

Teoria, storia e prassi del pluralismo costituzionale

(a proposito di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*)

Theory, History and Practice of Constitutional Pluralism

LEONARDO RAVAIOLI

Dottorando di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.

E-mail: leonardo.ravaioli@uniroma3.it

ABSTRACT

Il pluralismo costituzionale, sia esso inteso come modello normativo o descrittivo, continua a interrogare teorici e pratici del diritto europeo. Il libro di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, è uno studio originale tanto sotto il profilo metodologico, quanto per la scelta di sostenere una variante “radicale” di pluralismo costituzionale. Due elementi di discussione vengono sottolineati: l'estensione della categoria di pluralismo costituzionale de-storicizzandola, il ricorso a un lessico normativo per qualificare i conflitti costituzionali.

Constitutional pluralism, whether understood as a normative or descriptive model, continues to interrogate theorists and practitioners of European law. Orlando Scarcello's book, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, is an original study as much from a methodological point of view as for the choice to advocate a “radical” variant of constitutional pluralism. Two elements are emphasised: the extension of the category of constitutional pluralism by de-historicising it, and the use of a normative lexicon to qualify constitutional conflicts.

KEYWORDS

pluralismo costituzionale, costituzione europea, Neil MacCormick, filosofia del diritto

constitutional pluralism, european constitution, Neil MacCormick, philosophy of law

Teoria, storia e prassi del pluralismo costituzionale

(a proposito di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*)

LEONARDO RAVAIOLI

Nel 2012 sulla rivista *Social & Legal Studies* viene pubblicata una lunga recensione dal titolo, piuttosto azzeccato, *Legal Pluralism: The Many Books on Europe's Many Constitutions*¹. Il contributo, scritto dal sociologo delle costituzioni Chris Thornhill, registra come il pluralismo costituzionale (le “molte costituzioni”) si sia affermato ormai come il canone disciplinare (i “molti libri”) tra gli studi impegnati a misurarsi con la complessa sistemazione costituzionale europea. Pur nel “pluralismo dei pluralismi”, questo nuovo movimento (che coinvolge giuristi dogmatici, teorici del diritto, ma anche sociologi e politologi) per Thornhill mostra, tra le altre cose, un’inclinazione verso un metodo analitico-sociologico, piuttosto che normativo, interessato a cogliere le dinamiche nella distribuzione delle competenze e dei poteri tra organi pubblici e ordinamenti giuridici potenzialmente e di fatto in contrasto tra loro a partire dal carattere costituzionale, ormai ampiamente accettato, del diritto comunitario quale ordinamento giuridico sovranazionale “*sui generis*”.

Il libro di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*², pubblicato per Routledge a fine 2022, mostra non solo che a distanza di dieci anni il dibattito sul pluralismo costituzionale è tutt’altro che concluso, ma anche che è possibile fornire prospettive originali sul tema approcciando i suoi più intricati problemi teorici e filosofici seguendo strade diverse. In questo caso, l’analisi concettuale viene integrata con la ricerca storica e comparativa, seguendo proprio quell’indirizzo metodologico segnalato da Thornhill, orientato verso un’analisi dei fenomeni giuridici attenta ai rapporti sociali e politici oltre che normativi. A partire dal titolo del libro, Scarcello prende una posizione netta all’interno di quel dibattito, puntualmente ricostruito, che attraversa il pluralismo costituzionale fin dalle sue prime formulazioni e che vede contrapporsi due “varianti” di pluralismo: da una parte un pluralismo costituzionale “normativo” (*normative constitutional pluralism*), dall’altra parte un pluralismo costituzionale “radicale” (*radical constitutional pluralism*).

Nella variante “normativa” il pluralismo costituzionale viene proposto come sistemazione desiderabile in cui la natura costituzionale dell’UE deve essere riconosciuta dagli interpreti del diritto, impegnando così la scienza giuridica nella ricerca dei metodi interpretativi più adatti ad armonizzare i rapporti tra l’ordinamento europeo e gli Stati membri. Nella variante “radicale”, invece, il pluralismo costituzionale viene assunto come un dato di fatto, cioè come la concreta condizione per cui due o più ordinamenti costituzionali tra loro indipendenti coesistono sullo stesso territorio, non già in virtù di standard normativi che dobbiamo più o meno riconoscere e accettare, bensì perché non è possibile rintracciare, nella prassi giuridica, argomenti che riconducano ad un’unica norma fondamentale la validità dei diversi sistemi giuridici, i cui rapporti sono lasciati alla negoziazione e ai conflitti tra le istituzioni. La teoria del pluralismo radicale difesa dall’autore si presenta insomma come una teoria dello scenario europeo (ma come vedremo, non solo) «descrittiva anziché normativa, realista piuttosto che idealista, politica invece che giuridica» (p. 12).

