with a thesis in philosophy of law on Hans-Georg Gadamer's hermeneutics. In 2015 earns a PhD degree in Political Philosophy at the Department of Seconda Università di Napoli – Political Studies Dept. – where he currently collaborates. His works focus in particular on the relationship between state and sovereignty, analyzing the impact of neo-constitutionalist theories on national and supranational systems and on individual freedoms in ethics and law. He presently collaborates with scientific and non-scientific journals.

E-mail: g.ambrosio17@gmail.com