La difesa di una teoria radicale del pluralismo costituzionale che Scarcello porta avanti mira quindi a spostare un dibattito dalla ricerca di standard normativi con cui valutare l’accettabilità dei disaccordi tra organi costituzionali all’indagine descrittiva dei rapporti costituzionali.

¹ THORNHILL 2012.

² SCARCELLO 2022. Le pagine indicate tra parentesi nel testo fanno riferimento all’opera recensita, mentre la traduzione dalla lingua originale è mia.

L'analisi procede a partire da due assunti, uno di natura gius-filosofica e uno, potremmo dire in parte conseguente al primo, di carattere metodologico. Il primo assunto consiste nell'adesione a un positivismo vicino al realismo giuridico: nella misura in cui il diritto deve essere inteso come un fenomeno sociale – quale prodotto dell'attività umana (la “tesi delle fonti sociali”) e in quanto distinguibile da giudizi morali (la “tesi della separabilità”) – questo va studiato empiricamente a partire dall'osservazione dei comportamenti effettivamente tenuti dalle istituzioni sociali (in primo luogo le corti). Il secondo assunto riguarda invece la scelta di procedere attraverso l'analisi comparativa del diritto costituzionale come metodo con cui indagare le caratteristiche delle costituzioni statali, ovvero i criteri con cui esse vengono interpretate, modificate e contestate dai principali attori istituzionali, mostrando affinità, talvolta inaspettate, tra sistemi politici e giuridici tra loro distanti nello spazio e nel tempo, oltre che nella forma. È la combinazione di questi due assunti, filosofico e metodologico, a conferire originalità a una ricerca che, coerentemente con il posizionamento teorico annunciato, si muove su un piano teorico-descrittivo, radicato nell'evidenza empirica.

In primo luogo, Scarcello riprende e difende l'argomento principale del pluralismo giuridico europeo. A partire da tre casi costituzionali, affrontati negli ultimi trent'anni dalla Corte di giustizia europea, dal Tribunale costituzionale federale tedesco e dalla Corte costituzionale italiana, l'autore mostra come l'idea per cui l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti degli Stati membri siano da considerarsi autonomi e indipendenti, per quanto sovrapposti e interagenti, sia stata presa come criterio interpretativo con cui le corti supreme, nazionali e comunitarie, hanno inteso i reciproci rapporti costituzionali. Il punto che la teoria del pluralismo costituzionale vuole sottolineare, infatti, è il riconoscimento da parte dei giudici nazionali e comunitari del carattere autonomo e indipendente di ordinamenti la cui validità non è derivata ma originaria, in virtù dalla qualità auto-referenziale del diritto, cioè di quell'operazione di auto-validazione con cui è il diritto stesso, come sotto-sistema sociale autonomo, a regolare le procedure di produzione di diritto valido³.

Com'è noto, il primo studioso ad utilizzare sistematicamente la categoria di pluralismo costituzionale per indagare i rapporti tra UE e Stati membri è stato il filosofo del diritto scozzese Neil MacCormick, comunemente considerato il capostipite di un movimento nato tra il dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Edimburgo e l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole. La ricostruzione della teoria del pluralismo costituzionale nel pensiero di questo autore occupa il centro del terzo capitolo del libro di Scarcello, il quale mette a fuoco una divisione piuttosto netta sul tema tra gli scritti del filosofo di Glasgow. Abbiamo infatti un “primo” MacCormick, fautore di un pluralismo costituzionale radicale, i cui scritti spaziano dal 1993 al 1997, e un “secondo” MacCormick, più vicino ad un pluralismo normativo, i cui scritti sono successivi al 1998. È lo stesso MacCormick, in effetti, a riconoscere uno scarto nella sua teoria del pluralismo costituzionale da una variante radicale a una che chiama di “pluralismo sotto il diritto internazionale”, secondo la quale gli ordinamenti nazionali e comunitario troverebbero una possibilità di risoluzione delle controversie in virtù della validazione di tali ordinamenti da parte del sistema del diritto internazionale, quale ordinamento superiore e non derivato⁴.

Su questo passaggio di MacCormick da un pluralismo radicale a uno “sotto il diritto internazionale” (o “normativo” nella definizione precedentemente riportata) insiste la critica di Scarcello. Lo scivolamento verso un pluralismo normativo, che ipotizza e ricerca una soluzione delle controversie tra ordinamenti nel diritto internazionale, si concretizza nel tentativo non riuscito di riconciliare la prospettiva sociologica-realista hartiana, basata sul concetto di regola di riconoscimento e sulla distinzione tra punto di vista interno ed esterno, con la prospettiva kelseniana di unità del diritto interno e internazionale, legata invece al postulato epistemologico di unità

³ LUHMANN 2012.

⁴ MACCORMICK 2003.

della scienza giuridica. Ripercorrendo le obiezioni mosse da Hart a Kelsen circa lo statuto normativo del diritto internazionale, e partendo dall'evidenza empirica per cui risulta difficile riscontrare da parte degli operatori del diritto l'idea di un rapporto di validazione tra diritto internazionale e nazionale, Scarcello rifiuta il pluralismo sotto il diritto internazionale del secondo MacCormick, recuperando invece tre intuizioni presenti nella fase radicale (e hartiana) dell'autore scozzese: una metodologia improntata al "realismo sociologico", uno scetticismo verso la nozione di sovranità e l'idea per cui «la norma fondamentale - costituzione può essere complessa e conflittuale» (p. 76).

L'articolazione di quest'ultima tesi sulla norma fondamentale come "complessa e conflittuale" è, a parere di chi scrive, la parte più forte e ambiziosa del libro, per le conseguenze che essa ha sul concetto stesso di costituzione. A partire dall'analisi di una serie di casi di studio e dalla letteratura più recente sul federalismo, Scarcello propone una riformulazione del concetto di costituzione che ne accentua il carattere strutturalmente plurale. Le costituzioni moderne, quali norme fondamentali dotate di un particolare carico simbolico e di una funzione legittimante verso il sistema politico, non devono essere intese come i monolitici "vertici" dell'ordinamento giuridico, secondo l'immagine classica della piramide kelseniana. Piuttosto, la norma fondamentale di ogni ordinamento «è più ragionevole pensarla come una serie complessa di norme, una sorta di 'grammatica' della legalità, che può variare considerevolmente» (p. 16). Con "grammatica della legalità" Scarcello intende dire che la norma fondamentale è il risultato di criteri socialmente stabiliti circa cosa conta come "norma giuridica", quindi come "norma valida", ma tali criteri non sono esattamente riconosciuti allo stesso modo da tutti i partecipanti alla prassi del diritto di un certo ordinamento. Questa "grammatica" del concetto di legalità (di legalità costituzionale si intende) può dunque essere plurivalente e contestata da diversi punti di vista (pur sempre "interni" al medesimo ordinamento) e può quindi dare origine a diversi modi di intendere la regola di riconoscimento e la costituzione stessa. «La grammatica di concetti come "legalità", e questo è un punto cruciale, è in parte motivo di accordo e in parte di disaccordo, è complessa e a volte conflittuale, non è un algoritmo» (p. 108). Il pluralismo costituzionale, la possibilità di avere differenti costituzioni sovrapposte e potenzialmente confliggenti, non sarebbe più la condizione specifica in cui si trova l'UE, ma descriverebbe allora la condizione "normale" di tutti i sistemi politici costituzionali, variando semmai di grado, a seconda del maggiore o minore accordo tra gli operatori di un dato ordinamento circa l'interpretazione corretta della costituzione e dunque delle procedure di produzione, modifica e applicazione delle norme. La categoria di pluralismo costituzionale finisce così per essere estesa fino a far ricomprendere l'intera esperienza degli Stati contemporanei, e non più solo le "unioni di Stati" sopranazionali o le federazioni di Stati, sebbene essa si applichi con una magnitudine diversa a seconda del grado di maggiore o minore integrazione del sistema giuridico-politico. Ogni qualvolta vi sia un contrasto o un disaccordo su dove risieda l'autorità costituzionale ultima, anche nel caso in cui sia riconosciuto pacificamente quale sia l'organo incaricato di stabilire il diritto costituzionalmente valido (una corte costituzionale), ci ritroveremo allora in una condizione di pluralismo costituzionale, con tante costituzioni (intese evidentemente non nel senso di documenti solenni) quante diverse interpretazioni avremo di esse.

La tesi per cui per uno stesso ordinamento può essere dotato di plurime costituzioni, dal momento che non è possibile stabilire dei criteri interpretativi oggettivamente validi, risulta coerente con le premesse gius-realiste e con lo scetticismo interpretativo sottoscritto dall'autore. Per questa ragione, allora, i conflitti interpretativi sulle norme fondamentali che hanno luogo in condizioni storiche e geografiche anche molto diverse tra loro, come l'UE dopo Maastricht, gli Stati Uniti della prima metà dell'Ottocento, o il Sud Africa dopo l'indipendenza, possono tutti essere inquadrati attraverso la categoria del pluralismo costituzionale.

Questa estensione del campo denotativo della categoria di pluralismo costituzionale, come abbiamo detto, risulta coerente con le premesse filosofiche e metodologiche, eppure corre il ri-

schio di far perdere qualche elemento del concetto che pure sembra importante. Come nota proprio Scarcello, il pluralismo normativo di MacCormick «ha avuto una funzione storica cruciale che deve essere riconosciuta» (p. 48), e cioè quella, per la prima volta, di «elaborare dei principi giuridici per controllare il pluralismo giuridico» (p. 48). La recente letteratura sul pluralismo costituzionale ha in effetti evidenziato la necessità di storicizzarne la sua emersione ed affermazione, legata, non a caso, proprio ad una crisi dei rapporti tra organi comunitari e Stati membri, emblematizzata dalla sentenza *Maastricht* del *Bundesverfassungsgericht* del 1993. Il pluralismo nasce come teoria descrittiva e come dottrina normativa in un preciso momento storico, ma ciò è stato possibile anche grazie ad una preliminare ridefinizione di concetti politici come democrazia e sovranità popolare⁵, oltre che quello di costituzione, e persino una concezione differente del potere⁶. Certamente una teoria radicale del pluralismo costituzionale come quella di Scarcello ha l'indubbio merito di sottolineare la centralità della politica nella risoluzione dei conflitti di competenza senza dover necessariamente ricorrere a un piano normativo, richiamando inoltre l'attenzione sull'importanza del ruolo di attori istituzionali, diversi dalle corti supreme, nel dar forma alla norma fondamentale. Tuttavia, utilizzare la categoria di pluralismo costituzionale per indagare sistemi politici diversi, come Stati unitari e unioni sovranazionali “*sui generis*”, o contesti storici diversi, gli Stati Uniti di Lincoln e l'UE dopo il Trattato di Lisbona, rischia di trascurare il motivo per cui è stata coniata, e cioè dare una spiegazione del funzionamento, ma anche della legittimità, di quella specifica entità nata per garantire le libertà economiche e l'integrazione del mercato comune, che MacCormick ha chiamato il “*Commonwealth europeo*”⁷.

L'ultima parte dell'analisi di Scarcello si concentra proprio su una serie di importanti casi di conflitti di competenze che si sono dati dentro l'UE e che hanno visto la loro risoluzione per mezzo di un accordo politico, talvolta tra corti di giustizia (come nel caso della Corte costituzionale italiana *Taricco*), talvolta attraverso l'intervento anche di governi e parlamenti. È in particolare sul giudizio di *ultra vires* che l'autore porta l'attenzione, sostenendo che tali eventualità «non sono bizzarre eccezioni giuridiche, da non ripetersi mai più, ma una manifestazione strutturale del pluralismo costituzionale» (p. 132). Si tratta infatti di un elemento fisiologico del pluralismo costituzionale che una corte nazionale stabilisca che una norma comunitaria va oltre i poteri e le competenze legittimamente attribuiti all'ordinamento comunitario. Più in generale, si tratta in effetti di una conseguenza «del carattere essenzialmente conflittuale del diritto» (p. 141). Come scritto nelle conclusioni del libro, il «rischio di conflitto è strutturale nel diritto e non comporta necessariamente il collasso del sistema giuridico» (p. 138), ma ciò è vero solo fintantoché tali conflitti «non riguardano i reali valori fondamentali che tengono insieme una comunità politica e fintantoché questi non diventano duraturi e strutturali» (p. 138). Nel pluralismo radicale di Scarcello il conflitto sui valori fondamentali diviene il discrimine tra ciò che egli definisce come una condizione di pluralismo costituzionale “fisiologica” e una “patologica”. È patologico, per l'autore, quanto avvenuto ad esempio nel caso portato avanti dalla Corte suprema polacca (il caso *K-3/21*) dove, a seguito anche di importanti ingerenze del primo ministro polacco sull'operato della corte, si è arrivati ad una pronuncia di incompatibilità tra alcuni articoli del TUE e la costituzione polacca, mettendo in questione i principi di supremazia e diretta applicabilità del diritto comunitario⁸. Valori fondamentali come il *rule of law*, la separazione dei

⁵ WILKINSON 2019.

⁶ DEL MAR 2014.

⁷ Oltre a MACCORMICK 2003, si veda anche CANIHAC 2021.

⁸ L'episodio avviene dopo una lunga storia di tentativi di minare l'indipendenza della magistratura da parte del partito politico di maggioranza e di conflitti tra istituzioni europee e nazionali. In particolare, la sentenza in questione non si è pronunciata su un caso particolare, ma ha espresso un giudizio di costituzionalità sulle norme contenute nei Trattati europei “astrattamente”, senza per altro cercare di risolvere il conflitto sulle competenze. È quantomeno interessante, ad ogni modo, che la Corte costituzionale polacca abbia usato proprio argomentazioni basate sulla teoria del pluralismo costituzionale per difendere la propria decisione, cfr. KELEMEN, PECH 2019.

poteri, il rispetto dei diritti umani, o la leale collaborazione internazionale, sarebbero insomma messi a repentaglio da comportamenti come quelli delle istituzioni polacche, facendo scivolare il pluralismo costituzionale verso una situazione potenzialmente esplosiva.

Il punto meriterebbe una discussione più ampia e indubbiamente lo scontro tra istituzioni europee e polacche (tutt'altro che concluso) presenta un carattere per certi versi anomalo rispetto ai conflitti costituzionali del passato, non ultimo per il particolare clima politico che attraversa l'Europa. Restando su un piano più teorico, ciò su cui si vuol porre l'attenzione in chiusura di questo breve intervento è la domanda, lasciata aperta da Scarcello, sull'identificazione e lo statuto di quegli standard che segnano il discrimine tra un conflitto fisiologico e uno patologico, che egli chiama valori fondamentali (*basic values*). L'autore sembra infatti voler dire che esistono delle norme (se riteniamo che i valori hanno pur sempre un carattere prescrittivo) con cui stabilire i comportamenti accettabili o meno all'interno di una situazione di pluralismo costituzionale. Questo però vorrebbe dire sottoscrivere in fondo una forma di monismo, o di pluralismo sotto il diritto internazionale, per cui le controversie tra ordinamenti possono trovare sempre una soluzione normativa ricorrendo a principi ultimi, consuetudini internazionali o, appunto, valori fondamentali, grazie ai quali stabilire i confini del conflitto e dell'arbitrio. Forse, invece, una teoria radicale del pluralismo costituzionale descrittiva, realista e politica può fare a meno di una distinzione tra conflitti "fisiologici" e "patologici" e del carico normativo che tali termini portano con sé.

Riferimenti bibliografici

- CANIHAC H. 2021. *Law and virtue in a post-sovereign “Commonwealth:” Neil MacCormick and the political theory of constitutional pluralism*, in «Journal of International Political Theory», 17, 3, 531 ss.
- DEL MAR M. 2014. *Legality as Relative Institutionalism: MacCormick Diffusionism and Transnational Legal Theory*, in «Transnational Legal Theory», 5, 2, 2014, 177 ss.
- KELEMEN R. D., PECH L. 2019. *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», 21, 2019, 59 ss.
- LUHMANN N. 2012. *Il diritto della società*, Giappichelli.
- MACCORMICK N. 2003. *La sovranità in discussione: diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, il Mulino.
- SCARCELLO O. 2022. *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, Routledge.
- THORNHILL C. 2012. *Legal Pluralism: The Many Books on Europe’s Many Constitutions*, in «Social & Legal Studies», 21, 3, 2012, 413 ss.
- WILKINSON M. 2019. *Beyond the Post-Sovereign State? : The Past, Present, and Future of Constitutional Pluralism*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», 21, 2019, 6 ss.